

LUCHA INTEGRAL CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA: REFLEXIONES Y PROPUESTAS

Editores:

Leonardo Villar
Daphne Álvarez

Autores:

Guillermo Perry
Víctor Saavedra
Fernando Cepeda
Andrés Hernández
Mónica Pachón
Elisabeth Ungar
María Margarita Zuleta
Juan Camilo Medellín
Fabián Conde
Vivian Newman
María Paula Ángel
María Ximena Dávila
Carolina Villadiego
Juan Sebastián Hernández



FEDESARROLLO

Centro de Investigación Económica y Social

Lucha integral contra la corrupción en Colombia: reflexiones y propuestas.

Editores: Leonardo Villar, Daphne Álvarez.

Autores: Guillermo Perry, Víctor Saavedra, Fernando Cepeda Ulloa, Andrés Hernández, Mónica Pachón, Elisabeth Ungar, María Margarita Zuleta, Juan Camilo Medellín, Fabián Conde, Vivian Newman, María Paula Ángel, María Ximena Dávila, Carolina Villadiego, Juan Sebastián Hernández.

Fedesarrollo, Bogotá, D.C., 2018

ISBN: 978-958-56558-4-3

Formato: 17 x 23 | Páginas: 374

Lucha integral contra la corrupción en Colombia: reflexiones y propuestas

ISBN: 978-958-56558-4-3

Primera edición: agosto de 2018

Derechos reservados.

Esta publicación no puede ser utilizada de manera total o parcial. No puede ser registrada ni reproducida en ninguna forma ni por ningún medio, sea éste mecánico, fotoquímico, electrónico o magnético, o cualquier otro, sin el permiso previo y escrito de los autores.

Las opiniones y conceptos expresados en esta publicación son de responsabilidad estricta de sus autores y no comprometen al Gobierno colombiano, ni a las entidades vinculadas a esta iniciativa.

© 2018 Fedesarrollo

Fedesarrollo
Bogotá D.C., Colombia
www.fedesarrollo.org.co

Diseño y diagramación: David Russi • behance.net/davidrussi

Impresión y encuadernación: La Imprenta Editores S.A.
Impreso en Colombia | Printed in Colombia

LUCHA INTEGRAL CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA: REFLEXIONES Y PROPUESTAS

EDITORES

LEONARDO VILLAR
DAPHNE ÁLVAREZ

AUTORES

GUILLERMO PERRY
VÍCTOR SAAVEDRA
FERNANDO CEPEDA ULLOA
ANDRÉS HERNÁNDEZ
MÓNICA PACHÓN
ELISABETH UNGAR
MARÍA MARGARITA ZULETA
JUAN CAMILO MEDELLÍN
FABIÁN CONDE
VIVIAN NEWMAN
MARÍA PAULA ÁNGEL
MARÍA XIMENA DÁVILA
CAROLINA VILLADIEGO
JUAN SEBASTIÁN HERNÁNDEZ

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
<i>- Leonardo Villar y Daphne Álvarez-</i>	
CAPÍTULO 1.	
CORRUPCIÓN Y CRECIMIENTO ECONÓMICO	17
I. CORRUPCIÓN, CRECIMIENTO Y DESARROLLO:	
ELEMENTOS PARA UNA ESTRATEGIA INTEGRAL ANTICORRUPCIÓN	
EN COLOMBIA	17
<i>-Guillermo Perry y Víctor Saavedra-</i>	
Resumen ejecutivo	17
1. Introducción	19
2. Corrupción, crecimiento económico y desarrollo	21
3. Corrupción, competitividad y pérdida de confianza en las instituciones: Colombia y América Latina	28
4. Determinantes de la corrupción: un marco conceptual para una estrategia integral anti-corrupción	33
5. Diagnóstico y elementos de una estrategia para el caso colombiano	37
6. Hacia una estrategia integral anticorrupción en Colombia	43
Referencias	45

CAPÍTULO 2.

EL PAPEL DEL SECTOR PRIVADO Y LA SOCIEDAD CIVIL

EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN 47

I. LA EVENTUAL ADOPCIÓN DEL WHISTLEBLOWER EN COLOMBIA 47

-Fernando Cepeda Ulloa-

Presentación	47
1. Introducción	48
2. Qué es el Whistleblower	49
- <i>Historia del Whistleblower en los Estados Unidos</i>	51
- <i>Elementos del Whistleblower</i>	59
- <i>Legislación específica y legislación dedicada</i>	68
3. La lucha contra la corrupción en Colombia.....	72
- <i>Aproximaciones a la denuncia y recompensa en el caso colombiano..</i>	77
- <i>Propuesta piloto: estudiar el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio en la perspectiva de Whistleblower.....</i>	88
- <i>Implicaciones para el caso de la Superintendencia de Sociedades</i>	92
4. Reflexiones finales	95
- <i>Recomendaciones procedimentales para la adopción de una Legislación sobre la Denuncia Premiada</i>	97
- <i>Ejercicio de ciudadanía</i>	98
5. Elementos mínimos para una propuesta legislativa	99
Referencias.....	103

II. COMENTARIOS POR ANDRÉS HERNÁNDEZ 107

CAPÍTULO 3.

SISTEMA POLÍTICO Y CORRUPCIÓN 113

I. RECOMENDACIONES PARA MEJORAR LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y DISMINUIR LOS INCENTIVOS AL ABUSO DEL PODER POLÍTICO 113

-Mónica Pachón-

Resumen ejecutivo	113
1. Diagnóstico del sistema electoral:	
¿Se puede/debe fortalecer a los partidos políticos?	118
2. Contexto histórico:	
Aciertos y desaciertos de las reformas políticas recientes	120
3. Recomendaciones	126
- <i>Recomendación 1: Promover la participación de los candidatos independientes en elecciones ejecutivas dentro de los partidos políticos</i>	126
- <i>Recomendación 2: Unificación del calendario electoral nacional</i>	129
- <i>Recomendación 3. Cambio de la regla electoral para la elección de Senado</i>	131
- <i>Recomendación 4: Actualización del Reglamento del Congreso</i>	132
- <i>Recomendación 5: Cambio en el régimen de financiación de campañas políticas: Anticipos efectivos, transparencia y limitación del tiempo de campañas</i>	134
- <i>Recomendación 6: Cambio en el régimen de nombramiento y selección del Consejo Nacional Electoral</i>	137
4. Conclusiones	140
Referencias.....	144

II. COMENTARIOS POR ELISABETH UNGAR 147

CAPÍTULO 4. CONTRATACIÓN, COMPRAS PÚBLICAS Y RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN EL NIVEL CENTRAL Y DESCENTRALIZADO..... 155

I. FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA PARA REDUCIR EL RIESGO DE CORRUPCIÓN 155 *-María Margarita Zuleta, Víctor Saavedra y Juan Camilo Medellín-*

Resumen ejecutivo	155
1. Introducción	182
2. Evolución del sistema de compra pública	185
3. Riesgos en las fases de la contratación	196
4. Evolución de las compras públicas realizadas por contratación directa	199
5. Adiciones a los contratos como factor de riesgo	210

6.	Persistencia de contratistas como factor de riesgo	213
7.	Concentración de la contratación: Índice de Herfindahl-Hirschman	217
8.	Índice de riesgos de corrupción (IRC) en la contratación pública	222
9.	Caracterización de los municipios por el IRC	228
10.	Caracterización de las entidades pertenecientes al decil de mayor riesgo .	233
11.	Recomendaciones	238
	Referencias	248

II. DESCENTRALIZACIÓN Y CORRUPCIÓN EN COLOMBIA 249

- Víctor Saavedra y Fabián Conde-

Resumen ejecutivo	249
1. Introducción	255
2. La descentralización fiscal en Colombia	257
3. Correlación entre pobreza, riesgo de corrupción y desempeño institucional	259
4. Categorización de tipologías de las entidades territoriales	266
5. Relación entre indicadores de desempeño/riesgo y tipo de ingresos de las entidades territoriales	273
6. Sanciones a los funcionarios públicos	276
7. Mecanismos de supervisión del Gobierno Nacional	283
8. Conclusiones	290
Referencias	293

CAPÍTULO 5.

CORRUPCIÓN E INSTITUCIONES DE CONTROL Y JUSTICIA 295

I. RECOMENDACIONES PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR LA CORRUPCIÓN 295

- Vivian Newman, María Paula Ángel y María Ximena Dávila-

Resumen ejecutivo	295
1. Introducción	300
2. Recomendaciones generales	301
3. Recomendaciones específicas	313
- <i>Fiscalía General de la Nación</i>	313
- <i>Procuraduría General de la Nación</i>	318
- <i>Contraloría General de la República</i>	324

Referencias	338
-------------------	-----

**II. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DE LA CORRUPCIÓN EN LA RAMA JUDICIAL
COLOMBIANA 341**

-Carolina Villadiego y Juan Sebastián Hernández-

Resumen ejecutivo	341
1. Introducción	345
2. Elementos para caracterizar la corrupción en el sector jurisdiccional	349
3. Aproximación al análisis de la corrupción judicial	353
- <i>Indicadores internacionales sobre corrupción en materia de justicia</i>	353
- <i>Registros administrativos relacionados con la corrupción judicial</i>	355
- <i>Casos de connotación pública</i>	361
4. Recomendaciones	365
Referencias	372

PRESENTACIÓN

Leonardo Villar | Daphne Álvarez
Editores*

Tal como ha sucedido en muchos países de América Latina en los últimos años, el tema de la corrupción en Colombia se ha convertido en una de las principales preocupaciones de las autoridades y de la opinión pública. Las enormes implicaciones de este flagelo para la economía y para la sociedad han hecho que el tema se refleje también en las prioridades de investigación de Fedesarrollo. Es así como, por iniciativa de su Consejo Directivo, Fedesarrollo encargó una serie de estudios encaminados a mejorar el diagnóstico sobre la corrupción en Colombia y sobre las políticas públicas que pueden adelantarse para prevenirla y combatirla de una manera integral. El presente libro recoge esos trabajos, la mayor parte de los cuales fueron realizados en sus primeras fases bajo la coordinación de Víctor Saavedra y debatidos en un seminario que se realizó en Bogotá en abril de 2018, organizado en forma conjunta por Fedesarrollo y Transparencia por Colombia.

Aunque parezca atractivo tratar de medir los efectos negativos de la corrupción, lo cierto es que el impacto que ésta tiene sobre el desarrollo de los países es incalculable. La corrupción afecta la provisión de bienes públicos, la legitimidad del Estado y la efectividad de éste para exigir legalidad a los ciudadanos, la eficiencia del mercado, la innovación, la competitividad y la priorización del bien público en la formulación de políticas. En otras palabras, la corrupción constituye un factor común subyacente a los problemas de un país, no sólo un problema adicional.

* Leonardo Villar, Director Ejecutivo de Fedesarrollo. Daphne Álvarez, Investigadora Asociada de Fedesarrollo.

Si bien los numerosos escándalos de corrupción han servido para visibilizar la importancia del problema, y se han generado reacciones para enfrentarlo, éstas se dan muchas veces en forma aislada. Los trabajos incluidos en este libro analizan el problema de la corrupción desde distintos ángulos, con el fin de motivar el estudio continuo de sus causas estructurales y de su relación con el funcionamiento de las instituciones, lo cual se considera indispensable para el diseño integrado de políticas públicas encaminadas a prevenir y combatir la corrupción.

Hemos organizado el libro alrededor de cinco capítulos. El primero contiene el trabajo elaborado por *Guillermo Perry* y *Víctor Saavedra*, en el cual se presenta un marco conceptual para entender el grado de incidencia de la corrupción en la sociedad y cuáles son los mecanismos a través de los cuales ésta tiene impacto en el crecimiento económico. A la luz de este trabajo y de un diagnóstico general sobre el caso colombiano, los autores proponen una estrategia integral que debe: (i) reforzar los instrumentos disuasorios mediante una reforma al sistema de justicia, control y supervisión de la acción pública; (ii) reducir las oportunidades de captura y corrupción en lo económico y lo político, siendo fundamental una reforma electoral y mayor transparencia y competencia en los procesos de contratación pública; y (iii) fortalecer la ética ciudadana mediante un compromiso efectivo de los gremios, asociaciones profesionales, organizaciones no gubernamentales y partidos/movimientos políticos en promover un cambio de conducta entre sus afiliados. Para avanzar en una estrategia integral anticorrupción, Perry y Saavedra plantean además la conveniencia de establecer en Colombia, con el liderazgo del Gobierno, una Comisión Asesora de Expertos como la que operó en Chile en el año 2015, así como de crear los mecanismos requeridos para hacer el seguimiento a sus recomendaciones.

El segundo capítulo del libro se relaciona con el papel del sector privado y la sociedad civil en la lucha contra la corrupción, e incluye un trabajo del exministro *Fernando Cepeda Ulloa* y los comentarios al mismo del director de Transparencia por Colombia, *Andrés Hernández*. Específicamente, Cepeda Ulloa propone en su artículo la adopción de un mecanismo de delación premiada – o *Whistleblower* – para la denuncia de la corrupción en Colombia, mecanismo identificado dentro de las mejores prácticas internacionales por la OCDE. Considerando la experiencia de varios países en este frente – así como la experiencia colombiana con mecanismos similares a la delación premiada en otros frentes tales como el de la política penal y el de la lucha contra prácticas anticompetitivas de la Superintendencia de Industria y Comercio – Cepeda argumenta que el *Whistleblower* es una de las herramientas más eficaces en la lucha contra la corrupción, y proporciona las bases sobre las cuales podría construirse una legislación de delación premiada en Colombia. Entre los elementos mínimos para una propuesta legislativa se destaca la importancia de: (i) la protección de la denuncia y el denunciante, de forma óptima a través del anonimato; (ii) la credibilidad y diligencia de la oficina encargada de manejar las denuncias; (iii) la recompensa, como incentivo a denunciar; (iv) la presunción de inocencia y el principio de

buena fe, bajo los cuales las denuncias falsas-a menos que la intención de engaño sea evidente-no deben dar lugar a sanción para no desestimular la denuncia; y (v) la pedagogía de difusión de esta herramienta de delación premiada, con sus mecanismos de protección y recompensa.

Los dilemas que plantea la propuesta de Cepeda son elaborados y discutidos por Andrés Hernández en sus comentarios al documento. En primer lugar, se reitera el carácter fundamental de una herramienta de Whistleblower en Colombia, donde la recompensa resulta estratégica bajo la premisa según la cual denunciar debe ser menos costoso que permanecer en silencio. Con este punto de partida, Hernández llama la atención sobre varios aspectos, entre ellos los siguientes: (i) el fortalecimiento de la denuncia implica la mejor protección de líderes sociales que hacen veeduría y control social, así como de periodistas que investigan esquemas de corrupción; (ii) debe trabajarse en lograr cambios culturales que permitan el apoyo de la sociedad a los denunciantes, así como en un entorno que garantice la libertad de expresión, el acceso a la información pública y medios independientes; (iii) deben enfrentarse de forma efectiva las principales limitaciones manifestadas por los ciudadanos con respecto a la delación, que son el desconocimiento de los mecanismos de denuncia y el miedo a las represalias.

El tercer capítulo del libro se concentra en el vínculo entre corrupción y sistema político electoral. El estudio de *Mónica Pachón* –Decana de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario- plantea recomendaciones de reforma política en el contexto de una estrategia anticorrupción. Las propuestas tienen como principales objetivos: (i) fortalecer a los partidos y evitar la personalización en la política; (ii) mejorar la información de la actividad legislativa, su publicidad y acceso; (iii) aumentar la transparencia en la financiación y la equidad de condiciones de las campañas políticas, mediante mayor financiación pública por medio de anticipos y financiación indirecta; y (iv) garantizar la independencia del Consejo Nacional Electoral, reformando el mecanismo de elección partidista de sus miembros, y aumentando su período de servicio sin posibilidad de reelección.

El capítulo sobre corrupción y sistema político de este libro presenta también un texto de *Elisabeth Ungar*, Exdirectora de Transparencia por Colombia y Miembro de la Misión Electoral Especial y de varias comisiones nacionales e internacionales conformadas para la lucha contra la corrupción. El texto comenta las recomendaciones de Pachón y desarrolla varias de ellas en términos de: (i) las capacidades técnicas, autonomía presupuestal y presencia regional del Consejo Nacional Electoral; (ii) el necesario acompañamiento de un sistema de listas cerradas con mayor democratización y controles al interior de las organizaciones políticas; y (iii) elementos mínimos para la transparencia en la financiación de la política. En general, se ratifica la importancia de fortalecer los mecanismos de control político para enfrentar la corrupción, a la vez que se llama la atención sobre la necesidad de un sistema de vetos judi-

ciales/policivos y mecanismos de prevención y rendición de cuentas efectivos, sin lo cual los vetos políticos pueden resultar insuficientes.

El cuarto capítulo aborda riesgos de corrupción presentes en los sistemas de contratación y compras públicas, tanto a nivel del gobierno central como a nivel descentralizado. Este capítulo incluye dos estudios. El primero fue liderado por *María Margarita (Paca) Zuleta*, ex Zar Anticorrupción del Presidente Uribe, Directora de *Colombia Compra Eficiente* durante la administración Santos hasta 2017 y creadora del sistema electrónico para la contratación pública SECOP. Zuleta y sus coautores, *Víctor Saavedra* y *Juan Camilo Medellín*, hacen una revisión de la evolución y una caracterización del sistema de compra pública en Colombia. La descripción de los registros de información generados por el SECOP entre 2011 y 2016 les permite identificar factores de riesgo, tales como la persistencia y concentración de contratistas, a partir de los cuales se construye un índice de riesgo de corrupción para entidades del orden central y territorial.

El diagnóstico señala varios puntos débiles entre los cuales se destacan: (i) una gran dispersión normativa, que genera riesgos de seguridad jurídica; (ii) el uso de regímenes especiales de contratación para entidades estatales que no están en competencia en el mercado, lo que es un factor de opacidad en el sistema de compra pública y no representa mayor eficiencia; (iii) persistencia de causales de contratación directa para negocios en los que no hay justificación para ese tipo de contratación; (iv) la utilización de convenios interadministrativos para evitar procesos competitivos; y (v) la contratación de talento humano a través del sistema de compra pública. Además de las acciones necesarias para corregir estos puntos, se requiere: (i) mejorar el diseño del manejo de conflictos de interés; (ii) continuar ofreciendo instrumentos de agregación de demanda, ampliar la oferta y estudiar la posibilidad de agregación regional; (iii) hacer revisiones detalladas del sistema de compra pública por categorías del gasto; (iv) seguir estudiando la influencia del ciclo electoral en el sistema de compra pública; y (v) hacer seguimiento al sistema de compra pública para la ejecución de recursos del posconflicto.

En el segundo estudio contenido en el capítulo cuarto, *Víctor Saavedra* y *Fabián Conde* se enfocan en las entidades territoriales, para las cuales proponen una caracterización del riesgo de corrupción basada en índices de transparencia y desempeño institucional. El trabajo muestra adicionalmente la evolución de las sanciones fiscales, penales y disciplinarias, y por último el esquema de supervisión del gobierno nacional sobre los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) y de regalías. Se deduce que los sistemas de monitoreo, seguimiento y control sobre dichos recursos no están completamente alineados con las tipologías de riesgo. Se identifica además un grupo de departamentos con un elevado riesgo de corrupción, en el cual están Cesar, Guajira, Magdalena, Sucre, San Andrés, Amazonas, Ca-

quetá, Guainía, Guaviare, Vaupés y Chocó, para los cuales es necesario diseñar un esquema de monitoreo y acompañamiento especial.

Finalmente, el quinto capítulo de este libro corresponde a dos trabajos realizados por investigadores de *Dejusticia* sobre la corrupción y las instituciones de control y justicia. En el primero de ellos, *Vivian Newman, María Paula Ángel y María Ximena Dávila* analizan las capacidades de investigación y sanción y las actuaciones efectivas de las tres entidades con competencia para investigar y sancionar la corrupción, a saber, la Fiscalía, la Procuraduría y la Contraloría. En particular, se revisan funciones, políticas y procedimientos de investigación y sanción de estas entidades, se consideran entrevistas a servidores públicos y se analizan respuestas a derechos de petición para lograr un diagnóstico que conduce, entre otras, a las siguientes recomendaciones generales: (i) conceptualizar y caracterizar de forma completa, precisa e institucional las conductas que constituyen corrupción; (ii) traducir los acuerdos de cooperación interinstitucional en programas y pautas operacionalizables; (iii) eliminar las restricciones de acceso de estas entidades a la información reservada de la UIAF; (iv) reformar los mecanismos de elección del Fiscal y el Procurador; (v) adoptar una intervención focalizada que priorice regiones y sectores con más riesgo de corrupción; y (vi) adoptar un enfoque sistémico de investigación.

Por su parte, el estudio de *Carolina Villadiego y Juan Sebastián Hernández* hace una aproximación conceptual a la corrupción en la Rama Judicial, en el cual se analizan registros administrativos suministrados por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía, y se recomiendan acciones para identificar y prevenir dicha corrupción. Entre esas acciones se destaca la necesidad de: (i) profundizar el conocimiento de las características de la corrupción en el sistema judicial, a partir del análisis de las distintas funciones que se ejercen en la Rama; (ii) contar con un mecanismo de recopilación de información sobre corrupción judicial; y (iii) fortalecer el compromiso ético de los funcionarios y empleados, y adoptar prácticas permanentes de transparencia.

* * *

Los trabajos contenidos en este libro buscan contribuir desde una perspectiva académica al debate de ideas encaminadas a diseñar mejores estrategias de prevención y lucha integral contra la corrupción. Las recomendaciones que hacen los autores de los diferentes trabajos que acá se recopilan no necesariamente son compartidas en su integridad por Fedesarrollo ni por los editores de este libro. Estamos convencidos, sin embargo, que el debate de esas ideas permitirá avanzar hacia mejores políticas públicas. Fedesarrollo, en su papel de centro de investigación económica y social, aporta de esta manera a la compleja construcción de consensos y a la búsqueda de decisiones que puedan mejorar la calidad de vida de los colombianos.

CAPÍTULO 1: CORRUPCIÓN Y CRECIMIENTO ECONÓMICO

I. CORRUPCIÓN, CRECIMIENTO Y DESARROLLO: ELEMENTOS PARA UNA ESTRATEGIA INTEGRAL ANTICORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Guillermo Perry | Víctor Saavedra¹

RESUMEN EJECUTIVO

Este trabajo pretende:

1. ilustrar la importancia del problema de la corrupción para el desarrollo económico de los países;
2. describir comparativamente la evolución de las percepciones de corrupción en Colombia y su impacto sobre la confianza de los ciudadanos en las instituciones nacionales;
3. ofrecer un marco conceptual para comprender los canales a través de los cuales la corrupción afecta el crecimiento económico y la legitimidad del Estado, así como los factores que determinan los niveles de corrupción en un país,
4. y a partir de ellos extraer las características y algunos elementos claves de una posible estrategia anti-corrupción efectiva para Colombia.

Se demuestra que es necesario adoptar un enfoque integral que considere tanto la efectividad o debilidad de los instrumentos disuasorios (penas efectivas y rendición de cuentas), como los elementos estructurales que aumentan o reducen las oportunidades de captura y

¹ Agradecemos los comentarios de Leonardo Villar, Daphne Alvarez, Camila Pérez y Mónica Pachón a versiones anteriores de este artículo. Naturalmente, las opiniones y conclusiones en el expresadas solo comprometen a los autores

corrupción en lo económico y lo político y, finalmente, pero no menos importante, la ética imperante entre los habitantes del país. Esta última afecta tanto su comportamiento frente a las oportunidades e instrumentos disuasorios, como la efectividad o ausencia de sanción social ante los hechos de corrupción. Son las múltiples interacciones entre estos tres grupos de factores lo que determina el nivel de corrupción imperante en una sociedad y, por lo tanto, solamente resulta efectiva una estrategia que opere integralmente sobre todos ellos.

El documento analiza someramente los problemas colombianos en los tres niveles y concluye que en el caso colombiano cualquier estrategia efectiva requiere, cuando menos:

1. Una reforma a nuestro sistema de justicia, control y supervisión de la acción pública, para reforzar los elementos disuasorios;
2. Una reforma electoral y una mayor transparencia y competencia en los procesos de contratación y licitación pública, que limiten las enormes oportunidades de corrupción que, conjuntamente con la debilidad o captura de los instrumentos punitivos para las violaciones de la ley electoral y la corrupción administrativa, han llegado a generalizar el círculo vicioso de ‘tu me financias mi campaña electoral y yo te pago con contratos públicos’. Este círculo vicioso caracteriza hoy buena parte del accionar político y la administración pública en nuestro país, especialmente a nivel territorial, por lo cual estas reformas y las de los elementos disuasorios deben poner especial atención a su impacto sobre el funcionamiento de la política, la contratación y la supervisión y control, especialmente a nivel sub-nacional;
3. Un compromiso efectivo de los gremios, asociaciones profesionales, organizaciones no gubernamentales y partidos y movimientos políticos, en promover un cambio de conducta entre sus afiliados y agremiados y una menor tolerancia de la sociedad ante los hechos de corrupción.

El trabajo recomienda que los centros de pensamiento dediquen más atención al examen y comprensión de esta problemática y que el próximo Gobierno establezca una Comisión Asesora de expertos nacionales e internacionales con el mandato de elaborar una estrategia integral detallada contra la corrupción, como se hizo en Chile con la Comisión Engel, y se comprometa a llevar a cabo sus recomendaciones.

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción, entendida como “el abuso del poder encomendado para el beneficio privado”,² es hoy generalmente considerada como uno de los principales obstáculos al desarrollo de una economía próspera y equitativa y de un sistema de gobierno que responda efectivamente a las necesidades de los ciudadanos y sea considerado legítimo por ellos. Dos de las principales publicaciones recientes sobre el tema concluyen: “la inadecuada asignación de recursos públicos y humanos por una elevada corrupción impiden el funcionamiento del gobierno y la economía”³ y ésta erosiona la “legitimidad porque afecta la percepción sobre la justicia en el proceso de toma de decisiones públicas”⁴.

La corrupción es fenómeno complejo, de muy variadas causas que interactúan entre sí para producir un ‘equilibrio social deficiente’, en el que participan políticos de elección, burócratas, empresarios, y ciudadanos y ninguno de ellos tiene incentivos suficientes para intentar cambiar unilateralmente ese estado de cosas que a todos perjudica. Por el contrario, una acción concertada entre estos actores puede reducir significativamente el fenómeno y llevar a la sociedad a un ‘mejor equilibrio’⁵. Por ello países de niveles similares de desarrollo se ubican en diferentes equilibrios de niveles de corrupción⁶. En diversos estudios, la permanencia de altos niveles de corrupción ha sido asociada a una clase media poco consolidada⁷, a la existencia de comportamientos rentistas en la regulación y los contratos entre burócratas y empresarios⁸, a contrapesos escasos y deficientes en los sistemas democráticos⁹, si bien estos pueden ser contrarrestados en parte por una prensa libre¹⁰, y, finalmente, a una estructura institucional asociada con la persistencia de élites extractivas¹¹.

Los escándalos de corrupción recientes y la percepción generalizada de que el problema ha aumentado en forma significativa en los últimos años, tanto en Colombia como en otros países de América Latina, están afectando considerablemente la confianza de los ciudadanos en las instituciones gubernamentales, en el sector privado, en los medios de comunicación

2 Transparencia Internacional (<https://www.transparency.org/what-is-corruption>)

3 Myriam Golden y R. Fisman. *Corruption: What Everyone Needs to Know*. Oxford University Press, 2017. Página 3.

4 World Bank. 2017. *World Development Report 2017: Governance and the Law*. Washington, DC: World Bank. doi:10.1596/978-1-4648-0950-7. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO. Página 77.

5 T.C. Schelling, *Micromotives and Macrobehavior* (New York: WW Norton, 1978), J. C. Scott, *Comparative Political Corruption* (Englewood Cliffs, NJ.: Prentice Hall, 1972).

6 M Gladwell, *The tipping point: How little things can make a big difference* (Boston: Little, Brown, 2002), M

7 S.M. Lipset, *Political Man: The Social bases of Politics* (expanded ed.), Baltimore; John Hopkins University Press, 1981.

8 AO Krueger “The Political Economy of the rent seeking society”, *American Economic Review* 64(3) 1974.

9 J. Ferejohn, “Incumbent Performance and Electoral Control”, *Public Choice* 50 (1-3) 1986

10 Aymo Brunetti y Beatrice Weder, “A free press is bad news for corruption” (2002), *Journal of Public Economics*.

11 D Acemoglu y James Robinson, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty* (New York: Crown Publishing, 2012).

y en otros actores sociales.¹² En la mayoría de los países este problema ha llegado a ocupar uno de los primeros lugares en las preocupaciones que sus habitantes señalan en las encuestas de opinión y ha saltado al centro de los debates políticos. En algunos países ha llegado a provocar grandes movilizaciones ciudadanas y cambios de Gobierno.

El objetivo de este documento es el de ilustrar la importancia del problema de la corrupción para el desarrollo económico de los países, describir comparativamente la evolución de las percepciones de corrupción en Colombia y su impacto sobre la confianza de los ciudadanos en las instituciones nacionales, ofrecer un marco conceptual para comprender los canales a través de los cuales la corrupción afecta el crecimiento económico y la legitimidad del Estado, así como los factores que determinan los niveles de corrupción en un país, y a partir de ellos extraer las características y algunos elementos claves de una posible estrategia anti-corrupción efectiva para Colombia.

El trabajo demuestra que es necesario adoptar un enfoque integral que considere tanto la efectividad o debilidad de los instrumentos disuasorios (penas efectivas y rendición de cuentas), como los elementos estructurales que aumentan o reducen las oportunidades de captura y corrupción en lo económico y lo político y, finalmente, pero no menos importante, la ética imperante entre los habitantes del país. Esta última afecta tanto su comportamiento frente a las oportunidades e instrumentos disuasorios, como la efectividad o ausencia de sanción social ante los hechos de corrupción. Son las múltiples interacciones entre estos tres grupos de factores lo que determina el nivel de corrupción imperante en una sociedad y, por lo tanto, solamente resulta efectiva una estrategia que opere integralmente sobre todos ellos.

El documento analiza someramente los problemas colombianos en los tres niveles y concluye que en el caso colombiano cualquier estrategia efectiva requiere, cuando menos:

1. Una reforma a nuestro sistema de justicia, control y supervisión de la acción pública, para reforzar los elementos disuasorios;
2. Una reforma electoral y una mayor transparencia y competencia en los procesos de contratación y licitación pública, que limiten las enormes oportunidades de corrupción que, conjuntamente con la debilidad o captura de los instrumentos punitivos para las violaciones de la ley electoral y la corrupción administrativa, han llegado a generalizar el círculo vicioso de ‘tu me financia mi campaña electoral y yo te pago con contratos públicos’. Este círculo vicioso caracteriza hoy buena parte del accionar

12 Latinobarómetro 2017 y Kevis Casas-Zamora “Beyond the Scandals, The Changing Context of Corruption in Latin America”, 2017. The Interamerican Dialogue, 2017. Ver Sección 3 de este introducción.

político y la administración pública en nuestro país, especialmente a nivel territorial, por lo cual estas reformas y las de los elementos disuasorios deben poner especial atención a su impacto sobre el funcionamiento de la política, la contratación y la supervisión y control, especialmente a nivel sub-nacional;

3. Un compromiso efectivo de los gremios, asociaciones profesionales, organizaciones no gubernamentales y partidos y movimientos políticos, en promover un cambio de conducta entre sus afiliados y agremiados y una menor tolerancia de la sociedad ante los hechos de corrupción.

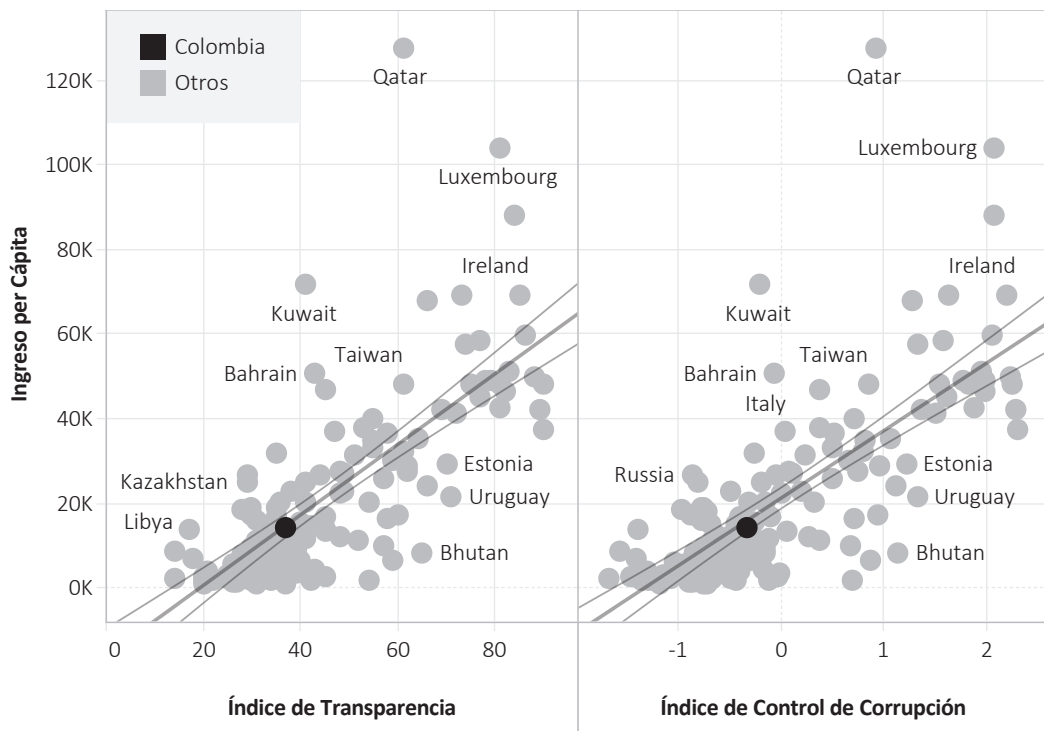
El trabajo recomienda que los centros de pensamiento dediquen más atención al examen y comprensión de esta problemática y que el próximo Gobierno establezca una Comisión Asesora de expertos nacionales e internacionales con el mandato de elaborar una estrategia integral detallada contra la corrupción, como se hizo en Chile con la Comisión Engel, y se comprometa a llevar a cabo sus recomendaciones.

La estructura del documento, después de esta Introducción y Resumen, procede con la Sección 2, que ilustra la evidencia existente sobre la estrecha asociación que existe entre el control de la corrupción, el crecimiento y el desarrollo económico y discute los canales a través de los cuales la corrupción puede afectar el crecimiento económico. Luego la Sección 3 examina la situación y evolución de la percepción de corrupción en Colombia en comparación con otros países, en particular de la región latinoamericana. Posteriormente la Sección 4 presenta el marco conceptual utilizado en este trabajo para el análisis de los determinantes de la corrupción y la Sección 5 su aplicación a Colombia para extraer los elementos que deben conformar una estrategia anti corrupción efectiva en el país. La sección 6 concluye.

2. CORRUPCIÓN, CRECIMIENTO ECONÓMICO Y DESARROLLO

A nivel global existe una estrecha asociación positiva entre nivel de desarrollo, medido como PIB per cápita, y percepciones de control de corrupción y transparencia, como se observa en el Gráfico 1. Colombia está en la media de estas regresiones indicando que no tenemos niveles atípicos de percepción de corrupción dado el nivel de desarrollo del país.

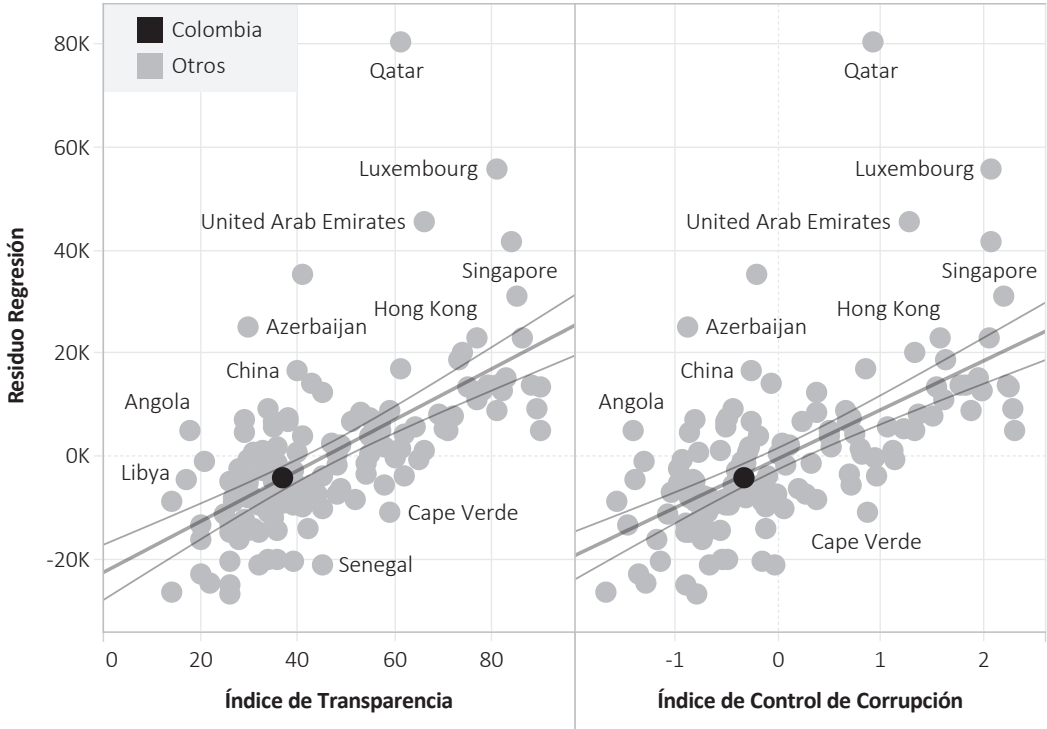
Grafico 1. Ingreso per cápita vs índice de transparencia e índice de control de corrupción 2016



Fuente: Elaboración propia con datos del Banco Mundial y Transparencia internacional.

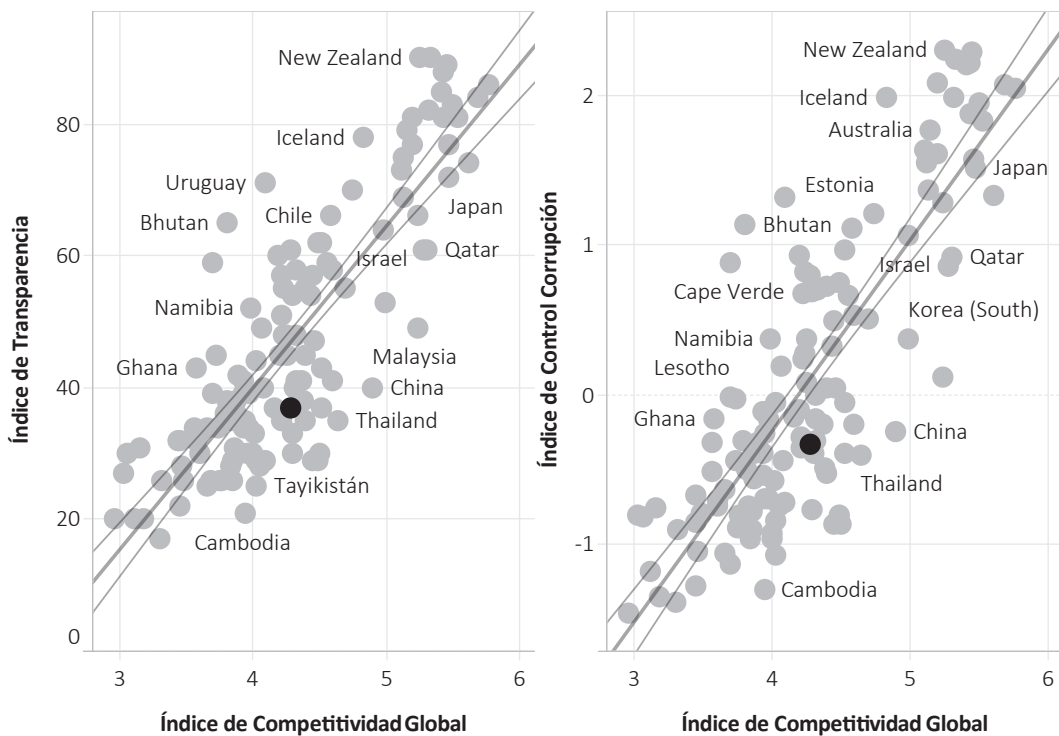
Asimismo, existe una asociación positiva entre crecimiento económico y percepciones de control de corrupción y transparencia, controlando por el nivel de desarrollo (Ver Gráfico 2). En otras palabras, entre países con un nivel de desarrollo similar, parece tender a crecer más aquel donde se percibe una mayor transparencia y un mayor control a la corrupción. Colombia también está cerca de la línea de regresión en este caso.

Gráfico 2. Tasas de crecimiento vs Índices de transparencia y control de corrupción, controlando por ingreso per cápita inicial (2006-2016)



Fuente: Elaboración propia con datos del Banco Mundial y Transparencia internacional.

En forma similar el Gráfico 3 muestra una estrecha asociación positiva entre los índices de competitividad y las percepciones de transparencia y control de corrupción.

Gráfico 3. Correlación entre competitividad, control de corrupción y transparencia, 2016

Fuente: Elaboración propia con datos del Foro Económico Mundial, Banco Mundial y Transparencia internacional.

Debe advertirse que los índices existentes, y en particular los utilizados en este trabajo, miden percepciones de transparencia y control de corrupción y que diferencias o variaciones en estas percepciones pueden no siempre reflejar bien las diferencias o variaciones en la realidad subyacente de estos fenómenos. Aun así, las percepciones de corrupción afectan el comportamiento de los agentes económicos y por ello, en buena medida, se encuentra una relación tan estrecha entre estos índices y el crecimiento económico, controlando por el nivel de desarrollo.

Asimismo, debe señalarse que los gráficos anteriores sugieren, pero no demuestran, una posible relación causal entre transparencia y control de corrupción, de una parte, y competitividad, crecimiento económico y nivel de desarrollo, de la otra. Pudiera ser que estas estrechas asociaciones fueran el resultado de una causalidad inversa: vale decir, que los países más ricos o que crecen más pueden disponer de mayores recursos financieros, humanos e institucionales para controlar la corrupción, y/o sus ciudadanos, mejor educados, exigen en

ellos una mayor transparencia y un mayor control de la corrupción. O la asociación entre estas variables podría ser el resultado de que haya otros factores que las determinan simultáneamente y, por tanto, que no haya ninguna causalidad entre ellas.

Varios estudios econométricos, utilizando diversas técnicas estadísticas, han tratado de superar estos problemas de identificación de las relaciones de causalidad y, aunque los resultados no son totalmente concluyentes, la mayoría de ellos parece indicar que, si bien hay evidencia de causalidad inversa entre nivel de desarrollo y control de corrupción, también la hay de que, controlando por el nivel de desarrollo y por otros determinantes de las tasas de crecimiento económico, los países que controlan mejor la corrupción tienden a crecer a tasas mayores en el mediano y largo plazo. Véase al respecto, por ejemplo, P. Mauro (1995), Fisman, R. and Svensson, J. (2007), M. Hallward-Driemeier y L. Pritchett (2015), Hanousek y Kochanova (2015), y M. Girijankar y S. Shrabani (2016).

La conclusión anterior no resulta sorprendente cuando se analizan los canales a través de los cuales la corrupción puede afectar negativamente el crecimiento económico de mediano y largo plazo, a saber:

- **IMPACTO SOBRE LA COBERTURA Y CALIDAD DE LOS BIENES Y SERVICIOS PÚBLICOS**

La corrupción en la contratación, el pago ilegal para obtener servicios o evitar el cumplimiento de requisitos y la resultante ineficiencia del gasto afectan directamente la prestación de los servicios estatales, con consecuencias negativas sobre la cobertura y calidad de la infraestructura, la educación y la salud públicas, el acceso a la justicia y su imparcialidad y el orden y la seguridad pública¹³.

Además, afecta la disposición a pagar impuestos, pues los ciudadanos se sienten justificados a evadirlos o eludirlos ante el acceso difícil y desigual a la prestación de servicios estatales y públicos. Por esta razón resulta menos efectivo su control y recaudo. A ello hay que añadir el impacto directo sobre control y recaudo de hechos de corrupción en las administraciones de impuestos. Los menores recaudos resultantes reducen aún más los recursos de que dispone el Estado para prestar servicios públicos y controlar la corrupción en su prestación, así como para controlar la evasión de impuestos, con lo cual se genera y consolida un círculo vicioso¹⁴.

13 Benjamin, Olken "Monitoring Corruption: Evidence from a Field Experiment in Indonesia" 2007. *Journal of Political Economy*, vol 115, no 2.

14 Alm, James; Martínez-Vázquez, Jorge; and McClellan, Chandler, "Corruption and Firm Tax Evasion" (2014). International Center for Public Policy Working Paper Series. Paper 2.

La corrupción conduce también a captura e ineficiencia en la regulación de los servicios públicos e incide también por esta vía en una menor cobertura y calidad de ellos.

Como resultado, la menor cobertura y calidad de los bienes y servicios públicos acaba limitando los niveles de inversión y productividad de todas las actividades económicas.

- **DISTORSIONES EN LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS**

La mayor evasión y elusión tributaria (la proliferación de privilegios tributarios en países como Colombia es, en buena medida, una consecuencia directa del alto nivel de corrupción en el sistema político), además de su incidencia en una menor producción de bienes y servicios públicos, obliga también a tener altas tasas impositivas en otros sectores. Estas acaban distorsionando gravemente las decisiones de inversión y reduciendo la competencia económica.

Estos problemas de distorsión y eficiencia se agravan por el hecho de que la corrupción lleva también a tener una alta y desigual protección arancelaria, privilegios ineficientes en el otorgamiento de subsidios y captura regulatoria en actividades altamente reguladas como los servicios públicos y el sector financiero¹⁵.

- **PÉRDIDA DE LEGITIMIDAD Y CONFIANZA EN LAS INSTITUCIONES Y DEBILITAMIENTO DE LA GOBERNABILIDAD**

La pérdida de legitimidad de las instituciones causada por la corrupción conduce a un distanciamiento de los individuos de la estructura institucional formal. Esto conlleva a la prevalencia y persistencia en el tiempo de instituciones (definidas como las reglas del juego que definen las interacciones humanas-North, 1991-) informales asociadas con la ilegalidad (más allá de la corrupción) en los distintos ámbitos de la sociedad, así como a la pérdida de gobernabilidad (Alvarez-Villa, 2018).

La pérdida de confianza en las instituciones puede generar resignación frente al fenómeno mismo de la corrupción. La percepción de la corrupción como algo cotidiano y omnipresente desincentiva su denuncia y su sanción social, promoviendo un círculo vicioso.

15 Daniel Treisman, "The causes of corruption: a cross-national study", 2000. *Journal of Public Economics*, 399-457.

En particular, la corrupción resulta en ineficacia del sistema judicial y pérdida de confianza en la justicia. Estos factores debilitan el cumplimiento contractual y la protección a los derechos de propiedad (en los que el país está muy por debajo de lo que cabría esperar para su nivel de desarrollo, como se observa en el Gráfico 4), que son factores claves para el funcionamiento eficiente de los mercados y los niveles y calidad de la inversión, la innovación y la productividad.

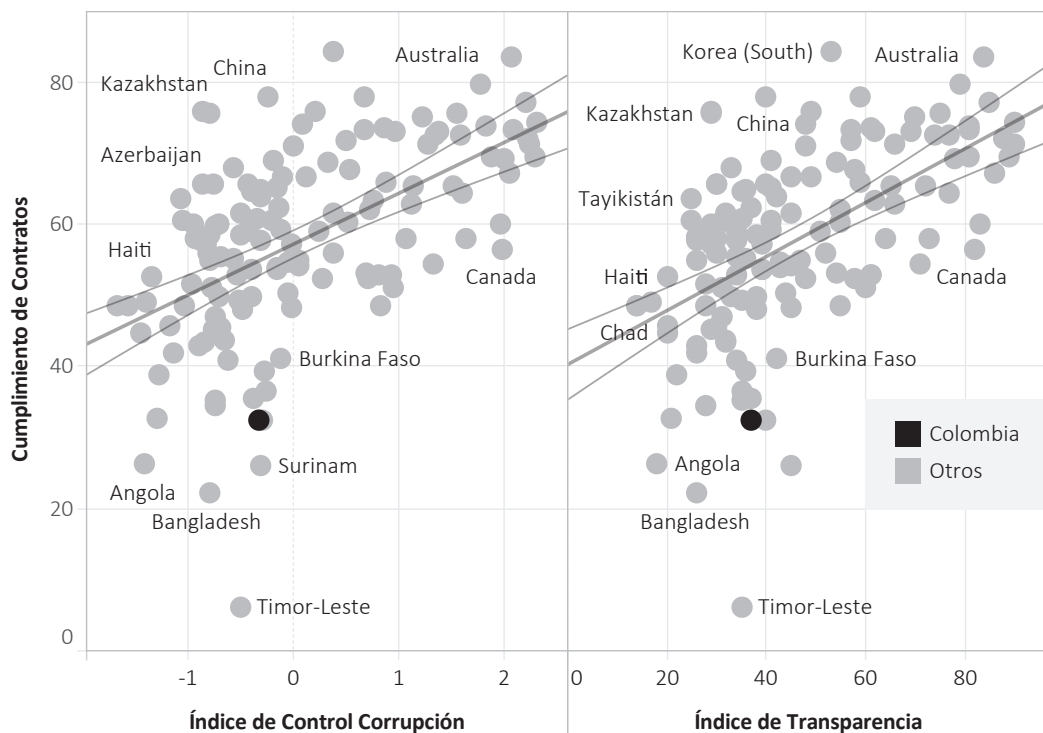
La pérdida de confianza en las instituciones del país resulta especialmente grave para la inversión extranjera y el comercio internacional, por el aumento de los riesgos y la mayor incertidumbre. Pero, en un mundo crecientemente globalizado, esta pérdida de confianza también conduce cada vez más al éxodo de capitales financieros nacionales y del capital humano del país.

- **TRÁMITES EXCESIVOS Y ARBITRARIEDAD EN SU APLICACIÓN**

Un cuarto canal es el frecuente exceso de trámites y arbitrariedad en las decisiones públicas que conllevan altos costos y tiempos requeridos en los procedimientos para crear, operar y liquidar empresas. El exceso de trámites crea oportunidades de corrupción y, al ser percibidos como innecesarios o injustos, la estimula, por cuanto muchos agentes se sienten justificados en evadirlos. Y, por supuesto, hace más difícil controlarla.

La misma creación y permanencia de trámites excesivos o ineficientes (así como de ‘huecos’ que facilitan la elusión y evasión tributaria y regulatoria) son con frecuencia el resultado de la corrupción o captura de los procesos legislativos.

Estos problemas afectan principalmente a las micro, pequeñas y medianas empresas, a las empresas nuevas y a las que tienen mayor potencial de crecimiento.

Gráfico 4. Cumplimiento de contratos, control de corrupción y transparencia

Fuente: Elaboración propia con datos del Banco Mundial y Transparencia internacional.

3. CORRUPCIÓN, COMPETITIVIDAD Y PÉRDIDA DE CONFIANZA EN LAS INSTITUCIONES: COLOMBIA Y AMÉRICA LATINA

Según el Índice Global de Competitividad 2017 del Foro Económico Mundial, la corrupción es uno de los principales factores que afecta hacer negocios en América Latina y el Caribe (ALC en adelante) y, según el Latinobarómetro 2017, la corrupción es el tercer problema más importante que afectaba a los países de la región en ese año.

Estos datos son consistentes con lo que reportan otros indicadores internacionales que informan sobre la materia. El Índice de Percepción de Control de la Corrupción (IPC) de Transparencia Internacional¹⁶ muestra niveles relativamente bajos de percepción de control de la corrupción en la región de América Latina y el Caribe, en promedio. En el año 2016, el IPC

¹⁶ El IPC mide los niveles percibidos de corrupción en el sector público en escala de 0 (muy corrupto) a 100 (muy limpio).

promedio de nuestra región era de 39 puntos, muy por debajo del promedio de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)-68.6 puntos-, e inferior también al promedio de la región Asia Pacífico-43.8 puntos-.

De manera similar, los Indicadores Mundiales de Gobernabilidad del Banco Mundial¹⁷ (2016) reportan debilidades tanto en efectividad gubernamental como en control de corrupción en la región, los dos con un percentil de 54 para el promedio de América Latina y el Caribe; en ambos casos muy por debajo del promedio de la OCDE-88 y 85, respectivamente- y similares a los de la región Asia Pacífico-53 y 56, respectivamente-. El Índice Global de Competitividad del Foro Económico Mundial¹⁸ reporta igualmente niveles significativos de incidencia de la corrupción en lo que refiere a la frecuencia percibida de pagos irregulares y sobornos, con puntaje de 3.5 para el promedio de nuestra región en el control a este tipo de corrupción, muy por debajo del promedio de la OCDE-5.5 puntos-.

Por otra parte, en la región se han revelado múltiples casos de corrupción en los últimos años. Esto ha contribuido, en el corto plazo, al deterioro de dichos indicadores¹⁹, ha provocado profundas crisis de gobernabilidad y ha contribuido al deterioro de la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas²⁰.

La situación de Colombia hace parte de este fenómeno regional. Según el índice de control de corrupción del Banco Mundial, Colombia, se encuentra en un grupo intermedio de países en la región (Ver Gráfico 5). Salvo Chile, Uruguay y Costa Rica, los países de la región están mal calificados en los indicadores globales de percepción de corrupción. La comparación de los 2 mapas sugiere que Colombia estaba peor en 1996 (cuando comenzó a calcularse este índice) que, en la última medición en 2016, pero al mirar la serie anual se observa que la mejoría en estos índices relativos tuvo lugar entre 1996 y 2001 (y un comportamiento estable entre 2002 y 2005), siendo evidente un deterioro de ahí en adelante.

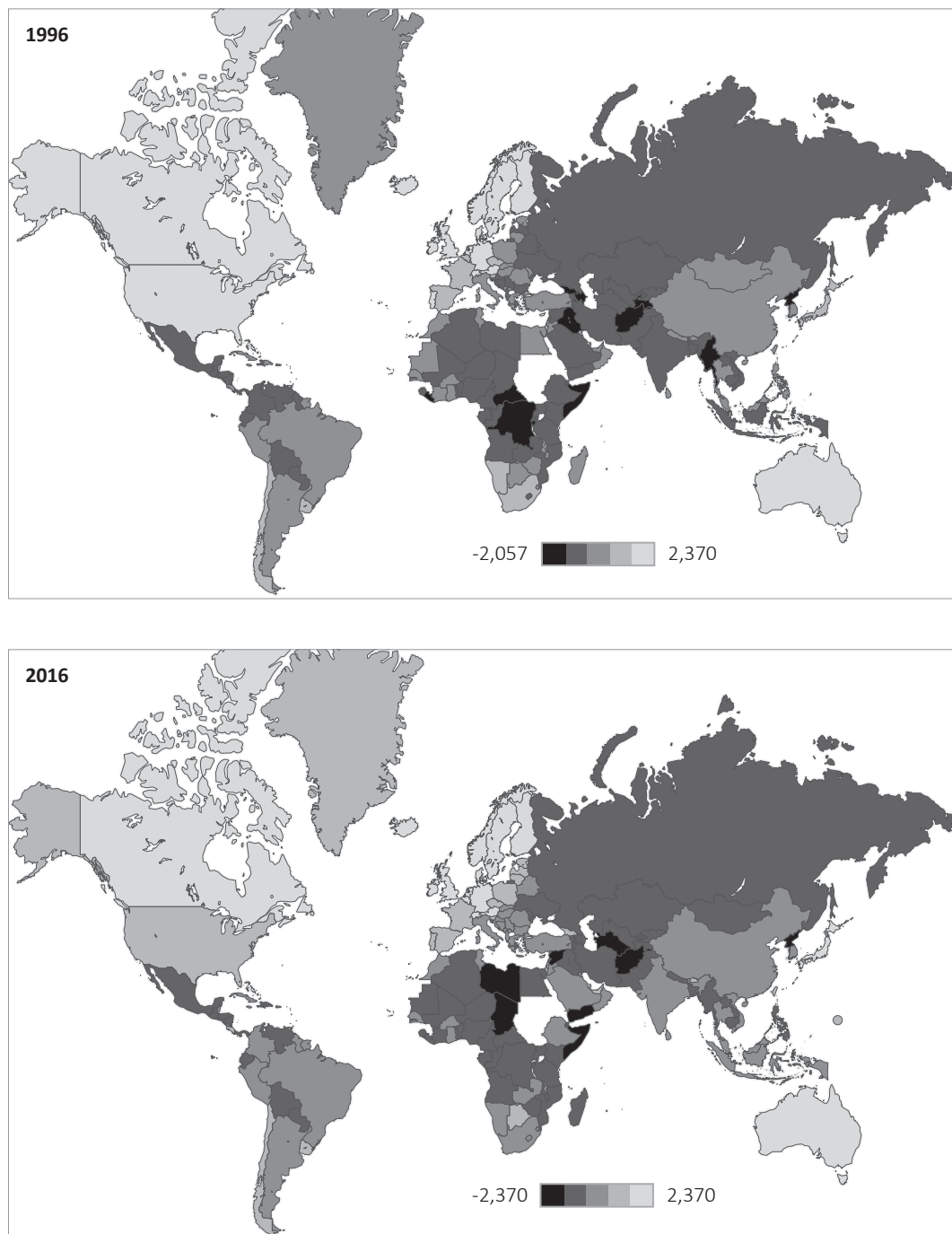
17 Índice de Efectividad Gubernamental mide, en escala de 2.5 (débil) a 2.5 (fuerte), la percepción de (i) la calidad de los servicios públicos, (ii) la calidad de la administración pública y el grado de su independencia de las presiones políticas, (iii) la calidad de la formulación e implementación de políticas, y (iv) la credibilidad del compromiso del gobierno con esas políticas. El Índice de Control de la Corrupción mide, en igual escala, la valoración de encuestados y opiniones de expertos sobre el abuso del poder público para el beneficio privado.

18 El Indicador de Pagos Irregulares y Sobornos mide, en escala de 1 (muy común) a 7 (nunca ocurre), la frecuencia con que empresas realizan pagos relacionados con (a) importación y exportación; (b) servicios públicos; (c) pago de impuestos anuales; (d) adjudicación de contratos públicos y licencias; y (e) obtención de decisiones judiciales favorables.

19 Mucha de la información que alimenta los diferentes indicadores es de percepción; y suele haber un rezago entre acciones que haya podido tomar un gobierno y las percepciones de la ciudadanía.

20 Según Informe de Latinobarómetro sobre la confianza 1995-2015, por ejemplo, 44% de los encuestados reportaba tener “Mucha” o “Algo” de confianza en el Gobierno en 2013, que se compara a la baja con 33% en 2015; y si bien los partidos políticos históricamente han reportado bajos niveles de confianza, igualmente pasan de tener 23% de los encuestados reportando tener “Mucha” o “Algo” de confianza en 2013 a 20% en 2015.

Gráfico 5. Índice de control de corrupción, 1996 y 2016



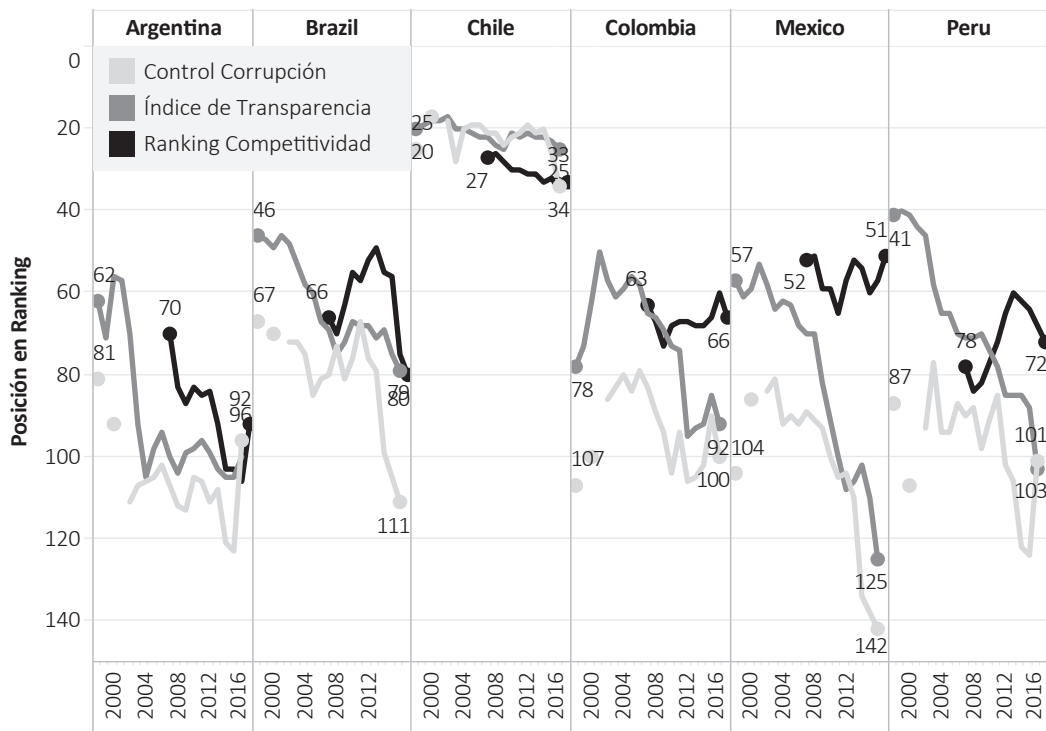
Fuente: Elaboración propia con datos del Banco Mundial.

Consistente con esta tendencia, los indicadores domésticos y externos indican que hay signos recientes preocupantes para Colombia, con consecuencias sobre competitividad, gobernabilidad y confianza en las instituciones. En cuanto a la percepción nacional, en las encuestas bimensuales de Invamer-Gallup se encuentra que más del 90% de la población desaprueba la gestión en la estrategia contra la corrupción, con una tendencia de mediano plazo al empeoramiento. También el país ha mostrado desde el año 2005 una tendencia a empeorar en el ranking internacional de Transparencia Internacional, pasando de la posición 56 entre 152 países ese año a 92 entre 176 países en el año 2016. Esta tendencia de empeoramiento también ha sido pronunciada en Perú y México y en menor medida en Brasil. Argentina tuvo un fuerte empeoramiento entre 2000 y 2005 y se ha mantenido en niveles elevados de percepción de corrupción. En el Índice de Control de Corrupción del Banco Mundial, Colombia también ha empeorado desde el 2005, con un comportamiento similar al de Perú, México y Brasil (Ver Gráfico 6).

Ahora bien, pese al empeoramiento en los índices de control de la corrupción, Colombia se ha mantenido constante en el ranking de competitividad del Foro Económico Mundial, debido a que hubo mejoras en otros determinantes de la competitividad, como la facilidad para hacer negocios. En otras palabras, Colombia tiene peores niveles en la percepción de corrupción de lo que se esperaría para su nivel de competitividad, lo que, de no corregirse, puede eventualmente constituirse en una importante limitante para la competitividad del país.

En los indicadores de corrupción en el sector público del Foro Económico Mundial (2017-2018) Colombia tiene peores resultados que el promedio de la región; en “desvío de recursos públicos” Colombia aparece en la posición 13 entre 17 países de América Latina, en “favoritismo de decisiones políticas” en la 10 entre 17 países y en “transparencia de las políticas de gobierno” en la 8 entre 17. En los indicadores del sector privado se ubica en la posición 8 entre 17 en “comportamiento ético de las firmas” y en “pagos irregulares y sobornos” y en la 10 en “ética y corrupción”.

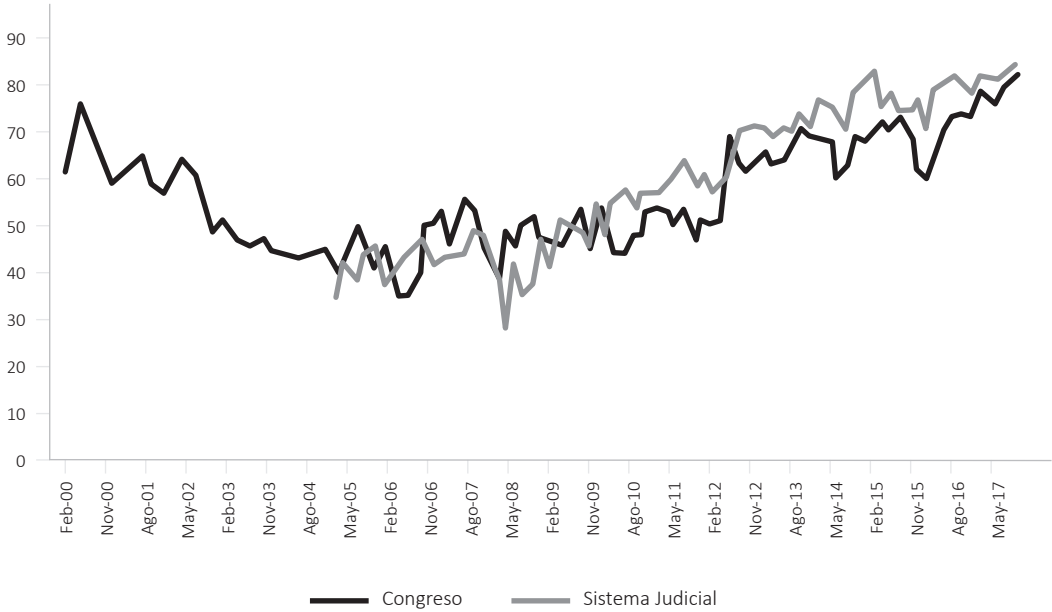
Gráfico 6. Posición en rankings de competitividad (WEF), Control de Corrupción e Índice de Transparencia, 1998-2017



Fuente: Elaboración propia con datos del Foro Económico Mundial, Banco Mundial y Transparencia internacional.

La percepción de niveles muy altos y crecientes de corrupción, reforzada por los escándalos recientes de corrupción política (entre ellos los de la llamada para-política), los sobornos realizados por Odebrecht a varios altos funcionarios de las administraciones Uribe y Santos y las acusaciones de donaciones ilegales a las campañas presidenciales en la pasada contienda electoral, los robos de recursos para servicios tan esenciales como la salud y la alimentación escolar a través de fundaciones sin ánimo de lucro controladas por varios políticos regionales y el llamado Cartel de la Toga que negociaba en las altas Cortes la absolución o prescripción de juicios para varios dirigentes políticos acusados de vínculos con los para-militares, entre muchos otros, ha llevado a una reducción dramática de la confianza de los colombianos en instituciones como el Congreso y el sistema Judicial, como se aprecia en el gráfico 7. Lo mismo ha sucedido, aunque en menor medida con la confianza ciudadana en instituciones no gubernamentales como la empresa privada, los medios de comunicación y las organizaciones religiosas.

Gráfico 7. Pérdida de confianza en el Congreso y el sistema judicial, imagen desfavorable Encuesta Gallup 2000-2017



Fuente: Gallup Poll, Octubre 2017

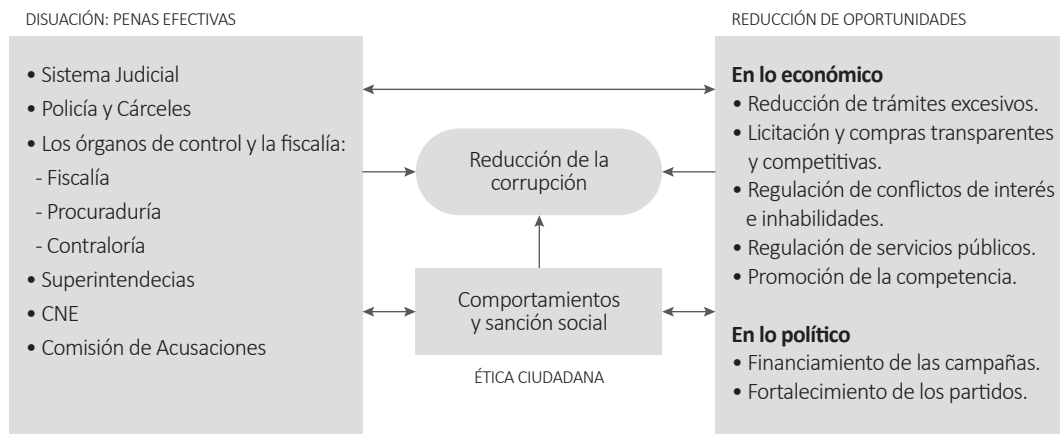
4. DETERMINANTES DE LA CORRUPCIÓN: UN MARCO CONCEPTUAL PARA UNA ESTRATEGIA INTEGRAL ANTI-CORRUPCIÓN

Las “cruzadas” anti-corrupción, como la que se está viviendo hoy en el país desde las entidades de control (Fiscalía, Procuraduría y Contraloría), son apenas un primer paso para emprender reformas estructurales que limiten efectivamente éste fenómeno. Según Rose Ackerman *“La corrupción no es un problema que pueda ser atacado en forma aislada. No es suficiente que la política criminal busque las manzanas podridas y las castigue. Por supuesto, el Estado debe establecer credibilidad al castigar funcionarios corruptos de alto perfil, pero el objetivo de esa fiscalización es señalar un problema y buscar apoyo público, no resolver los problemas subyacentes. Las leyes anti-corrupción sólo pueden proveer un telón de fondo para reformas estructurales más importantes”*. Es necesario pensar en Colombia en reformas en diferentes frentes que lleven a un cambio estructural en el país en este campo.

Un marco conceptual para una visión comprensiva de los determinantes del nivel de corrupción, y el consecuente diseño de una estrategia efectiva de control, debe considerar por lo menos tres grupos de factores (Ver Gráfico 8): factores disuasorios, factores que abren, facilitan o limitan las oportunidades de corrupción y la ética ciudadana.

Estos tres grupos de factores tienden a reforzarse mutuamente. Cuando hay una cultura generalizada proclive a la corrupción y escasa sanción social, hay más ciudadanos que aprovechan las oportunidades de corrupción y se hace más difícil aplicar medidas disuasorias efectivas. A su turno, cuando hay muchas oportunidades de corrupción y estas conductas no se castigan efectivamente, tiende a generalizarse una cultura proclive a la corrupción. Y cuando los encargados de aplicar penas disuasorias se corrompen y los legisladores y gobernantes crean oportunidades de corrupción, al ser capturados o corrompidos por intereses específicos, los ciudadanos comienzan a justificar que ellos o sus vecinos incurran en actividades irregulares.

Gráfico 8. Hacia una estrategia integral contra la corrupción



Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, una estrategia anticorrupción para Colombia no podría abstraerse de la presencia de actividades ilegales con un poder económico de facto, puesto que estas buscan legitimar ese poder (o lograr un poder de jure) mediante la corrupción. En ese sentido, entender los canales a través de los cuales dichas actividades buscan la captura del Estado, es importante dentro de una estrategia integral en la lucha contra la corrupción. De forma más general, no solo las actividades ilegales tienen enormes incentivos a capturar el Estado, pero

también tienen incentivos los intereses privados que buscan conservar su poder, o ganarlo. Es necesario entonces contemplar reformas dirigidas a bloquear los canales institucionales que permiten o facilitan la captura de las instituciones por parte de estos intereses (de actividades legales e ilegales). Esto implica, entre otras cosas, reducir en lo posible el poder discrecional de los funcionarios del Estado y mejorar la rendición de cuentas y la supervisión y control de aquellos agentes que necesariamente deben tener poder discrecional en sus funciones.

Estos temas se discuten en mayor detalle a continuación.

1. La disuasión de la corrupción mediante penas efectivas

Para ello resulta esencial una justicia eficaz que aumente la probabilidad de sanción y control efectivo a los hechos de corrupción. Debe enfatizarse que aumentar las penas legales no siempre es un remedio efectivo: de hecho, penas estatutarias excesivas con frecuencia acaban no aplicándose o considerándose injustas en los pocos casos que se aplican.

En este campo juegan también un papel importante entidades de control como la Fiscalía, la Procuraduría y la Contraloría, así como las superintendencias que supervisan y sancionan comportamientos irregulares en actividades o sectores específicos.

2. Una reducción de las oportunidades de corrupción mediante reformas institucionales en lo económico y en lo político

- A. En el ámbito económico, resulta fundamental la reducción de trámites excesivos (que permiten y estimulan la corrupción), así como realizar las compras públicas de forma transparente y competitiva²¹, regular en forma efectiva los conflictos de interés e inhabilidades y promover la competencia económica, puesto que el poder monopólico u oligopólico, monopsónico u oligopsónico, está con frecuencia vinculado con actividades irregulares que conducen a su establecimiento o se utilizan para preservarlo.
- B. En cuanto a lo político, resulta indispensable sanear el financiamiento de las campañas políticas y hacer más transparente el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos²², como se discutirá más adelante.

21 Ver, Paca Zuleta, Victor Saavedra, y Juan Camilo Medellín sobre el fortalecimiento del sistema de compras públicas en este documento.

22 Ver Informe de la Comisión de reforma Electoral y el análisis del sistema electoral de Mónica Pachón en este documento.

3. Finalmente es necesario fortalecer la ética ciudadana y el control social a la corrupción

Vale decir, las instituciones informales de la sociedad que pueden contribuir al control de este fenómeno. Para ello es asimismo necesario acercar a los ciudadanos al Estado, a través de mecanismos que mejoren la transparencia y rendición de cuentas de las entidades públicas.

La literatura especializada muestra que algunos comportamientos corruptos (como por ejemplo el soborno) son con frecuencia determinados por una especie de equilibrio de coordinación, donde hay una doble expectativa de los agentes a desviarse de un comportamiento legal, y que es facilitado por el grado de discrecionalidad de los funcionarios, la falta de 'accountability' y el grado de impunidad, y que pueden ser modificados mediante cambios legales y administrativos. Por otro lado, hay valores y comportamientos que son persistentes e independientes del imperio de la ley. Un estudio de Ray y Miguel (2006) sobre las infracciones de tránsito de las misiones diplomáticas en las Naciones Unidas en Nueva York, y otro de Ichino y Maggi (2015) sobre el comportamiento en los bancos italianos de personas del norte y el sur del país, muestra como el origen de las personas indica una correlación con comportamientos que se desvían de la norma. Estos aspectos culturales de origen responden en gran medida a un entorno institucional histórico. También se ha encontrado que una cultura de corrupción se puede reforzar por una autoselección de las personas con mayor propensión a la corrupción a entrar a ambientes con niveles altos de corrupción como el servicio civil (Hanna y Yi Wang, 2015). No obstante, estos comportamientos pueden ser a la larga afectados por la aplicación continua de prácticas efectivas de disuasión y reducción de oportunidades de corrupción, acompañadas por campañas educativas y de divulgación (como también lo muestra Ray y Miguel (2006) cuando se implementaron sanciones a las misiones diplomáticas que cometían infracciones de tránsito).

Como ya se indicó atrás, la irrupción de actividades ilegales muy rentables y de poderosos grupos criminales, como sucedió en Colombia con el auge del narcotráfico, afectó considerablemente estos tres grupos de factores. De una parte, debilitó la operación de los instrumentos disuasorios, dada la necesidad y el enorme poder de estos grupos de corromper o intimidar a los encargados de aplicarlos. De otra, condujo a una ampliación de las oportunidades de corrupción, debido a que han tenido una gran capacidad de capturar o corromper a quienes hacen las leyes y las regulaciones que limitan o amplían las oportunidades de corrupción y a quienes las aplican con poder discrecional y escasa supervisión y rendición de cuentas ('accountability'). Y finalmente acabó teniendo una influencia significativa sobre la cultura ciudadana, tanto directamente (ciudadanos que se involucran en las actividades ilegales por su gran rentabilidad o por coacción de los grupos criminales), como indirecta-

mente, por la generalización de una cultura de enriquecimiento rápido que conduce a actividades de corrupción en las actividades legales.

Chile ofrece un ejemplo de Agenda Integral contra la Corrupción, donde por solicitud de la presidenta Michelle Bachelet se creó en 2015 el 'Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias, y la corrupción' liderado por el reputado economista Eduardo Engel, ex profesor titular de la Universidad de Yale. Este Consejo emitió recomendaciones a las que se les ha hecho seguimiento por parte de una organización de la sociedad civil creada para este fin por un grupo de ciudadanos, incluyendo al propio Engel. Las recomendaciones se agruparon en cinco puntos, que cubrían la mayor parte de los temas indicados en el Gráfico 8: (1) Prevención de la Corrupción (reducción de licencias y trámites innecesarios; transparencia y competencia en licitaciones y provisión de servicios; y disuasión a través de penas y justicia eficaz); (2) Transparencia en el Financiamiento de la Política, (3) Regulación de los conflictos de Interés, (4) Aumento de la confianza en los Mercados (mediante la promoción de la libre competencia) y (5) Fortalecimiento de la ética ciudadana, a través del sistema educativo y campañas públicas.

5. DIAGNÓSTICO Y ELEMENTOS DE UNA ESTRATEGIA PARA EL CASO COLOMBIANO

En el caso colombiano existen deficiencias en los tres grupos de determinantes enunciados arriba.

- **Elementos disuasorios**

En cuanto a los elementos disuasorios que afectan la probabilidad de sanción efectiva, la mayor deficiencia radica en el alto grado de impunidad y falta de credibilidad en el sistema judicial y policial.

En adición, hay debilidad, captura o carencia de instrumentos legales en los organismos de supervisión y control. Esto se puede ilustrar con varios ejemplos:

- La debilidad y captura del Consejo Nacional Electoral y la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes es responsable de que el altísimo grado de corrupción

que afecta a nuestro sistema electoral pase sin ser investigado o sancionado en la mayoría de los casos²³.

- El hecho de que las entidades de control nacional operen bien en unos períodos y muy mal en otros, demuestra los problemas existentes en la selección del Contralor, el Procurador y el Fiscal y permiten que con frecuencia la corrupción no sea controlada²⁴.
- La captura política de las contralorías regionales facilita los múltiples casos de corrupción en las entidades sub-nacionales que no son investigados, mientras en otros casos los entes de control se utilizan para perseguir o limitar la capacidad de ejecución de los adversarios políticos.
- La virtual exclusión legal del sector agropecuario de la supervisión de la Superintendencia de Comercio en asuntos de libre competencia económica, así como los privilegios tributarios que acumula ese sector, demuestra el grado de captura que aún hoy detenta sobre los cuerpos colegiados.
- Los casos de Electricaribe, EMCALI y otros anteriores, muestran que la Superintendencia de Servicios Públicos puede ser fácilmente capturada cuando se nombran superintendente

- **Oportunidades de corrupción**

En cuanto al segundo grupo de determinantes, hay muchas normas y procesos que ofrecen oportunidades de corrupción, tanto en la operación del Estado como, especialmente, en la de nuestro sistema político y electoral.

Se debe señalar que ha habido algunos progresos que urge consolidar y generalizar. Es el caso de las compras públicas con la creación de Colombia Compra Eficiente y los nuevos procedimientos de contratación y compras en el Ministerio de Defensa.

Es también el caso de la operación el sector eléctrico después de la reforma institucional de 1993, que acabó virtualmente con los grandes escándalos de corrupción que caracterizaban con anterioridad a este sector –recuérdense los del Guavio, Corelca y varias Electrificadoras Departamentales-.

23 Ver por ejemplo: “Los penosos números de la comisión de acusaciones”, Revista Semana, 3/5/2015, y “El CNE a la los partidos: “Hagámonos Pasito””, Revista Semana 12/09/2017. Misión Electoral Especial (2017). Propuestas de Reforma Político y Electoral.

24 Ver por ejemplo: “Ordóñez, con una vela en la Corte Suprema y otra en el Consejo de Estado”, Revista Semana, 10/21/2017. También ver el capítulo de Vivian Newman, María Paula Ángel y María Ximena Dávila “Aproximación a las capacidades de investigación y sanción de la corrupción por parte de la fiscalía, la procuraduría y la contraloría: desafíos y recomendaciones” de Dejusticia en este documento.

Algo similar parece estar sucediendo con la aplicación de los contratos de concesión de cuarta generación (4G) y su adjudicación y financiación mediante procesos más transparentes, gracias a la creación de la ANI y la FDN, que no parecen haber dado lugar a grandes casos de corrupción como los que han sucedido en concesiones adjudicadas bajo los regímenes e instituciones anteriores (como los revelados recientemente con adjudicaciones a los Nule y Odebrecht) o bajo las formas de contratación directa y concesiones amañadas con oferente único como las que caracterizan la mayor parte de la contratación departamental y municipal de obra pública. Desafortunadamente, la adición a y renegociación de contratos ya adjudicados parece continuar abriendo oportunidades de corrupción, como también lo ilustra el caso de Odebrecht.

Desafortunadamente, el proceso de reforma institucional de este sector a nivel nacional ha quedado trunca por cuanto falta poner en operación de la Unidad de Planeación y la Comisión de Regulación Integrada del Transporte (UPIT y CRIT, respectivamente), así como fortalecer la Superintendencia del Transporte, y es necesario encontrar alguna forma de blindaje para el gobierno corporativo de la ANI y de INVIAS. Asimismo, hace falta extenderlo a nivel departamental y municipal. La adopción obligatoria de pliegos tipo estandarizados, mediante la Ley 1882 del 2018, ofrece una luz de esperanza en esta materia. La ley o la CRIT deberían, además, regular estrictamente los procesos de adición y renegociación de contratos y la superintendencia de Transporte reforzada supervisar el cumplimiento de estas regulaciones.

Asimismo, aunque todavía hay excesos de trámites que facilitan la corrupción, ha habido avances importantes como la abolición de prohibiciones y licencias previas de importación en los noventa (cuya expedición discrecional era de una de las mayores fuentes de corrupción en esa época) y el establecimiento de ventanillas únicas en algunas ciudades para los trámites de creación de empresas, entre otros.

En cuanto al financiamiento de la política el principal problema es el círculo vicioso que se ha establecido entre la financiación de las campañas políticas, la contratación pública y los nombramientos de funcionarios (*tú me financias, yo te pago con contratos o puestos públicos*). Este círculo vicioso se ve reflejado en los escándalos recientes de corrupción en obras públicas nacionales, así como en la predominancia de la contratación directa y los oferentes únicos en la contratación de Departamentos y Municipios, ya mencionados, así como en cambios masivos de contratistas y empleados con los ciclos electorales y en adiciones a contratos sin justificación técnica o financiera. Estos vicios, que son particularmente agudos a nivel subnacional, se agravan con la popularmente denominada 'mermelada' (los excesos cometidos en la asignación y utilización de cupos indicativos para los congresistas) y la inter-

vención indebida de congresistas en los procesos de contratación a nivel nacional, como se ha revelado en el caso de Odebrecht.

La raíz de estos problemas está, de una parte, en la debilidad de los partidos que ha desembocado en el auge de las llamadas micro-empresas electorales individuales, y, de otra, en la captura e incapacidad del Consejo Nacional Electoral, cuyos miembros son nombrados por los propios partidos que debe supervisar y que tampoco tiene capacidad de investigar bien las violaciones a la ley electoral, así se propusiera hacerlo. La captura e incapacidad de investigación de la Comisión de Acusaciones del Congreso completan este panorama de virtual impunidad en materia electoral.²⁵

- **Ética ciudadana**

En Colombia, el auge de la corrupción ha estado acompañado por la generalización de una cultura del ‘todo vale’ y de enriquecimiento rápido, que se generalizó en el país con la influencia del narcotráfico. Este fenómeno afectó directa e indirectamente a todos los estamentos de la sociedad y todas las actividades: la política (el proceso 8000 y la parapolítica), la justicia, las fuerzas del orden, los organismos de control y el empresariado.

La corrupción resultante en las cúpulas de los poderes del Estado (el Congreso, las Cortes, las campañas presidenciales) ha enviado un mensaje nefasto a la ciudadanía de que esa cultura del todo vale paga y que constituye el comportamiento esperado en el país. Una especie de nuevo equilibrio social con niveles mayores de corrupción.

La influencia perversa del narcotráfico en la ética ciudadana, por estos canales directos e indirectos se facilitó por la preexistencia de una cultura del rebusque que ha considerado desde hace tiempo que el vivo es quien no paga impuestos ni cumple las reglas y se sale con la suya. La impunidad, resultante de la inoperancia y corrupción en la justicia, la policía y el régimen carcelario contribuyeron también en mucho a la generalización de este entorno cultural.

De hecho, hubo factores geográficos e institucionales (como la falta de presencia y control del Estado en todo el territorio) y los bajos índices de cumplimiento de la ley (‘la ley se obedece, pero no se cumple’) que facilitaron que los grandes carteles de la droga y la expansión de los cultivos de coca y amapola se diera con tanta intensidad en Colombia, en compara-

25 Misión Electoral Especial (2017). Propuestas de Reforma Político y Electoral y ver capítulo de análisis electoral de Mónica Pachón en este documento

ción con países vecinos. Algo similar explica el auge de producción y tráfico de narcóticos en otros países con condiciones geográficas e institucionales similares a las de Colombia, como es el caso de Afganistán.

Cambiar este estado de cosas no será fácil. Requerirá que se logre efectivamente controlar la corrupción en las cúpulas de los poderes estatales y que, desde allí, se difumine el buen ejemplo y se lleven a cabo campañas pedagógicas y moralizadoras con plena autoridad. Desarrollar instrumentos y procesos de mayor transparencia y rendición de cuentas en la contratación pública, en la asignación de recursos públicos y demás actuaciones del Estado, así como promover una mayor participación de la sociedad civil en los procesos de rendición de cuentas, son elementos que podrían coadyuvar a la larga a modificar la cultura ciudadana frente al tema de la corrupción.

- **El círculo vicioso de la descentralización y la corrupción política**

Como ya se dijo, los problemas de corrupción política han sido particularmente frecuentes a nivel sub-nacional. Sin lugar a duda, el rápido proceso de descentralización administrativa y política en la que se empeñó el país, en especial desde la Reforma Constitucional de 1991, muestra muchos casos de éxito como los de Medellín, Pasto, Bogotá bajo Mockus y Peñalosa, Barranquilla y más recientemente Cali. Sin embargo, se encuentran aún más casos graves de captura y desviación de recursos a nivel regional y local, como entre otros, los recurrentes en departamentos como Córdoba, Sucre, La Guajira, Arauca, Putumayo y el Valle del Cauca y en ciudades como Buenaventura, Cartagena, Santa Marta y Sincelejo, u ocasionales como en Bogotá, bajo Samuel Moreno, y Santander y Bucaramanga bajo el predominio de Hugo Aguilar e Iván Moreno. Un caso muy generalizado de corrupción a nivel local se relaciona con cambios del uso del suelo en el POT de diversos municipios.

En teoría, descentralizar puede aumentar la 'rendición de cuentas' y la eficiencia del gasto siempre y cuando se base en impuestos locales y existan mecanismos de control social. Pero, cuando ello no ocurre, la descentralización puede facilitar la captura y la corrupción como ha sucedido en los ejemplos anteriores, en la operación de las contralorías departamentales y municipales, en la aplicación de los prediales rurales, en los cambios del POT municipal, en la contratación directa o con oferente único y en las aberrantes desviaciones masivas de recursos de las regalías, especialmente antes de la última reforma a este régimen.

En el país se puede observar una relación entre baja capacidad estatal, pobreza y riesgo de corrupción a nivel sub-nacional. Ello es consecuencia de la gran heterogeneidad existente en

las entidades sub-nacionales, que no se reconoce en la ley ni en las prácticas de supervisión y control.

Estos problemas de la descentralización se han agudizado con la llamada ‘mermelada’ presupuestal y burocrática y el mercado de cupos entre Congresistas, que han facilitado el control de la política regional y local por parte de congresistas corruptos apalancados con generosos cupos indicativos nacionales, como se ha revelado en casos como los del Ñoño Elías y Musa Besaile, entre muchos otros.

Los problemas del régimen electoral y de debilitamiento de los partidos se relacionan estrechamente con el auge de las microempresas electorales y el voto preferente en las listas de los partidos y movimientos políticos, que son el origen del círculo vicioso corruptor de la financiación y la contratación: los candidatos individuales buscan quien los financie y luego otorgan contraprestaciones con recursos estatales (o viceversa: sus beneficiarios financian sus campañas posteriores). Por otro lado, existe un Consejo Nacional Electoral inoperante porque sus miembros son elegidos como representantes de los partidos a quienes deben controlar y porque carece de una mínima capacidad investigativa. Todo esto se ha agravado con los cuestionamientos a la tercerización de la registraduría y la falta de transparencia en el proceso.

El auge reciente de las llamadas microempresas electorales agudizó estos problemas que ya estaban presentes en las prácticas clientelistas de los partidos tradicionales en muchos departamentos y municipios (el caso del Atlántico y Barranquilla, con el predominio de familias de políticos y contratistas como los Name y los Gerlein fue proverbial). Este auge fue consecuencia directa del debilitamiento de los partidos políticos, que se agudizó a partir de la reforma Constitucional de 1991²⁶. Aunque este fenómeno se mitigó un tanto con la reforma política de 2003, aún se observa una excesiva proliferación de partidos y movimientos y de la inscripción por firmas (crecientemente en elecciones locales y nacionales) y la práctica generalizada del voto preferente en las listas.

El auge de las microempresas electorales, a su turno, conduce a la falta de disciplina partidaria en las votaciones y a la negociación de los votos de los congresistas (y miembros de asambleas y Concejos) con el gobierno respectivo, a cambio de proyectos, contratos y direcciones en Ministerios y secretarías, institutos nacionales y sub-nacionales. Estas prácticas del gobierno nacional refuerzan significativamente la corrupción a nivel subnacional.

26 Olivera, Mauricio and Pachón, Mónica and Perry, Guillermo E., *The Political Economy of Fiscal Reform: The Case of Colombia, 1986-2006* (May 2010). IDB Working Paper No. 57. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1817291> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1817291>

Asimismo, el debilitamiento de los partidos políticos y el auge de las microempresas electorales conduce a la proliferación y permanencia de privilegios tributarios y subsidios, pues cada parlamentario busca y defiende privilegios para el sector al que pertenecen sus principales financiadores. El trámite de las reformas tributarias y otras reformas fiscales desde la década de los noventa ha mostrado con nitidez este problema.²⁷

6. HACIA UNA ESTRATEGIA INTEGRAL ANTICORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Hay países que han logrado mejoras rápidas y estructurales en la percepción de corrupción como es el caso de Georgia entre 2003 y 2012 o Hong Kong desde 1995 liderado por la Comisión Independiente de Lucha Contra la Corrupción. En estos casos ha habido una agenda integral de reformas que fortalecen los mecanismos disuasorios, limitan las oportunidades de corrupción y promueven un cambio cultural y educativo.

Sin lugar a duda, las investigaciones recientes lideradas por los organismos de control y la Fiscalía juegan un papel importante en la lucha contra la corrupción, pero para lograr una reducción efectiva y duradera de este fenómeno se requiere un diagnóstico sistémico y una estrategia integral, que contemple soluciones en los tres frentes mencionados y que éstos elementos se refuercen entre sí.

Este estudio pretende aportar algunos de los elementos esenciales en esas tres áreas. Concluimos que, en primer lugar, como han señalado ya varios analistas, es necesaria una reforma a nuestro sistema de justicia, control y supervisión de la acción pública, para reforzar los elementos disuasorios. Pero que es igualmente urgente una reforma electoral y una mayor transparencia y competencia en los procesos de contratación y licitación pública que limiten las enormes oportunidades de corrupción que, conjuntamente con la debilidad o captura de los instrumentos punitivos para las violaciones de la ley electoral y la corrupción administrativa, han conducido a la generalización del círculo vicioso: ‘tú me financias mi campaña y yo te pago con contratos y puestos públicos’, especialmente a nivel sub-nacional. Y, finalmente, que también se requiere un compromiso efectivo de los gremios, asociaciones profesionales, organizaciones no gubernamentales y partidos y movimientos políticos, en promover un cambio de conducta entre sus afiliados y agremiados y una menor tolerancia de la sociedad ante los hechos de corrupción. Cada vez son más importantes los ‘vigilantes’ activos de la Sociedad Civil y la necesidad de que el sector privado transite de su rol actual de actor en procesos de corrupción pública y privada, hacia uno de ‘vigilante’ del Gobierno.

27 Ibidem

Los Centros de Pensamiento y las Universidades tienen un papel crucial en contribuir a elaborar un diagnóstico integral detallado, proponer una agenda integral de reformas y especificar las características de cada una de ellas, y hacer monitoreo.

Finalmente, convendría establecer Misión Anti-Corrupción como la que se operó en Chile, con peso político y apoyo de la sociedad civil que evite lo que ha sucedido con otras misiones similares en el país. En particular, el próximo Presidente y algunos “campeones” en el Congreso, deberían comprometerse a llevar a cabo las recomendaciones de esa Comisión, y los partidos políticos deben asumir su responsabilidad frente a las indispensables reformas electorales y a su depuración interna, especialmente en lo que hace relación con el financiamiento de la política. Y, por supuesto, los electores tenemos una responsabilidad central en elegir presidentes, gobernadores, alcaldes, congresistas, diputados y concejales que no solo no hayan estado involucrados en escándalos de corrupción, sino que hayan demostrado que no propician ni toleran esas prácticas.

REFERENCIAS

- Alvarez-Villa, D. (2018). "Explaining Informality: Extractive States and the Persistent Incentives for Being Lawless", unpublished.
- Djankov, S, R. de la Porta, F. López- De Silanes, y A. Schleifer, "The Regulation of Entry", *Quarterly Journal of Economics* 117 (1) (2002): 1-37
- Fisman, R y E. Miguel, "Corruption, norms and legal enforcement: Evidence from diplomatic parking tickets", *Journal of Political Economy* 115(6) (2007): 1020-48.
- Fisman, R. and Svensson, J. (2007). Are corruption and taxation really harmful to growth? Firm level evidence. *Journal of Development Economics*, Vol. 83:63-75.
- Girijasankar Mallik, Shrabani Saha, (2016) "Corruption and growth: a complex relationship", *International Journal of Development Issues*, Vol. 15 Issue: 2, pp.113-129, <https://doi.org/10.1108/IJDI-01-2016-0001>
- Golden, M. y R. Fisman. *Corruption: What Everyone Needs to Know*. Oxford University Press, 2017.
- Hallward-Driemeier, M. y L. Pritchett, "How Business is done in the developing world: deals versus rules", *Journal of Economic Perspectives* (2015):121-140
- Hanna, R y S. Y. Wang "Dishonesty and Selection into Public Service: Evidence from India". National Bureau of Economic Research (NBER), Working Paper No.19649, 2015.
- Hanousek, Jan y Kochanová, Anna, *Bribery Environment and Firm Performance: Evidence from Central and Eastern European Countries* (March 2015). CEPR Discussion Paper No. DP10499. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2584017>
- Ichino, A. y G. Maggi, "Work Environment and Individual Background: Explaining Regional Shirking Differentials in a Large Italian Firm", *Quarterly Journal of Economics* 115(3) (2000): 1057-90.
- Kevis Casas-Zamora "Beyond the Scandals, The Changing Context of Corruption in Latin America", 2017. *The Interamerican Dialogue*, 2017.
- Mauro, Paulo "Corruption and Growth", *Quarterly Journal of Economics* 110(3) (1995): 681-712.
- Misión Electoral Especial (2017). *Propuestas de Reforma Política y Electoral*. Consultado: <http://moe.org.co/wp-content/uploads/2017/04/Libro-Reformma-completo-2017-1-1.pdf>
- North, Douglass C. (1991). "Institutions." *Journal of economic perspectives* 0895-3309.
- Olivera, Mauricio and Pachón, Mónica and Perry, Guillermo E., *The Political Economy of Fiscal Reform: The Case of Colombia, 1986-2006* (May 2010). IDB Working Paper No. 57. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1817291> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1817291>
- Olken, B.A. (2006). Corruption and the Costs of Redistribution: Micro evidence from Indonesia. *Journal of Public Economics* 90 (4-5), pp. 853-870.

Olken, B.A. and Pande, R. (2012). Corruption in Developing Countries. *Annual Review of Economics* Vol. 4:479-509. Rose-Ackerman, S. R. 2016. *Corruption and Government*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.

Treisman, Daniel (2000), " The causes of corruption: a cross-national study". *Journal of Public Economics*, 399-457.

World Bank. 2017. *World Development Report 2017: Governance and the Law*. Washington, DC: World Bank. doi:10.1596/978-1-4648-0950-7. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO.

CAPÍTULO 2: EL PAPEL DEL SECTOR PRIVADO Y LA SOCIEDAD CIVIL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

I. LA EVENTUAL ADOPCIÓN DEL WHISTLEBLOWER EN COLOMBIA

Fernando Cepeda Ulloa

PRESENTACIÓN

Este informe pretende justificar la conveniencia de que en Colombia se establezca el mecanismo del Whistleblower, delación premiada, como una de las herramientas más eficaces en la lucha contra la corrupción.

Colombia lleva varias décadas empeñada en esta lucha. Y no sería injusto decir que la situación es cada día más preocupante. No solamente por el volumen de recursos públicos y privados que se han perdido sino por la dimensión que ha alcanzado hasta el punto de que sería apropiado afirmar que lo que estamos viviendo es una forma de crimen organizado o de redes criminales o, peor aún, lo que el Contralor General Edgardo Maya ha designado como “empresas político-criminales” que constituyen una especie de Partido Único de contratistas que deciden sobre la destinación de los presupuestos de contratación en Colombia, según él en todos los niveles.

El Whistleblower, es la herramienta que está ofreciendo resultados más significativos en Estados Unidos y otras partes del mundo. Por ejemplo, el escándalo de Odebrecht es el resultado de la acción de delatores. Sin ellos habría sido imposible detectar este caso de mega corrupción. La verdad es que después de siete años no se había identificado un solo caso en Colombia. Ni en otros países, incluido el propio Brasil. 28.000 funcionarios en la Fiscalía, 4.000 en la Contraloría, 4.000 en la Procuraduría y no se mencionaron las auditorías y las

oficinas de Control Interno, no tuvieron noticia de lo ocurrido. ¿Acaso un Whistleblower habría cambiado la situación?

Es estimulante saber que una institución tan respetada en la formulación de políticas públicas como la OECD ha venido realizando estudios para identificar las mejores prácticas en el grupo de países que la integran y en el de los que han adherido a la Convención Anti-soborno sobre la manera como funciona el Whistleblower. Son estudios que constituyen una valiosa fuente de información sobre la manera como funciona el Whistleblower.

Colombia ha buscado de diversas maneras aproximarse al tema. Se han intentado diferentes proyectos de ley. Hay uno en curso presentado por el Ministro Enrique Gil Botero. Hay experiencias que se asimilan a esta herramienta. Es hora de considerar seriamente su adopción, así sea, inicialmente para dos o tres sectores.

Un ejercicio riguroso de monitoría y evaluación permitiría ir extendiéndolo a otros sectores.

Bogotá, D.C., Junio de 2018.

1. INTRODUCCIÓN

No existe una historia de la corrupción en Colombia. El impacto de la industria de las drogas ilícitas está muy relacionado con el crecimiento de la corrupción. La cultura del enriquecimiento fácil y rápido destruyó valores tradicionales como el esfuerzo perseverante y la austeridad. Y así obraron otros factores que no es del caso señalar aquí.

La lucha contra la corrupción entró a formar parte de la agenda global de la postguerra fría. Se trataba de asegurar un juego limpio para un mundo que entraba a la globalización de las empresas, al movimiento global de los capitales ... Bien pronto las instituciones insignias como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo, (OECD), la Organización de las Naciones Unidas, la hoy denominada Unión Europea, la Organización de Estados Americanos y similares incluyeron en sus agendas el tema de la transparencia o de la lucha anticorrupción o el tema de la integridad o probidad. Surgieron los consultores internacionales, seminarios, conferencias, ONGs, y pronto los países elaboraron estatutos anticorrupción, las empresas códigos de ética o de autorregulación, y el tema del cumplimiento dio lugar a las oficinas pertinentes (Compliance). Toda una parafernalia que revelaba la aparición de una nueva industria. Y, cómo evitarlo, surgieron los dogmas y las recetas infalibles....

Hoy existe pesimismo y hasta incredulidad con respecto a la posibilidad de lograr el éxito en esta lucha. Y lo que es evidente es que la corrupción ha adquirido unas características que hacen recomendable utilizar otros conceptos: crimen organizado, empresas criminales, redes ilícitas. Y algunos países ya son designados como Kleptocracias (Rusia, Venezuela). Aún casos emblemáticos por su éxito en la lucha anticorrupción, Hong-Kong, vuelven a presentar casos de corrupción. Por ejemplo, Nueva Zelandia distinguida en el último índice de transparencia (2018) como la mejor, pronto volvía a ser señalada en virtud de dos casos revelados por un whistleblower, que denunciaban un fraude en la expedición de licencias para conducir!!! (FCPA BLOG, 26 de Febrero, 2018).

2. QUE ES EL WHISTLEBLOWER

Es legítimo preguntar: qué habría pasado si una herramienta, al parecer de muchos en el mundo, quizás la más eficaz en la lucha contra la mega-corrupción hubiera estado al alcance de los ciudadanos. ¿Alguien habría denunciado lo que estaba ocurriendo con Odebrecht, o con la FIFA, o en el departamento de Córdoba, etc? ¿Algún exguerrillero o militante o colaborador o testaferro estaría dispuesto a contar dónde está el dinero que se supone las FARC no declararon?

Se diría que sería una acción ciudadana suicida! Nadie correría semejante riesgo ni exponería a su familia... pues la herramienta del Whistleblower está diseñada precisamente para proteger la denuncia, proteger al denunciante y a su familia si es el caso y para proteger el patrimonio público o el privado. Una herramienta que ha venido refinándose desde finales del siglo XVIII y que cuenta con una experiencia recogida en estudios y en una amplia jurisprudencia, principalmente en los Estados Unidos.

El Whistleblower es el ciudadano que pita, que grita, que informa, que relata, que denuncia, que revela una situación indebida. Por hacerlo así, es objeto de una especialísima protección que, se podría decir, lo hace invulnerable a él y a su familia. Este mecanismo de protección se refina todos los días. Ha sido eficaz. Y es indispensable. Y no puede tener fallas. Libros enteros describen los mecanismos, los casos, las fallas cuando estas ocurrieron Y la obsesión para asegurar que la protección que se proporciona sea a toda prueba.

La lucha contra la corrupción guarda una gran similitud con la lucha contra las drogas ilícitas. No obstante los esfuerzos para controlarlas-droga, corrupción- en ambos casos se reconocen algunos avances y grandes fracasos. Y, claro, los dos están emparentados. Particularmente, en el caso, colombiano.

EL Banco Mundial ha replanteado su enfoque en su estrategia anti-corrupción. Otros como la OECD han concentrado sus esfuerzos en el tema del soborno transnacional y ahora en el Whistleblower, o sea, la delación protegida y, en algunos países, premiada. Y como en el caso de graves delitos contra la humanidad que dio lugar, después de muchos esfuerzos, a la creación de la Corte Penal Internacional ahora, se habla de crear una Corte Internacional Anticorrupción. Fue la propuesta que hizo la Cumbre de Londres que presidieron el Primer Ministro Británico y Juan Manuel Santos. Ya el gobierno colombiano respaldó esa iniciativa. Así lo informó el Presidente Santos en el Foro “Corrupción en Colombia, la peor forma de Violencia”, el 5 de Abril de 2017. “He tomado la decisión de apoyar esa iniciativa, y Colombia se convertirá en una de sus promotoras”, dijo al mencionarla.

Los países de la OECD comenzaron a adoptar en los años ochenta legislaciones referidas al Whistleblower. Cuatro países las elaboraron en los últimos años del siglo veinte. Y desde el 2006 otros nueve se añadieron y como siempre, fue la respuesta a grandes escándalos. Luego, las decisiones que se tomaron en el nivel multilateral contribuyeron a estimular este tipo de legislaciones. Y el grupo de trabajo permanente sobre soborno de la OECD está ofreciendo recomendaciones a los cuarenta y un miembros que han adherido al tratado. La sociedad civil también ha jugado un papel en promover esta innovación. La mayoría de los países todavía tienen una legislación específica o sectorial sobre el tema que se incorpora a leyes anti-corrupción, a leyes sobre competencias, sobre el servicio civil, sobre asuntos laborales o en los códigos penales.

Únicamente trece países de los 33 de la OECD (incluida ahora Colombia) han promulgado leyes dedicadas, o sea generales, para la protección del Whistleblower. A continuación la lista de estas leyes:

- Australia, Public Interest Disclosure Act 2013,
- Belgium: The Law of 15 September 2013,
- Canada: Public Servants Disclosure Protection Act of 2005,
- Hungary: The Act CLXV. Of 2013 on Complaints and Public Interest Disclosures,
- Ireland: The Protected Disclosures Act (No. 14 of 2014),
- Israel: Protection of Employees Law,
- Japan: Whistleblower Protection Act of 2004,
- Korea: Act on the Protection of Public Interest Whistleblower of 2011,
- Netherlands: Decree of 15 December 2009 regulating the reporting of suspected abuses in the civil service and the police (Reporting of Suspected Abuses),
- New Zealand: Protected Disclosures Act of 2000,
- Slovak Republic: Act No. 307/2014 Coll. on Certain aspects of Whistleblowing. Entry into force: January 2015,

- United Kingdom: Public Interest Disclosure Act of 1998,
- United States: Whistleblower Protection Act of 1989.

La propuesta que aquí se presenta busca rescatar una de las herramientas más antiguas y, según muchos, más efectivas en la lucha anticorrupción, como que surgió al calor de la lucha por la independencia en los Estados Unidos y luego, como se verá, se reforzó durante la guerra civil, y continúa siendo objeto de ajustes y de adopción por países en todos los continentes.

2.1. HISTORIA DEL WHISTLEBLOWER EN LOS ESTADOS UNIDOS

Conviene, entonces, examinar una de las herramientas que se considera eficaz no solamente en los Estados Unidos, el Reino Unido, sino también, dicen los expertos, en el mundo. Se trata del Whistleblower o delación premiada, o denuncia ciudadana premiada, que encuentra su origen ya en los mismos albores de la independencia de los Estados Unidos y que se ha venido perfeccionando con la que en su momento se denominó Lincoln Law, en la época de la guerra civil y que luego ha sido objeto de actualizaciones y de regulaciones específicas que permiten decir que ha sido la herramienta más eficaz en los Estados Unidos.

Esta herramienta basada en la participación ciudadana, en la confidencialidad máxima y en una recompensa generosa ha reconocido, entre 1987 y 2.016 recompensas por más de 6.7 billones de Dólares.

El primer caso de Whistleblower se remonta al 19 de Febrero de 1777. La denuncia que hicieran diez marineros del buque de guerra Warren, que se atrevieron a denunciar al Comodoro Hopkins, hermano del Gobernador de Rhode Island, uno de los signatarios de la Declaración de Independencia. El 2 de enero de 1778 el Congreso destituyó a Hopkins y luego fue removido del servicio en la Marina americana. Hopkins retalió contra los marineros. Posteriormente el Congreso los indemnizó y recompensó. Y el 30 de Julio se estableció como la fecha conmemorativa de la primera legislación sobre el Whistleblower aprobada por el Congreso en 1778.

Sorprende que después de dos siglos, esta herramienta no sea suficientemente conocida entre nosotros y que los intentos para adoptarla hayan sido precarios y por lo tanto inocuos.

No sobra recordar que el Whistleblower se basa en la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense como una de las tantas formas de proteger la libertad de expresión, el derecho de opinar y estar en desacuerdo, en este caso con un comportamiento que se estima

indebido. En la versión moderna sería el empoderamiento del ciudadano para ejercer sus responsabilidades en su sitio de trabajo. No existe una legislación nacional al respecto; en su lugar hay más de cincuenta leyes federales separadas y cientos de estatutos sobre la materia. Y han sido escándalos de naturaleza aérea o empresarial los que han llevado a legislaciones específicas para proteger diversos sectores de la ciudadanía. Los concededores del tema dicen que se trata de desafiar a los empleadores sobre el predicamento entre recompensar la honestidad y la ética o de darle preferencia a nociones convencionales sobre lealtad a expensas de la seguridad y del bienestar de los ciudadanos. Se trata de asegurar, dicen, honestidad en el gobierno y en los grandes negocios, gracias a la existencia de los ideales que protegen la libertad de expresión, por la cual lucharon los Padres Fundadores. Así ocurrió un cambio sustancial en las prácticas bancarias. Así se podrían presentar otros ejemplos no menos significativos. Los demandantes premiados han revelado 70% de los fraudes recobrados en Estados Unidos, detectaron e informaron más fraudes que todos los funcionarios que tenían que ver con la contratación, el Inspector General, el Departamento de Justicia y otros burócratas con esa responsabilidad. Por ello se dice que es una herramienta extremadamente eficaz.

Aparte de la legislación arriba citada (30 de Julio de 1.778) el Estatuto más antiguo es el “False Claims Act” promulgado en 1863 y enmendado en 1943 y 1986. Y, también, fortalecido por tres enmiendas en 2009 y 2010. Tan sólo un ejemplo sirve para ilustrar la importancia de esta herramienta. Se trata de lo que ocurrió el 6 de agosto de 2012 cuando Bradley Birkenfeld, un denunciante suizo, recibió una importante recompensa por haber revelado las prácticas bancarias secretas del que era entonces el banco más grande del mundo, UBS AE. Este ciudadano viajó a los Estados Unidos y proporcionó información detallada sobre un programa dedicado a solicitar y administrar cuentas bancarias ilegales. El ciudadano suizo que había perdido su empleo y había sido procesado por violaciones al fisco en los Estados Unidos y había permanecido tres años en prisión, recibió una recompensa de 104 millones de Dólares. La mayor que ciudadano alguno haya recibido en el mundo. Esto puso fin a la era de la creación de cuentas bancarias ilegales para ciudadanos americanos. Billones de dólares fueron repatriados a los Estados Unidos lo cual resultó en la mayor recolección de impuestos y multas no pagadas (13.7 billones de Dólares hasta 2017).

Sin duda la mayor y más significativa experiencia en materia de la protección al Denunciante y de reconocimiento de recompensas la tiene Estados Unidos no sólo en el nivel federal sino en el estatal, municipal y, recientemente, internacional. Hay más de cincuenta leyes federales sobre el tema y, literalmente, cientos de leyes para proteger. Otros países han adoptado su propia legislación siguiendo de cerca-no podría ser de otra manera- la experiencia de Estados Unidos. (Handbook, p. XVII). En el pasado mucha gente sufrió... Ya no. (Handbook, p.2). El riesgo parece estar bajo control.

Es una experiencia extremadamente valiosa que se remonta a la lucha por la independencia. Se fortalece durante la guerra civil y luego va evolucionando hasta llegar a estatutos tan sofisticados como el DODD-FRANK ACT. Es, así lo dicen, un ongoing process. Es, además, el país donde se encuentran estudios académicos que defienden la institución del Whistleblower y otros que lo critican. El proceso de evaluación es permanente y así el esfuerzo para perfeccionarlo. Existe un día que conmemora su creación el 30 de Julio de 1778; y existen ONGs que lo defienden como el National Whistleblower Center; y abundan páginas digitales. La Unión Europea imita pero no llega tan lejos.

Por esta razón conviene enumerar a continuación algunas de las leyes que lo han regulado y, luego, mencionar los Estados de la Unión que la han adoptado, unos más progresistas que otros. Un mundo de enorme complejidad.

Recordemos, a grandes rasgos, su evolución en Estados Unidos, a partir del Siglo XIX.

Leyes que contemplan la protección de los Denunciantes en el nivel federal:

- U.S. Constitution First Amendment
- Civil Rights Act of 1871
- Consumer Product Safety Act of 2008
- Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act
- Publicly Traded Corporation and Their Subsidiaries Contractors and Agents
- Banking Industry
- 15 U.S.C. * 78u-6
- Environmental Whistleblower Protections
- Pipeline Safety Improvement Act
- American Recovery and Reinvestment Act
- Department of Defense Contractor Fraud Antiretaliation
- False Claims Act
- Commodity Exchange Act
- Securities Exchange Act
- IRS Payment for Detection of Fraud and Underpayment of Taxes
- Civil Rights Act
- IRS Payment for Detection of Fraud
- Atomic Energy Act
- Privacy Act
- Airline Safety
- Public Transportation

- Railroad Safety Act
- Fair Labor Standards Act

Estados que han legislado sobre la materia:

Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming, Guam, Puerto Rico, Virgin Islands.

Breve explicación sobre las principales leyes

False Claims Act (1.863)

Es considerada la ley más efectiva para proteger asuntos relacionados con contratación, compras, y gastos federales. Inicialmente no contemplaba recompensa. Sólo a partir de 1985. La recompensa para el Whistleblower oscila entre el 15 y el 30 por ciento de la cantidad recobrada por el gobierno aparte de los honorarios del abogado y otros gastos. El empleado no puede ser objeto de retaliaciones y si las hay tendrán que pagarle retroactivamente el doble de salarios no recibidos y compensar daños especiales y otros costos.

La lista de comportamientos cubiertos por el False Claims ACT es larga. Son temas bien conocidos. Servicios no prestados, facturación de servicios no necesarios, de servicios defectuosos, sobornos, sobre-facturación, etc.

En 2000 Y 2010 la ley fue perfeccionada para incluir todo tipo de fondos federales.

Esta es la LEY LINCOLN, la que se promulgó durante la guerra civil. Y es la que se hace en nombre del gobierno, Qui tam, siguiendo el proverbio latino: “qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur” que traduciría “quien persigue esta acción en representación del Rey la persigue como suya propia”. Por esta razón algunos hablan de que se trata de una especie de “self-appointed prosecutor”. O sea, alguien que ayuda al gobierno a vigilar que no se cometan fraudes o crímenes que afecten el patrimonio público. Algunos van tan lejos en la historia, en 1778 se encuentra la primera referencia legislativa a esta

herramienta que sirve de base para fijar el 30 de julio como la fecha emblemática para conmemorar esta iniciativa. Vale la pena reproducir el texto.

En 2005 el General Accounting Office estableció que el promedio de recompensas pagadas llegaba a 1.7 millones. En algunas ocasiones llegaron a recibir más de cincuenta millones de dólares. Entre 1986 y 2016 las compensaciones alcanzaron 6.325 millones de dólares. (Handbook pp 71-75).

Dado el enorme significado monetario de este recurso, los expertos aconsejan seguir con mucho cuidado cada uno de los pasos necesarios, porque de otra manera la controversia jurídica puede lograr que el reclamo sea desestimado.

A continuación se enumeran los pasos necesarios, sin entrar en detalles,

1. No haga pública la denuncia.
2. Trate de ser calificado como una 'Fuente Original'
3. Presente los alegatos confidencialmente al gobierno
4. Hágalo primero
5. Busque la oficina gubernamental que mejor le convenga
6. Prepare una Declaración Detallada
7. Presente la Denuncia "Under Seal" y mantenga la confidencialidad
8. Mantenga una investigación sobre el tema después de presentar la denuncia.
9. Verifique si hay fondos estatales implicados
10. Prepárese para un caso de retaliaciones
11. Decida si debe proceder con una demanda de naturaleza civil. En caso de que el gobierno no asuma el caso el denunciante puede continuarlo, qui tam, en nombre del gobierno. (Handbook pp.77-87)

Tax Relief

La ley anterior, False Claims Act, no incluía el tema de los impuestos y una ley de 1867 había sido ineficaz para estimular la denuncia de grandes fraudes al fisco. En diciembre 20 de 2006, se aprobó una ley, Tax Relief and Health Care ACT, a la cual el Senador Grassley le introdujo una enmienda que contemplaba el Qui tam. La Oficina de Impuestos creó una oficina de Whistleblower. Se pueden denunciar no sólo evasiones sino también Underpayments: pagos inferiores a los debidos. El equivalente en ambos casos debería exceder dos millones de dólares, en un año.

La ley fue muy exitosa, en 2007 hubo 83 Whistleblowers con alegatos que llegaban a los 8 billones de dólares. El año siguiente fueron 1890 Whistleblowers y la suma llegaba a 65 billones de dólares.

Pero no fue fácil. Las recompensas se demoraron. Y solamente cuando se hizo el famoso pago a Birkenfelds, 104 millones de dólares, el más alto en la historia, el sistema recuperó credibilidad. La recompensa oscila entre el 15 y el 30 por ciento del dinero recuperado. Y como en la Ley Lincoln, si el denunciante participó en el fraude, de todas maneras tiene derecho a la recompensa, pero si el denunciante participó en la planeación del fraude queda expuesto a una reducción de la recompensa. Algunas personas no califican, por ejemplo, los empleados del Tesoro, o aquellos cuya función era detectar el fraude. (Handbook, pp. 89-101). Esta es una excepción digna de ser adoptada en cualquier legislación sobre el tema.

Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

Aprobado por el Congreso en 1977 y enmendada en 1998 como una forma de cumplir la Convención Antisoborno de la OECD. Desde el 2010, Whistleblowers están incluidos en la FCPA. De allí surge una amplia jurisdicción extraterritorial para los Estados Unidos para perseguir ciudadanos no americanos que hayan pagado sobornos a funcionarios extranjeros en otros países. “This has made the FCPA the most effective transnational anticorruption Law in the world”, dice el Profesor Philip M. Nichols y añade: “los que concibieron esta ley vieron el soborno como una amenaza existencial a los negocios internacionales” (Handbook p. 120)

Durante treinta años el FCPA careció de una norma sobre recompensas. Eso cambió en 2010. Ello fue posible gracias al Dodd-FRANK ACT el cual se explicará más adelante. Y contempla Whistleblowers extranjeros. Y sigue las reglas del FCPA. Es considerada una de las armas más poderosas.

Dodd-Frank Act

En respuesta a la crisis financiera de 2008, el Presidente Obama sancionó la ley denominada Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection ACT. Se trata de una ley que tiene dos mil páginas. Se buscaba prevenir un nuevo colapso financiero tan costoso para tantas personas y tantos negocios. El Congreso consideró que era esencial incluir cláusulas sobre el Whistleblower. Se necesitaba un sistema de alertas tempranas. Ocho secciones buscan la protección del denunciante. Es la ley más completa sobre la materia. Y por primera vez contempla el anonimato total. Aún el gobierno desconoce la identidad del denunciante.

Sólo lo conocería al terminar el caso y autorizarse la recompensa. Los expertos aseguran que contiene las mejores normas sobre protección del denunciante. (Handbook, pp 41-45).

La **U.S. Securities Exchange Commission (SEC)**, estableció un programa de Incentivos y Protección para los delatores con base en The Dodd-Frank Act. Se trataba de establecer el sistema de protección y recompensa en casos que dieran lugar a sanciones de un millón de dólares o más si las informaciones proporcionadas resultaban exitosas.

La recompensa oscilaba entre el diez y el treinta por ciento del dinero preservado. Y para el pago de esas recompensas el Congreso estableció un fondo separado denominado Investor Protection Fund. También se estableció una oficina especial (OWB) para administrar el programa. Se crearon incentivos y mecanismos de protección para que los propios funcionarios contribuyeran a esa tarea de denuncia como quiera que eran quienes estaban en una posición privilegiada para estar en capacidad de proporcionar información relevante. La oficina especializada (OWB) debe informar anualmente al Congreso de los Estados Unidos sobre sus actividades y es precisamente del informe correspondiente al 2017 de donde se han tomado los datos que aquí se están consignando.

Desde el comienzo del programa la SEC recuperó 975 millones de dólares en el año fiscal de 2017. La SEC ordenó recompensas que llegaron casi a 50 millones de dólares a doce individuos y entre el 2012 y finales de septiembre de 2017 el programa pagó en recompensas aproximadamente 160 millones de dólares a 46 individuos.

El jefe de la oficina Jane Norberg reconoce en su informe al Congreso que tres características claves creadas en el Dodd-Frank Act han sido las claves del éxito del programa: uno la promesa de recompensas monetarias para las informaciones que resulten exitosas; dos, las normas que protegen la confidencialidad para el denunciante y, tres, las normas de protección mejorada contra la retaliación.

Aparte de las normas que han mejorado la protección de los denunciantes contra eventuales retaliaciones, algo que está sometido a una permanente revisión para asegurar así que el denunciante se sienta tranquilo y sin ningún temor de represalias, hay que destacar también el excelente sistema para difundir el conocimiento sobre los mecanismos de denuncia, protección y recompensa. Así se estimula que los que tienen alguna información para proporcionar lo hagan por diversos sistemas establecidos. La OWB ha respondido desde mayo del 2011 más de 18.600 llamadas. Estas han venido creciendo exponencialmente lo cual muestra la eficacia del sistema. (Tomado de 2017 Annual Report to Congress, Whistleblower Program Securities and Exchange Commission).

La SEC anunció el 19 de Marzo de 2018 el pago de la mayor recompensa hasta ahora, a tres Whistleblowers por un total de 83 millones de Dólares (en 2016) porque ayudaron a un arreglo con el Bank of America (Wall Street Journal, 19 de Marzo, 2018) por la suma de 415 millones de dólares.

The Military Whistleblower Protection Act.

Esta legislación permite que miembros de los servicios de las Fuerzas Armadas puedan comunicarse legalmente con el Congreso, su cadena de comando y los inspectores generales militares. También permite que ellos puedan plantear alegatos sobre violaciones de la ley, conductas discriminatorias y otros comportamientos tales como faltas notorias de gestión, desperdicios en el manejo de los fondos, abusos de autoridad o peligros sustanciales y específicos que puedan afectar la salud pública y la seguridad. Hay Normas específicas sobre el tema de la retaliación, procedimientos, mecanismos de apelación.

Los miembros de las Fuerzas Armadas que logren tener éxito en estos casos tienen derecho a una serie de beneficios muy amplios en asuntos que tienen que ver con su vida militar y también con compensaciones financieras.

The Whistleblower Protection Act

Esta LEY DE PROTECCION A DENUNCIANTES (WPA) (1989) se refiere a los empleados públicos. Fue enmendada en 1994; y en 2007 se introdujeron enmiendas que no prosperaron. Establece protecciones contra las represalias, protege la confidencialidad del denunciante e incluye también a los exempleados o postulantes a empleo de la rama ejecutiva del gobierno. Se eximen algunas categorías de funcionarios. Dos oficinas se encargan de tramitar las denuncias: la Oficina del Consejero Especial y la Junta de Protección de los Sistemas de Méritos.

Entre las conductas denunciables están:

- La violación de cualquier ley o norma.
- Casos de mala administración o de notorio desperdicio de fondos, abusos de autoridad.
- Situaciones que amenacen la salud o la seguridad pública

Se establecen unas pautas menos estrictas de carácter probatorio. Solo se debe demostrar lo que se denomina una preponderancia de evidencia. La carga de la prueba recae sobre la

agencia del gobierno. Esta legislación no es mencionada con tanta frecuencia como ocurre con las otras ya dichas. Se le anotan muchos defectos en lo que se refiere a su alcance (no incluye a los funcionarios del FBI o de las agencias de inteligencia); se argumenta que las oficinas encargadas de recibir las denuncias no cuentan con recursos suficientes; se afirma que en los primeros dos mil casos solamente se falló a favor de cuatro denunciantes; que las decisiones son tardías. En general no es considerada una legislación eficaz.

2.2. ELEMENTOS DEL WHISTLEBLOWER

LA DENUNCIA

La naturaleza del Whistleblower es la denuncia. Y, entonces, surgen varios interrogantes al respecto, que las legislaciones han tratado de manera muy diferente. A primera vista, se diría que es un tema muy simple. Con todo se encuentran las más diversas fórmulas para el tratamiento de la denuncia. Hay que decirlo con suma contundencia: Tan importante es la protección de la denuncia como la protección del denunciante.

Se puede aproximar este tema con varios interrogantes:

¿Quién puede denunciar?

Lo ideal es que la opción de denunciar esté abierta tanto como sea posible porque como se verá más adelante esta es una herramienta anticorrupción que empodera al ciudadano. Mientras más ciudadanos estén habilitados para denunciar habrá más control social y quienes estén inclinados a comportamientos corruptos sabrán que son muchos los ojos que los están contemplando y que los riesgos que corren son muy grandes. No se puede olvidar que buena parte de las teorías sobre corrupción plantean que es el mayor o menor riesgo de ser descubierto lo que genera un mayor o menor incentivo hacia conductas indebidas. Se reconoce que la tendencia en muchos países es la de limitar la condición de denunciante.

¿Ante quién se formula la denuncia?

Hay también una diversidad de respuestas. Existe la tendencia para concentrar en un solo lugar, bien sea en la empresa, bien sea en el gobierno, el sitio, la oficina o los mecanismos para tramitar la denuncia. Lo importante es que se facilite la presentación de una denuncia. Que no haya obstáculos, ni trámites ni barreras y, obviamente, ni riesgos para poner

en conocimiento de una autoridad competente la denuncia. Por esto, algunas legislaciones contemplan varias vías para que la denuncia se pueda presentar. Otras señalan tan solo un camino. Lo relevante, hay que insistir es que el ciudadano pueda estar seguro de que al presentar una denuncia no está sometido a regulaciones y procedimientos que no solamente dificultan el interés del ciudadano en revelar una situación indebida o irregular sino que, además, no lo están exponiendo a riesgos innecesarios.

¿Si la denuncia debe ser pública, confidencial o anónima?

Pues algunas legislaciones contemplan las tres acciones. Otras privilegian la confidencialidad y de allí la importancia de la oficina o canal que se utilice. Y, recientemente, se busca privilegiar en casos muy delicados el anonimato. En este último caso se llega hasta el extremo de asegurar que la denuncia debe ser anónima inclusive para el propio gobierno y, entonces, entran en juego abogados y declaraciones de buena fe etc., que buscan preservar el anonimato. En algunos casos es temporal, en otros puede llegar a ser permanente. Nada fácil.

¿Y cuál debe ser el contenido de la denuncia?

Algunas legislaciones buscan que sea detallada, otras que proporcione datos fundamentales y comprobados y algunas consideran que basta con la sola información, diríamos con el solo anuncio o “pitazo” para que la entidad pública o privada considere que ha recibido una denuncia que vale la pena investigar y que, en caso de que no resulte valedera, no niega la protección de la denuncia y del denunciante.

¿Y la tarifa probatoria?

El predicamento está entre obtener una información relevante u obligar al denunciante a hacer una investigación que lleve al conocimiento de las autoridades mayor o menor evidencia. Algunas legislaciones prefieren la información escueta, como tal, que le permite a la autoridad realizar la investigación. Exigirle al denunciante que vaya más allá de una información significativa es desestimular la utilización del mecanismo de denuncia, equivale a exponer al denunciante a riesgos innecesarios. Lo valioso es la voz de alarma que ofrece el denunciante. Eso es lo que se premia y por eso muchas legislaciones no van más allá de contentarse con el mínimo necesario para poner en marcha una investigación. Algunas legislaciones contemplan la posibilidad de que el denunciante no solamente continúe ejerciendo la función que le permitió conocer el comportamiento irregular o indebido sino que llegan

hasta contemplar la posibilidad de que el denunciante continúe aportando información si es que está en una situación privilegiada que le permita hacerlo. La idea es que exigir una tarifa probatoria como la que es de rigor en un proceso judicial sería un desestimulo que haría inocua esta herramienta. Hay que insistir: Lo importante es el “pitazo”, la voz de alerta.

¿Y el tema de la buena fe?

¿Qué ocurre si un denunciante se ha equivocado o ha dado una falsa alarma? ¿Acaso debe ser sancionado? Es interesante, algunas legislaciones consideran que es un error contemplar esa posibilidad porque también se convierte en un desestimulo. Si no hay indicios de mala fe, de dolo o intención perversa de hacer daño se considera que es mejor no utilizar un mecanismo punitivo a este respecto para que así la información fluya sin temores para el denunciante.

Y así, se pueden plantear otras perplejidades. Lo que conviene tener en cuenta es que de lo que se trata es de facilitar la denuncia, de estimular el interés cívico de un ciudadano por ejercer su libertad de expresión con respecto a una situación que considera indebida, irregular o perjudicial para el bien común.

El tráfico de información por parte de una persona excluida como denunciante hacia otra con el objeto de compartir el beneficio del incentivo monetario debe ser ejemplarmente sancionado.

Para decirlo de una manera más sencilla la protección del denunciante comienza con la protección de la denuncia, del acto de denuncia, de la intención de denunciar. Se habla más de la protección del denunciante que de la protección de la denuncia. No debería ser así.

PROTECCIÓN

La OECD elaboró un compendio de normas sobre Protección solicitado por el G-20 y que mereció el endoso de la Cumbre del G-20, en Cannes, en 2011. Es que ese influyente Grupo, ya en su Cumbre de Seúl en 2010, había identificado el sistema de protección de los denunciantes como una de las áreas altamente prioritarias en su agenda global anticorrupción. Así lo plantearon en el punto 7 de su Plan de Acción.

El estudio de la OECD se titula: “Whistleblower Protection Framework, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation”. Ofrece flexibilidad para que los gobiernos

o el sector privado, en el ámbito de la OECD puedan adaptarlo a sus respectivos sistemas legales. A continuación, el compendio mínimo de elementos para una legislación sobre Protección.

1. Una legislación clara y un marco institucional eficaz para proteger a los denunciantes de buena fe frente a acciones discriminatorias o retaliatorias de sus empleadores.
2. Una definición clara sobre el alcance de las denuncias protegidas y sobre las personas que deben ser protegidas.
3. Asegurar que la protección sea robusta y comprehensiva.
4. Definir los procedimientos y canales para facilitar las denuncias estimular el uso de canales accesibles.
5. Mecanismos eficaces de protección, incluida una oficina especial para recibir quejas e investigarlas relativas a retaliaciones, que cuenten con capacidad para proporcionar remedios de todo tipo.
6. La protección está acompañada de procedimientos que promueven el conocimiento de los funcionarios con respecto a los mecanismos de protección y dotada de formas de entrenamiento y de evaluación periódica sobre la eficacia del esquema de protección.

Como se ve se trata de elementos fundamentales sin los cuales la protección del denunciante sería inocua y así no sería posible obtener el número de denuncias que podrían producirse. Una lectura de este compendio de la OECD permitiría conocer la aplicación concreta con respecto a cada una de las mejores prácticas estudiadas. Son 76 párrafos con una bibliografía relevante.

Es evidente que uno es el tema de la protección de testigos y otro muy diferente el de la protección de denunciantes. Sobre el primero, Colombia tiene experiencia no muy afortunada.

CONFIDENCIALIDAD Y ANONIMATO

Es relevante destacar que en los últimos años el tema de confidencialidad de la denuncia y del denunciante ha sido objeto de protección aún más estricta. Es que cualquier falla en esta materia puede derrumbar el mecanismo y tomaría años devolver credibilidad en el sistema. Se dice que en los últimos 35 años el sistema ha evolucionado no solamente porque más países lo han adoptado sino porque la legislación y los procedimientos se han refinado. Y los éxitos de su funcionamiento son más relevantes. Lo propio ha ocurrido en el nivel multilateral.

Y de la confidencialidad mejor protegida se está pasando al anonimato como una fórmula de máxima protección. Como se vio en el caso del Dodd-Frank ACT.

Realmente, lo que estamos presenciando es una manera de empoderar a los ciudadanos para que colaboren en la lucha contra la corrupción. Preferentemente aquella que tiene un enorme impacto en la vida financiera y social. Insistentemente los más reconocidos expertos han advertido que no son las leyes las que aseguran el éxito contra la corrupción.

PROTECCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

En la medida que la institución del WHISTLEBLOWER ha ido ganando terreno, el sector empresarial ha entendido que debe buscar, también, normas y procedimientos que ofrezcan a sus empleados la posibilidad de formular, al interior de la empresa, denuncias sobre conductas fraudulentas.

Es una manera de preservar la reputación de la empresa y de evitar quedar expuesta a investigaciones por parte de entidades gubernamentales. Así, además, se cancelan los riesgos de retaliaciones y se promueve un ambiente ético dentro de la empresa. Es, igualmente, una manera de mostrarles a los reguladores que la empresa está trabajando en la dirección correcta. Y para ello sus programas de cumplimiento (compliance) deben corresponder a un interés auténtico por preservar las más altas pautas éticas contempladas en el código de conducta o de autorregulación. Son los “procedimientos adecuados” que si surge un escándalo contribuyen a una mirada más amable por parte de los reguladores o de la propia justicia.

Autorregulación, desregulación y regulaciones apropiadas es la mezcla de normas y procedimientos que pueden ayudar al sector empresarial a lidiar con este tema. De otra manera el sector puede quedar expuesto a regulaciones excesivas, engorrosas, de difícil cumplimiento y que pueden dar lugar a interpretaciones contradictorias. O a jurisprudencias desfavorables.

Las normas y procedimientos no son en su esencia muy diferentes de las ya conocidas para el sector público. Protección y confidencialidad son de la esencia. Y hay algunas limitaciones como las que impondría la legislación pertinente sobre protección de datos. Los empresarios tienen en la OECD una buena orientación para identificar casos exitosos y aprender de experiencias fallidas. Las empresas globales ya han avanzado mucho en esta materia. Y los ejemplos de legislación dedicada, como en Japón, Suráfrica y Reino Unido, Irlanda son ilustrativos (G- 20 ... pp. 26-29.)

“(…) Some G-20 countries have included whistleblower protections that expressly cover private sector employees. In some cases, such protections are provided under dedicated legis-

lation, such as Japan's WPA, South Africa's PDA, and the UK's PIDA. Likewise, some criminal code provisions—such as Section 425.1 of the Canadian Criminal Code—do not differentiate between public and private employees in the protections afforded. Sector-specific laws can also provide private sector protections, such as the Australian Corporations Act, Korea's ACRC Act, and the U.S. Sarbanes-Oxley Act and Dodd-Frank Act”.

RECOMPENSA

Ha sido un tema que ha venido añadiéndose a los estatutos que tienen que ver con el tema de la protección del denunciante. Inicialmente hubo una preocupación por los costos que para el denunciante tenía su colaboración. Se buscaron acciones efectivas para compensar al ciudadano que denunciaba y, luego, era objeto de sanciones por parte de su empleador. Claramente, esto no era suficiente. Por el contrario, generaba una gran incertidumbre en los potenciales denunciantes por el riesgo no sólo económico sino de prestigio e imagen.

La idea de la recompensa vino como la respuesta contundente que iba no sólo a estimular muchas denuncias sino a generar un comportamiento ajustado a la ley por parte de eventuales defraudadores que temían ser objeto de una denuncia.,

Cuando se repasan los casos de defraudación y se revisan las enormes cifras que se recuperaron se entiende la razón de ser de este extraordinario expediente. Es un recurso legal de una gran eficacia. Los testimonios al respecto abundan. Y no se vería cómo alguien hoy podría proponer eliminar esta dimensión del tema de la denuncia.

Conviene recordar que el tema tiene tradición en el contexto, por ejemplo, de la búsqueda de criminales. Y entre nosotros ha ocurrido lo propio. Recompensas para perseguir narcos, recompensas para conocer los autores de un acto terrorista, etc.

Los argumentos de los partidarios de estimular más bien un comportamiento que haga honor a una ciudadanía activa, comprometida con el bienestar de la nación, no podrían mostrar un inventario de acciones eficaces como las que se pueden relatar gracias a la delación premiada.

Se sabe que hay culturas como la colombiana que denigran de la persona que relata o informa o denuncia un comportamiento irregular. Desde el colegio se descalifica al “sapo”, al “chupa” al “lambón”. Aún los conceptos técnicos no son bien recibidos, delator, informante, etc.

Con todo, la nueva situación generada por las “empresas político-criminales” o de crimen organizado o de redes ilícitas que encarnan hoy los fenómenos comúnmente denominados como corrupción amerita una aproximación completamente diferente a la tradicional.

En Estados Unidos y otros países se observa que las grandes modificaciones a leyes existentes sobre el denunciante son la respuesta a escándalos de gran envergadura. El más reciente, el que ha buscado que no se repita una debacle financiera como la de 2008: el Dodd-Frank ACT, brevemente descrito y que se presenta hoy como uno de los más completos. Al mismo tiempo, países europeos inicialmente reacios a este tipo de procedimientos han ido adoptando esta herramienta legal. La propia OECD le ha dedicado varios informes y no excluye el tema de la recompensa.

Entre nosotros la noción de recompensa es una dimensión necesaria de la institución del denunciante. Son inocuos los textos legales que hablan de protección del denunciante pero omiten contemplar la recompensa, una generosa.

PREDICAMENTO ÉTICO

El tema de la recompensa no ha sido ajeno a un debate histórico (más de 200 años) que plantea como tema central que el ciudadano tiene unos deberes cívicos y que es reprochable pagarle dinero por el cumplimiento de uno de esos deberes. Es el caso del ciudadano que, teniendo información sobre comportamientos indebidos en una organización, pública o privada, resuelve llevar esa información bien a las autoridades de su empresa o a las que el Gobierno haya establecido para este propósito.

Según la tesis más moralista el ciudadano que conozca los elementos de una práctica comercial o industrial que equivalga a corrupción, o a violación de la ley o signifique un atentado contra el medio ambiente o contra la salud de los ciudadanos, etc., tendría el indeclinable deber de informar sobre lo que está ocurriendo. El Gobierno y el sector empresarial deberían, entonces, ocuparse de ofrecerle a este ciudadano las garantías que protejan a él y a su familia de retaliaciones que pueden poner en peligro su integridad o la de sus seres queridos, o afectar su estabilidad y futuro laboral, su imagen, prestigio, etc.

A este planteamiento se opone una argumentación que busca reforzar el papel del ciudadano en la lucha contra la corrupción. El predicamento es muy sencillo no obstante su gran significación: ¿quién en la sociedad tiene la capacidad de cooperar con la lucha anticorrupción? ¿La persona que está en el lugar donde los comportamientos indebidos están acaeciendo, o el funcionario que despacha desde un edificio, en una oficina, a la espera de denuncias que

pueden llegar o no llegar, que pueden estar relacionadas con actos de mega-corrupción o con situaciones ilegales pero no tan significativas?

La respuesta obvia es que la colaboración ciudadana debe privilegiarse porque así se aprovecha un conocimiento directo que de otra manera no sería posible obtener o que sería muy difícil conseguir. La inmediatez de la situación del ciudadano con las conductas ilegales o corruptas es una ventaja enorme.

La gran pregunta es: ¿y por qué los ciudadanos no formulan oportunamente las denuncias correspondientes? Y, claro, surgen muchas explicaciones basadas en la realidad, en valores culturales que no estimulan la denuncia, es más, que la desacreditan, la desprecian, la estigmatizan. Se registran comportamientos heroicos, algunos de ellos, y bien pronto surgen entonces los temas sobre la protección de la denuncia y el denunciante, que son muy complejos. Pero queda pendiente el tema de si el comportamiento de un ciudadano que denuncia debe ser estimulado y ¿cuáles serían los estímulos legítimos? ¿Acaso una medalla, un diploma, un aumento de salario, una bonificación? ¿Una ceremonia pública de aplausos y reconocimientos, inscribir su nombre en una Lista Pública de Honor?

Pues después de muchos ires y venires, y sin que el debate pierda vigencia, muchos Estados llegaron a la conclusión de que una recompensa significativa, muy significativa, era el incentivo que desataba la posibilidad cierta que propiciaría denuncias muy importantes.

Entonces el planteamiento del predicamento cambia: ¿tiene sentido que cientos de miles de niños reciban una alimentación deplorable que afecta su desarrollo físico e intelectual, porque se considera que se debe preservar, ante todo, el deber cívico de un ciudadano que denuncie esta grave deformación de una política pública de alto sentido social? ¿O que los niños de las escuelas en los pueblos más pobres reciban como maestros a personas que tienen el más bajo nivel educativo, como resultado del funcionamiento de un sistema clientelista de nombramientos, porque no ha habido y no hubo jamás una denuncia eficaz al respecto? ¿Que los enfermos de los sectores más vulnerables reciban en los hospitales fármacos que están vencidos o que no contienen los ingredientes apropiados y, en consecuencia, prolonguen así su sufrimiento y hasta pierdan la vida porque no se ha estimulado la denuncia de semejantes prácticas? Y así se podrían enumerar los más deplorables casos que afectan el bienestar general, los derechos de los más vulnerables ¿por qué se mantiene una defensa de un valor cívico que, por otras circunstancias, no se ejerce a cabalidad?

Si en los países de cultura más avanzada ocurren estos casos de ausencia de una ciudadanía que cumpla con sus deberes cívicos, no hay para qué hablar de lo que ocurre en países donde todavía la educación en valores de esa naturaleza es muy precaria y donde los estímulos

funcionan más en la dirección de violar las normas, de abusar del poder, del enriquecimiento fácil, de mirar para el otro lado, de hacerse el que no ha visto nada y no sabe nada.

El reciente escándalo ocasionado por los mejores estudiantes (los así llamados pilos), que sustituían estudiantes mediocres en la presentación de exámenes universitarios, es un ejemplo dramático de hasta dónde el sistema de valores se ha debilitado si es que alguna vez existió. Los ejemplos de “denuncias premiadas” o sea, de denuncias que han recibido importantes recompensas y que, al mismo tiempo, han evitado o puesto un correctivo a males mayores, de gran envergadura, en empresas privadas y en el gobierno constituyen un argumento fuerte en favor de los estímulos monetarios al civismo ante una ciudadanía que no ejerce apropiada y oportunamente sus deberes. Considerando esta innegable realidad, es muy difícil decir que debe prevalecer una filosofía sobre los valores cívicos que evidentemente no ha existido y, peor aún, no es objeto de esfuerzo sistemático y eficaz alguno para crearla.

Por ello no es extraño que existan textos académicos con títulos tan sugestivos y tan al punto como el siguiente: “Do good and Get Rich”. En Estados Unidos ha existido una gran preocupación intelectual por este tema y por eso se han propiciado investigaciones, por ejemplo, de psicólogos sociales que estudian el comportamiento de los trabajadores en una empresa ante este sistema de incentivos, que analizan el impacto en la organización, en las relaciones entre los funcionarios que ejercen autoridad y los subalternos, en las relaciones entre los trabajadores, etc.

Me tomé el trabajo de revisar el libro del distinguido Profesor de la Universidad de Harvard Michael Sandel “What money can’t Buy. The moral limit of market”. Ni en el texto ni en el índice encontré alguna referencia al tema del Whistleblower y, por ello, me pregunté si el dinero podría comprar un comportamiento ciudadano cívico que contribuyera a preservar políticas públicas en favor de los más vulnerables. El libro de Sandel tiene como objeto los derechos y obligaciones de los ciudadanos y se pregunta ¿cuál es la mejor manera de ser ciudadano? No es fácil responder esa pregunta en el caso de la “Denuncia Premiada”. Sin duda, sería mucho mejor que contáramos con ciudadanos que ejercieran a cabalidad sus deberes cívicos... Uno se pregunta ¿qué valor buscan preservar los que no cuentan, los que no delatan, los que no denuncian? ¿Acaso la tranquilidad personal, beneficios individuales...?

Con todo sigue siendo muy válida la pregunta del Profesor Sandel al finalizar su libro ¿Queremos una sociedad donde todo esté para la venta? ¿O hay ciertos bienes morales y cívicos que los mercados no honran y que el dinero no puede comprar? ¿Se puede calificar de desleales a quienes denuncian estos comportamientos? Algunos creen que es lo contrario. Que están actuando en beneficio de la organización, de sus compañeros y del bien común.

Se habla de recompensas intrínsecas y extrínsecas. La recompensa monetaria es extrínseca porque la intrínseca no siempre es suficiente, la de la autoestima, la que dice que el denunciar es importante porque las cosas, entonces, se van a corregir. Parece que el comportamiento de los jóvenes es bien diferente del de los mayores; que con la edad, el incentivo económico ya no es tan motivante. Pero los que han estudiado el tema concluyen que la recompensa económica sí es un incentivo eficaz. Se habla de la lealtad con la sociedad para exaltar el comportamiento de quienes buscan una recompensa monetaria y se plantea el conflicto entre el interés personal (beneficio económico) y el altruismo, como quiera que el interés personal no está claramente opuesto al interés general.

Y no sobra formular una pregunta: ¿y por qué no hay sanciones para quienes no denunciaron? Un tema, también, de hondo calado.

“Virtue may be its own reward, but for many, money is more gratifying. a few million dollars for the federal treasury are probably not worth the loss of trust and atmosphere of cooperation. Other significant gains must occur if this system of encouraging whistleblowing is to be deemed desirable. If financial incentives significantly increase the number of individuals willing to speak out against harmful activity, deter potential wrongdoers by the threat of whistleblowing, facilitate the redress of wrongdoing that has occurred, and encourage organizations to police themselves, then self-interested law enforcement may be worth its costs. A reduction in wrongdoing, not the individual benefit to snitches, is the final, societal reward. Elletta S. Callahan & Terry M. Dworkin, *Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act*, 37 Vill.

L. Rev. 273 (1992). Pag. 336.”

Estas dos frases de la conclusión del interesante texto académico citado arriba, ayudan a entender tanto la complejidad de este tema, como la respuesta que ha sido, finalmente, adoptada por quienes han considerado que la recompensa económica es necesaria y valiosa.

2.3. LEGISLACIÓN ESPECIFICA Y LEGISLACIÓN DEDICADA

La presentación de la lista de las leyes promulgadas en Estados Unidos muestra que la tradición ha sido la de presentar proyectos de ley sobre sectores específicos: militar, financiero, el medio ambiente etc. Y en algunos casos el tema del soborno donde este ocurra, doméstica o internacionalmente.

Ha surgido una nueva tendencia que es la de elaborar una legislación comprehensiva, referida a todos los sectores y, también, referida al sector empresarial. Son las llamadas Leyes Dedicadas de Protección. En contraste con más específicas o sectoriales. Es lo que han hecho Canadá, Japón, Irlanda, Corea, Nueva Zelandia, Suráfrica y el Reino Unido.

Una tarea de enorme complejidad jurídica. Otros incluyen el tema en la legislación anticorrupción (Estonia, Eslovenia, Italia) o en la legislación sobre el Servicio Civil (Austria, Chile, Islandia, Portugal, Suiza) en las leyes laborales (Francia, Luxemburgo, Noruega) en los Códigos Penales (Canadá, México) o en legislaciones específicas al estilo de Estados Unidos y Australia. (Leah Ambler, St. Petersburg, 2-6 noviembre 2015).

Conviene presentar un breve resumen de la manera como dos países, uno latinoamericano y otro europeo, elaboraron la ley de Protección del Denunciante. En un caso, el de Chile, como una Legislación específica para el Sector Público. Y en el caso de Irlanda, como una Legislación Dedicada. Pero, con base en un procedimiento de consulta muy interesante.

EL CASO DE CHILE

Como en la mayoría de los casos el tema del Whistleblower fue contemplado en Chile en respuesta a escándalos de corrupción particularmente en Chiledeportes y la desviación de recursos públicos para la financiación de campañas electorales. Entonces el gobierno creó un grupo de expertos que entre sus recomendaciones propuso el mecanismo del Whistleblower. Esta propuesta dio lugar a la ley 20205 del 24 de julio del 2007 que busca la protección del denunciante y para ello, como es de rigor, señala cuáles son los sujetos de la Ley, que se entiende por irregularidades o actos indebidos etc.

Es una novedad que esta Ley establezca que la denuncia es obligatoria y no una prerrogativa de los empleados. Y debe hacerse dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en el cual la persona tiene conocimiento de la ofensa. El Artículo 494 del Código Penal establece las sanciones por no denunciar a tiempo. También, aplican sanciones disciplinarias.

El informe del denunciante debe dirigirse a una autoridad señalada, en la debida oportunidad y debe contener explicaciones sobre los motivos y razones que justifican la denuncia así como otras exigencias (por escrito, firmada, debe pedir explícitamente la confidencialidad, datos de identificación y residencia, descripción de los hechos, datos sobre otras personas que pueden corroborar la información y documentos que la soporten).

El denunciante no tiene que proporcionar la evidencia probatoria. Ello es interesante. Se hizo así porque se consideró que exigir lo contrario sería un desincentivo para la denuncia. La mala fe es sancionada y la protección se ofrece por un tiempo limitado. Pero la confidencialidad se puede mantener indefinidamente. El denunciante es protegido aún en los casos en los que no prueba la irregularidad o no se establece una violación del principio de probidad.

La Ley 20205 es la continuación de un largo proceso para prevenir la corrupción, por ejemplo: la Ley sobre la Probidad (1999); la de Modernización de las compras públicas (2003); la Reforma Constitucional que introdujo el principio de probidad y estableció el acceso a las leyes y resoluciones de organismos del Estado; la Ley de Acceso a la Información Pública (2008); la Reforma Constitucional sobre Transparencia, Modernización y Calidad de la Política (2010) y la ley que regula el lobby (2014).

El grupo de Trabajo sobre soborno de la OECD (2014), Fase Tres, recomendó que Chile debe “mejorar y promover la protección de los empleados de los sectores público y privado con respecto a discriminaciones o acciones disciplinarias cuando han presentado denuncias de buena fe con soportes razonables a las autoridades competentes sobre actos sospechosos de soborno internacional”. (Tomado del Capítulo 8 Committing to Whistleblower Protection, OECD 2016).

EL CASO DE IRLANDA

En Irlanda la crisis financiera del 2012 llevó a la realización de un cuidadoso estudio para producir una Legislación Dedicada que permitiera uniformar diversos estatutos que contemplaban la protección del denunciante. Fue un trabajo muy juicioso que valdría la pena estudiar en más detalle porque estuvo basado en un cuidadoso proceso de consulta y en una evaluación de otras experiencias en respuesta, además, al Plan de Acción de Anticorrupción del G20. De esta manera buscaron recoger la mejor práctica internacional. Era también una manera de cumplir con una de las preocupaciones del Informe Nyberg (2011) que al estudiar la crisis bancaria de Irlanda encontró que una de las explicaciones de la crisis tenía que ver con el hecho de que aquellas personas que expresaban puntos de vista diferentes eran sancionadas y corrían el riesgo de la pérdida de su empleo. Fueron los factores que le dieron gran impulso a una reforma que tenía que ver con la Gobernabilidad y, entonces, la legislación sobre la Protección del Denunciante ocupaba un lugar prioritario.

Hubo reflexiones que vale la pena recoger, por ejemplo, sobre cómo la legislación específica o por sectores era una colcha de retazos incompleta, inconsistente y a menudo confusa.

En conformidad con las normas irlandesas es necesario hacer un estudio de impacto de la legislación, que asegure, además, que todas las opciones hayan sido contempladas. Y fue así como contemplaron las siguientes:

- No hacer nada y continuar con la legislación sectorial o específica que existía,
- Introducir legislación referente solamente al sector público
- Introducir legislación que proporcione protección a los denunciantes en cualquier sector, público y privado,
- Introducir una legislación comprehensiva pero referida solamente al concepto de “empleados”,
- Introducir legislación comprehensiva para el concepto de “trabajadores”, al mismo tiempo que se mantendrían los mecanismos de protección de la legislación sectorial si ellos iban más allá de lo que esta legislación intentaba ofrecer.

Además, se adelantó un trabajo de investigación que permitió revisar los modelos internacionales más relevantes, particularmente los del Reino Unido y Nueva Zelandia y la experiencia de Australia y de otros países. De la misma manera se revisaron las mejores prácticas identificadas por la OECD y Transparencia Internacional. Y se adelantaron consultas con algunos de los mejores expertos internacionales. Y sobre estas bases se adelantó un amplio proceso de consulta con la sociedad civil. Así se elaboró el denominado Protected Disclosures ACT 2014. Se adelantó una importante campaña para divulgar el contenido de la legislación.

Se considera que esta Ley constituye una contribución positiva y que va a cambiar el comportamiento del sector público y del sector privado. Se plantea la necesidad de un cambio cultural que por supuesto tomará tiempo. Se esperaba una evaluación para el año 2017 que diera lugar a nuevas innovaciones.

La experiencia irlandesa debe ser considerada porque realmente buscó innovar y ponerse al día y mantiene vivo ese proceso. Entre las reflexiones llamativas está la de buscar lo que denominaron el principio de proporcionalidad entre el Denunciante y el Empleador para asegurar un equilibrio. Por eso no se establecieron sanciones criminales para los empleadores que ejerzan retaliaciones, de la misma manera que tampoco se contemplaron para denuncias falsas. Se consideraba que ello era un desincentivo para trabajadores bien intencionados que buscaban hacer una contribución importante (Tomado de capítulo 9 Irlanda: Protected Disclosures Act 2014. Committing To Effective Whistleblower Protection OECD 2016).

3. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Desde la Administración Turbay (1.978-82) todos los gobiernos han planteado un programa anticorrupción, los más explícitos a partir de Ernesto Samper (1.994-98).

Después de más de un cuarto de siglo existe una desilusión con respecto a la eficacia de las diferentes fórmulas que se han venido poniendo en práctica. La investigación que en su momento adelantó FEDESARROLLO y que se publicó en 1994, “La Corrupción Administrativa en Colombia. Diagnóstico y recomendaciones para combatirla”, recogió buena parte de las que hasta entonces se venían proponiendo. Convenciones internacionales, estatutos anticorrupción, comisiones anticorrupción, códigos de conducta y oficinas de cumplimiento, han venido estableciéndose sin que se observe un cambio significativo. Y, por el contrario, se detecta una evolución hacia casos de mega-corrupción, tanto en el nivel global como nacional y municipal, en el gobierno y en el sector privado, hasta el punto de que ya es conveniente atacar este flagelo no tanto como la corrupción convencional, sino como una nueva expresión del crimen organizado o del surgimiento de redes criminales.

Ha sido rutinario hablar de varios tipos de corrupción:

- A. Petty corruption: pequeños actos para escapar una multa, un comparendo, acelerar un trámite, etc. Al parecer esta ha ido disminuyendo.
- B. Corrupción individual: Es la que comete un funcionario del sector público o privado para beneficiarse o beneficiar a alguien.
- C. Mega-corrupción, o gran corrupción o crimen organizado.
Es la que se ha ido instaurando en Colombia en las últimas tres o cuatro décadas.
- D. Y la que ahora el Contralor General, Edgardo Maya, denomina como Empresas político-criminales, de lo cual un ejemplo sería el caso del Departamento de Córdoba.

Es bien sabido que la ausencia de sanción penal y social es un incentivo a la corrupción. En Colombia se dice por ejemplo que la impunidad llega al 98% o al 92%. Cifras que diversos estudios han refutado con fundamento. Esas cifras son un incentivo a la corrupción. ¿La justicia es para los de ruana?

Esta afirmación que se repite desde hace no sé cuántas décadas es, también, un incentivo para la corrupción y un factor tremendamente desmoralizador que lleva a la pérdida de confianza y credibilidad en el sistema político. No es así. Veamos lo que ha ocurrido en algo más de dos décadas en Colombia:

- A. El proceso 8000 llevó a la cárcel a más de 15 congresistas, ministros y altas personalidades (Procurador, Contralor, etc.).
- B. El proceso de la parapolítica llevó a la cárcel a más de 60 congresistas. Por lo menos tres altos funcionarios del DAS, dos directores y un subdirector.
- C. El carrusel de la contratación en Bogotá ha llevado a la cárcel no solamente al Alcalde Mayor, a su hermano, a altos funcionarios del Distrito, concejales y algunos congresistas, abogados, etc.
- D. El proceso de reelección (2.006) llevó a la cárcel a varios altos funcionarios.
- E. Generales y otros altos oficiales y miles de suboficiales y soldados están detenidos y procesados por el tema de “los falsos positivos”.
- F. En el sector empresarial, varias crisis financieras, el caso DMG y el de Interbolsa han llevado a la cárcel a banqueros, corredores de bolsa, etc.
- G. La Superintendencia de Industria y Comercio ha impuesto multas en los rangos de cientos de miles de millones por casos de cartelización (pañales, cemento, etc.)
- H. Y ahora, los casos de la FIFA y Odebrecht están generando nuevas situaciones judiciales que ya han llevado a la cárcel a altos funcionarios y esta última ha permitido revelar las características de una empresa político-criminal como la que ha saqueado los recursos del Departamento de Córdoba, que compromete a las tres Ramas del Poder Público a nivel estatal y sub-estatal.

Esta no es una lista exhaustiva pero si es muy ilustrativa de que no es cierto que la justicia sea para los de ruana.

Colombia ha contado con la asesoría de los más altos expertos en la lucha anticorrupción (Klitgard, Pieth, De Speville, etc.); ha contado, también, con la actividad de la ONG internacional Transparencia, durante quince años. Y tanto el Banco Mundial, el BID, el FMI, las cancillerías europeas, el Departamento de Estado, USAID, etc., han ofrecido asesorías y dinero para combatir la corrupción. Los resultados no son satisfactorios.

Estatutos anticorrupción (ya van dos), leyes sobre conflicto de interés, convenciones internacionales (OEA, ONU, OECD), observatorios, leyes sobre acceso a la información, mejoras en los salarios, declaraciones sobre el patrimonio individual antes de posesionarse, anuales, al retirarse, comisiones de moralización y de ciudadanos, códigos de conductas, mapas de riesgos, etc. tienen algún valor, no se demerita su necesidad y su utilidad pero no constituyen la esencia de la estrategia en la lucha anticorrupción. En eso coinciden todos los expertos.

En algunos casos, en las leyes se contemplan mecanismos que tendrían una potencialidad de eficacia y, es evidente, que no se utilizan a cabalidad. No hay continuidad en las personas

ni en las estrategias. Ello explica, en alguna forma, parte de la razón por la cual el fenómeno no ha podido controlarse.

Casos como el del Carrusel de la contratación en Bogotá, los múltiples esquemas de saqueo de los recursos del Departamento de Córdoba, los relativos a los programas de alimentación para los niños, lo que está ocurriendo con los POTS y las Licencias ambientales, y lo que se constituyó en un desperdicio de las Regalías y, cómo no mencionar, las que el Contralor General ha denominado empresas político-criminales....

Prudentemente, se podría considerar la conveniencia de utilizar la recompensa en el caso de las Bolsas de Valores.

Un buen estudio del Dodd-Frank Act podría llevar a una legislación que dé a los inversionistas una garantía de seguridad. Es un esfuerzo que la propia Bolsa de Valores debería promover aprovechando la experiencia al respecto en Estados Unidos. Un caso como el de Interbolsa no puede repetirse.

En el tema de los bienes de las FARC, habría sido una herramienta muy efectiva, que todavía se puede utilizar. Existen estudios elaborados en Estados Unidos que hablan de un tesoro de las FARC que sobrepasa-y mucho- los dos billones de dólares. No se entiende por qué no se han ofrecido recompensas, inclusive a miembros de esa guerrilla, para que esos dineros o bienes puedan identificarse y ser objeto de extinción de dominio o confiscación. Ello ayudaría a que se dijera toda la verdad ante la JEP por el riesgo real de perder todos los beneficios otorgados en el Acuerdo de Paz.

El asunto es cada día más grave. La corrupción ha dejado de ser convencional (un individuo que busca enriquecerse) y ha evolucionado hacia una forma de crimen organizado o Red Criminal (varios actores obrando coordinadamente y en forma sofisticada). Políticos, funcionarios, ciudadanos elegidos para el Congreso y otras Corporaciones, jueces, magistrados, notarías, familiares y ciudadanos del común constituyen estas organizaciones o redes.

La institucionalidad colombiana está gravemente penetrada por la mega-corrupción. Ésta contamina profundamente el proceso electoral, vicia el proceso de formulación de políticas públicas, deforma las leyes del libre mercado y genera, como ya lo estamos viviendo, un generalizado pesimismo que puede dar lugar a un grave descalabro institucional.

Con todo, conviene señalar algunos mecanismos o herramientas que han sido eficaces, en ciertos momentos más que en otros, y algunos de ellos se están debilitando. A continuación se mencionan algunos:

A. La pérdida de investidura.

La solicita cualquier ciudadano y la decide el Consejo de Estado en un proceso breve. Más de 60 congresistas han sufrido la pérdida que es equivalente a la muerte política (no pueden jamás ser elegidos). Esta institución cobija también a concejales y diputados pero no ha sido tan utilizada en estos casos. Ha ido perdiendo vigencia.

Recientemente la Ley 1881 de 2018 introdujo la doble instancia, lo cual ha obligado a un replanteamiento del procedimiento al interior del Consejo de Estado. Ya se aplicó por primera vez en el caso de la Representante a la Cámara (Partido de la U) Luz Adriana Moreno, cuya pérdida de investidura se decretó el 5 de Marzo de 2018. Un caso realmente excepcional, porque además, por primera vez, se decretó la muerte política de un congresista por no haber asistido a seis votaciones de alguna significación.

B. La Procuraduría General de la Nación tiene la función disciplinaria con respecto a todos los servidores públicos, en una concepción muy amplia y entre sus funciones está, por ejemplo la siguiente, según la Constitución Nacional:

Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

C. El Contralor General tiene facultades aún mucho más contundentes que no usa con la frecuencia que se esperaría. Por ejemplo, entre sus funciones está una de sus más amplias capacidades contemplada en el artículo 268 que dice así:

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:
(...)

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

Infortunadamente, el aparato estadístico de ambas instituciones no permite hacer un seguimiento histórico de las decisiones que este tipo de facultades le ofrecen tanto al Procurador como al Contralor. Y no existe un análisis cuidadoso al respecto. Pero son facultades que bien utilizadas pueden ofrecer resultados impresionantes.

El Contralor General tiene razón al proponer que se eliminen las Contralorías Municipales y Departamentales que se han convertido en instrumentos controlados por lo que el ex Presidente Gaviria denomina “los políticos contratistas”. En realidad no ejercen las funciones que tienen asignadas. Sectores de la Sociedad Civil han propuesto introducir un Sistema Meritocrático.

D. La Fiscalía General de la Nación.

Muy poderosa y eficaz en algunos momentos. En otros ha perdido credibilidad y, ahora, está en proceso de recuperación.

Existe una esperanza muy grande en que la acción conjunta de Fiscalía, Contraloría y Procuraduría se constituirá en una herramienta muy eficaz contra la corrupción hoy convertida en una nueva y compleja expresión del crimen organizado.

Es conveniente recordar que los casos de corrupción relacionados con la FIFA, los Panama Papers y Odebrecht, han sido revelados por autoridades judiciales en Estados Unidos o por Wikileaks.

E. La Superintendencia de Industria y Comercio.

El superintendente Carlos Felipe Robledo ha mostrado la capacidad de esta agencia en casos notorios. Ha aplicado multas que se comparan con las que se utilizan en otros países, en los cuales estas corporaciones han ejercido su facultad de control.

F. El Decreto sobre enriquecimiento ilícito.

Aunque estuvo en desuso varios años fue aplicado en el caso del proceso 8000 con mucho éxito y gracias a jurisprudencias que, finalmente, lo declararon como delito autónomo.

G. La Agencia Colombia Compra Eficiente.

Es una agencia que ha buscado hacer transparente el sistema de compras estatales y garantizar los mejores precios.

No sobra observar que el Congreso, las Asambleas y los Concejos ya no ejercen su capacidad de denuncia en materia de corrupción y que son excepcionales los casos. Es escandaloso el caso del Concejo de Bogotá y así el de otras ciudades y municipios. La ausencia de una oposición real en todas las corporaciones explica buena parte del problema. Reforzarla, introducir nuevos mecanismos, incluyendo el que se describe en este documento, sería una estrategia con reales posibilidades de éxito.

3.1. APROXIMACIONES A LA DENUNCIA Y RECOMPENSA EN EL CASO COLOMBIANO

La Cumbre de las Américas (Abril de 2018 en Lima, Perú) tuvo como tema principal el de la Corrupción. Diferentes organizaciones han elaborado un recetario. No se ve un esfuerzo serio por repensar el tema, por evaluar las estrategias fallidas y por identificar las estrategias que han dado resultados así estos no sean tan significativos. Y tampoco se ve un intento por reformular el diagnóstico y las estrategias a la luz de las nuevas y más notorias manifestaciones de la corrupción y sus implicaciones no sólo económicas sino políticas y las que afectan gravemente el imperio de la ley (rule of Law).

Que la corrupción está alcanzando niveles que ponen en juego nuestra democracia, el imperio de la ley y la formulación y aplicación de políticas públicas es una preocupación que encuentra amplio asidero en las reveladoras informaciones de prensa. El fenómeno, ya se dijo, ha alcanzado dimensiones de crimen organizado y hasta globalizado: Odebrecht, FIFA, Panama Papers, Paradise Papers...

En todos estos casos la cooperación internacional ha sido clave. En el escándalo de Odebrecht pasaron siete años sin que nadie hubiera identificado que el Viceministro de Transporte

había recibido un soborno de seis y medio millones de dólares; o que las campañas presidenciales habían recibido contribuciones que no habían sido debidamente registradas y con respecto a las cuales los candidatos aseguraban no haber tenido información alguna. Y lo propio se puede decir de otros casos. Una indicación de la precariedad de nuestra capacidad investigativa en este campo.

Colombia, amenazada por diversas formas del crimen organizado, no puede permitirse el lujo de que su presupuesto, las regalías, la contratación sean capturados por estas organizaciones criminales. Los ejemplos están a la vista. Luis Jorge Garay ha documentado la captura del departamento de Arauca por el ELN. Lo del departamento de Córdoba nos asombra todos los días (un agente de la DEA fue el determinante del conocimiento de una dimensión no detectada del caso, el involucramiento del Fiscal Anticorrupción, varios Magistrados de la Corte Suprema, Congresistas etc...) El Carrusel de la contratación en Bogotá, Carteles de las más diversas materias, hemofilia, VIH, síndrome de Down etc..., el programa de alimentación para los niños. No son ejemplos de corrupción individual sino de organizaciones criminales que giran alrededor de la contratación pública; lo que el Contralor General de la Nación ha calificado como el Partido Único que decide en el nivel nacional, departamental y municipal, el partido de los contratistas, dice. Y ello ligado a la financiación de las campañas. Estamos pagando un costo altísimo por la forma como se está financiando la política. Incalculable.

El gobierno colombiano ha utilizado-y no de ahora sino desde la crisis ocasionada por los carteles de la droga-, el sistema de recompensas monetarias para los ciudadanos que proporcionaran información que permitiera ubicar a los grandes narcotraficantes y, así, poder capturarlos. Un legado de los cazadores de recompensas en el far west estadounidense.

Ese sistema se trasladó, posteriormente, para lograr la captura de terroristas o de autores de crímenes notorios.

Es una figura bien diferente de la recompensa que se plantea como una opción y una herramienta determinante de la delación premiada, el Whistleblower que se ha venido aplicando en el derecho penal, que no conlleva un beneficio en dinero pero sí otras ventajas como la rebaja de pena.

Reiteradamente, se citan en este informe las apreciaciones de importantes funcionarios sobre el sistema de recompensas. No obstante las similitudes no se conoce todavía algo parecido en Colombia. Se debe reconocer que las gestiones de Colombia para ingresar a la OECD han servido para que el gobierno se interese en presentar proyectos de ley que se refieran a la Protección del Denunciante con o sin recompensa, como se verá. La estructura de los proyectos de ley, el vocabulario, etc., las citas que se hacen en las exposiciones de motivos

muestran que se está tratando de adoptar las recomendaciones de esa organización y de otras multilaterales como la ONU y la OEA.

La Protección al Denunciante y de alguna forma el concepto de recompensa o beneficio, se encuentran en textos legales que se incluyen más adelante; algunos de ellos en su integridad, en el Apéndice:

- I. Propuesta para la denuncia de evasión y contrabando – DIAN.
- II. Propuesta para la protección de la competencia. Superintendencia de Industria y Comercio.
- III. Proyecto de Ley del Senador Álvaro Uribe.
- IV. Proyecto de Ley del Senador Guillermo Santos
- V. Proyecto de Ley del gobierno (Borrador)
- VI. Proyecto de Ley del Ministro de Justicia Enrique Gil Botero.
- VII. Comparación entre el Borrador del gobierno y el Proyecto del Ministro Gil Botero.
- VIII. Críticas al proyecto del Ministro Gil Botero:
VIII-1 del exsecretario General de Transparencia, Camilo Cetina,
VIII-2 de Fernando Cepeda Ulloa en su columna de El País de Cali, marzo 3 de 2017.
- IX. Propuesta piloto: estudiar el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio en la perspectiva de Whistleblower.
- X. Implicaciones para el caso de la Superintendencia de Sociedades.

La actividad que el gobierno de Juan Manuel Santos ha desarrollado para que se introduzca en Colombia una legislación de Protección al Denunciante tiene mucho que ver, como ya se dijo, con las reformas que se han venido adelantando en Colombia para acomodarse al repertorio de “buenas prácticas” de la OECD a manera de prerrequisito para el ingreso formal a esa organización. En su discurso del 5 de abril de 2017 luego del escándalo desatado por el conocimiento sobre las informaciones que revelaron los sobornos de Odebrecht, el Presidente Santos, luego de referirse a las realizaciones de su gobierno en materia de lucha contra la corrupción anunció un paquete medidas legislativas “para hacerles la vida imposible a los corruptos”, a saber:

“Una ley de Protección de Denunciantes para que nadie tenga miedo de denunciar y a renglón seguido, vamos a extender, además, las herramientas de incentivo a la denuncia –que la Superintendencia de Industria y Comercio ha usado con gran eficacia- para seguir destacando casos de corrupción.”

Propuesta para la denuncia de Evasión y Contrabando – DIAN.

Existe un precario antecedente sobre el tema de recompensas en casos de corrupción que es el del artículo 37 de la ley 863 de 2003. Sin Embargo, no se conocen ejemplos de su aplicación, pero es un dato relevante porque es el único texto legislativo que reconoce explícitamente una recompensa en dinero cuando exista una denuncia válida.

“Recompensas por denuncia de Evasión y Contrabando”. El que denuncie hechos que constituyan inexactitud, aportando pruebas o información concreta que permita liquidar oficialmente los impuestos evadidos y sancionar al infractor, tendrá derecho a una recompensa en dinero equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las costas de fiscalización.

Cuando la denuncia permita establecer contrabando de mercancías, el denunciante tendrá derecho a una recompensa en dinero equivalente al tres por ciento (3%) del valor de la mercancía establecido en la diligencia de reconocimiento y avalúo pagadero con posterioridad a la definición de la situación jurídica de las mercancías.”

Propuesta para la protección de la Competencia - Superintendencia de Industria y Comercio.

Sin duda, el caso más exitoso de sanciones como resultado de una denuncia por violación a las prácticas de competencia, es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Aunque no se ciñe estrictamente al modelo del Whistleblower sí ha cumplido una función ejemplarizante, como se verá más adelante.

LEY 1340 DE 2009, (Julio 24).

Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia

Prácticas Restrictivas de la Competencia.

Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad. Reglamentado por el Decreto Nacional 1523 de 2015. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando

la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta.
2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores:
 - A. La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal.
 - B. La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.

Artículo 26. Monto de las Multas a Personas Naturales. El numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

“Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- I. La persistencia en la conducta infractora.
- II. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
- III. La reiteración de la conducta prohibida.
- IV. La conducta procesal del investigado, y
- V. El grado de participación de la persona implicada.

Parágrafo. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la

persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de ésta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella.”

PROYECTO DE LEY DEL SENADOR ÁLVARO URIBE:

El Senador Álvaro Uribe presentó un proyecto de Ley que, al parecer, no tuvo trámite y que, como en el caso del texto legislativo relativo a la DIAN, exhibe una enorme precariedad porque se limita tan sólo a establecer un incentivo sin más consideraciones. Ver pág. 16 del apéndice.

PROYECTO DE LEY DEL SENADOR GUILLERMO ANTONIO SANTOS.

El senador Guillermo Antonio Santos presentó el Proyecto de ley 076 de 2.017 “por medio del cual se adopta la ley de Protección y Compensación al denunciante de actos de corrupción administrativa en el gobierno nacional y se dictan otras disposiciones”. Ver pág. 16 del apéndice.

En este texto se mezclan recompensas en especie (vivienda y educación, por ejemplo) como la noción concreta de recompensa al decir “compensar económicamente para cada caso en particular, a los ciudadanos que cumplan integralmente lo previsto en la presente ley, cuando con su oportuna información se logre prevenir y evitar el saqueo de los recursos públicos.”

El proyecto de ley del senador Santos, mejor concebido que los anteriores, fue retirado por su autor porque nunca se llevó a debate.

Con todo **EL GOBIERNO NACIONAL ELABORO UN PROYECTO** (Ver pág. 21 del apéndice) en los primeros meses del año 2017, diferente al del Senador Guillermo Santos Marín, que sigue de cerca las recomendaciones de la OECD y de la Cumbre Global Anticorrupción, 2016. En la exposición de motivos del mismo se reconoce que el grupo de trabajo sobre soborno de la OECD “le ha recomendado a Colombia en el Informe de la Fase II sobre la Implementación de la Convención Antisoborno de la OECD, que ofrezca adecuada protección a los reportantes de actos de corrupción tanto en los sectores público como privado (OECD 2015).”

También se reconoce que Colombia carece de “medidas de protección a reportantes de actos de corrupción y el cumplimiento de políticas internas y compromisos internacionales,

el Estado colombiano se ve en la necesidad de introducir disposiciones en su ordenamiento jurídico interno que permitan promover y facilitar el reporte de actos de corrupción así como ofrecer protección a los denunciantes.”

Sin duda este borrador de proyecto de Ley es el más completo. No tuvo trámite y el proyecto fue archivado. Tanto el texto como la exposición de motivos muestran un avance significativo.

La exposición de motivos trae un interesante resumen de la legislación existente en Colombia relacionada con el tema de protección del denunciante, que vale la pena reproducir.

Conviene preguntarse por el pobre destino de los proyectos de ley mencionados (unos muy precarios, otros mejor elaborados pero sin respaldo parlamentario y un Borrador que nunca se llevó al Congreso). Como el del Ministro Botero fue llevado al Congreso, no sobra ofrecer algunas sugerencias que podrían ayudar a un trámite exitoso, a saber:

1. El proyecto del Ministro Botero debe recoger apropiadamente los elementos que se mencionan al final de este informe.
2. Parlamentarios pertenecientes a diferentes bancadas deben recibir información privilegiada para que ellos contribuyan al trámite con intervenciones bien fundamentadas.
3. El Gobierno debe hacer explícitas ante el Congreso y ante la opinión pública las razones de su apoyo a esta iniciativa.
4. La Sociedad Civil debe expresar su apoyo y hacer sugerencias

En cuanto a la aplicación efectiva de los programas de protección por parte de las entidades involucradas en las normas anteriormente expuestas, Badel (2016) señala que “en el caso del Programa de Protección a Denunciantes de la Fiscalía General de la Nación, la protección (...) opera de la misma manera en todos los casos que hoy día se hayan cobijados dentro del este Programa” (p. 21).

En relación con la Procuraduría General de la Nación, a pesar de que por Ley está obligada a contar con un sistema de protección de reportantes de faltas disciplinarias, se constata que el mismo no se ha puesto en marcha. Y respecto del programa de delación de la Superintendencia de Industria y Comercio, es posible observar que la SIC puede exonerar totalmente de la multa al primer delator que ha participado en el cartel empresarial, mientras que al segundo le puede hacer reducciones que oscilan entre el 30% y el 50% de las sanciones, al tiempo que se resalta la “multiplicidad de canales para presentar las delaciones” que incluyen medios escritos, virtuales o presenciales (Badel, 2016, p. 22).

No obstante, en la investigación que Badel (2016) adelantó en 17 entidades públicas¹, se pudo constatar que un 76% de ellas no cuentan con protocolos o lineamientos para tramitar las denuncias de corrupción, pues éstas, en muchos casos, se equiparan con las peticiones, quejas o reclamos.

Adicionalmente, en 94% de las entidades estudiadas no se entrega “información en la que directamente se mencione la protección a denunciantes de hechos de corrupción [...] y únicamente la Policía Nacional hace referencia al concepto de protección al denunciante” (p.57).

En efecto, Badel (2016) afirma que para tener acceso a información sobre mecanismos de protección y cómo solicitarlos, es necesario escribir a un servidor público o interponer un derecho de petición, lo que sin duda genera barreras adicionales para que el ciudadano pueda conocer sus derechos a la hora de reportar un acto de corrupción.

En este sentido, la ausencia de normas dirigidas específicamente a reportantes de actos de corrupción, sumado a la falta de información sobre los diferentes mecanismos de denuncia y protección, así como la inexistencia, en muchos casos, de los mismos, configuran un entorno que desincentiva la denuncia de actos de corrupción. Así las cosas, ante la falta de arreglos institucionales adecuados para promover y facilitar el reporte de prácticas corruptas, el ciudadano no se siente seguro para cumplir con su deber legal de colaborar con las autoridades en la detección, reporte y esclarecimiento de hechos de corrupción.

El proyecto de ley del Gobierno que nunca fue presentado pero que sí fue anunciado públicamente y con despliegue, constituye un valioso borrador cuya vida, pasión y muerte revelan las tensiones al interior del Gobierno y, seguramente, de la sociedad civil.

El autor de este informe desconoce cuál fue la real suerte de este BORRADOR. Recuerda que El Tiempo, en primera página a la derecha arriba anunció este proyecto y presentó sus rasgos generales incluyendo el tema de las recompensas. Fue la razón por la cual el autor de este informe escribió la columna de El País en la cual criticó duramente las disposiciones correspondientes (El País de Cali, 3 de Marzo de 2017).

1 La entidades estudiadas fueron: Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia Nacional de Salud, Superintendencia Financiera, Superintendencia de Servicios Públicos, Superintendencia de Notariado y Registro, Superintendencia de Sociedades, Policía Nacional, Personería Distrital de Bogotá, Personería Municipal de Cajicá, Auditoría General de la República, Contaduría General de la Nación, Ministerio de Trabajo, Ministerio del Interior y Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República.

PROYECTO DE LEY PRESENTADO POR EL MINISTRO DE JUSTICIA ENRIQUE GIL BOTERO

“Se anuncia que el máximo de la recompensa que se establecerá en Colombia llegaría a doscientos cincuenta salarios mínimos mensuales, o sea, \$184 millones. Es mezquino, ridículo, ineficaz. Un hazmerreír. El Superintendente Robledo debe estar perplejo”.

“La cifra de la recompensa tiene que ser tan seductora que el ciudadano que resuelva revelar el esquema de corrupción, se sienta fatalmente atraído para hacer el gran favor de contar. No se trata de premiar la virtud. Démosla por descontada. Se trata de compensar y recompensar con una suma de dinero enormemente atractiva. Esa es la estrategia. Difícil que falle. Porque, inclusive, el beneficiario de esta jugosa recompensa puede ser uno de los involucrados en el esquema corrupto.”

“No es necesario inventar. Simplemente, adaptar al sistema legal colombiano y a nuestras circunstancias, que no son fáciles, el funcionamiento de esta herramienta”.

“Sería deplorable que, teniendo la oportunidad y el mecanismo jurídico para ponerla en vigencia, nos equivocáramos al establecer cifras tan pobres como incentivo.”

El Secretario de Transparencia de la Presidencia presentó renuncia días después alegando que tenía interés en participar en el proceso electoral. Algo ocurrió. Y, posteriormente el gobierno sin debate público presentó por medio del Ministro de Justicia y del Derecho, Enrique Gil Botero, el proyecto de ley número 108 de 2017 Cámara. Ya desde la descripción del proyecto se limita a promover y facilitar la denuncia y a la protección y reparación. El proyecto es menos extenso que el borrador y se limita a catorce artículos.

El texto del proyecto de ley del gobierno, presentado por el Ministro de Justicia y del Derecho, Enrique Gil Botero se incluye en la pág. 33 del apéndice.

Comparación entre el Borrador del Gobierno y el Proyecto del Ministro Gil Botero

El borrador que se engavetó aunque susceptible de ser mejorado en su objeto y otros aspectos, trae iniciativas como la de un Comité Rector (Art. 3) encargado del Sistema de Protección, que no son compatibles con el riguroso tema de la Protección del Denunciante y de la Denuncia, al involucrar cuatro altos funcionarios que pueden delegar su función a otros dos funcionarios de inferior nivel, lo cual plantea un Riesgo serio que pone en peligro la necesaria confidencialidad, característica necesaria de esta herramienta. Doce funcionarios con

acceso a información supuestamente confidencial es una receta para el fracaso. Y peor, aún, la idea de una Secretaría Rotativa.

Los capítulos VI y VIII sobre Beneficios e Incentivos son más completos que los presentados hasta ahora e incluyen a personas jurídicas. Sin embargo, el Capítulo VII sobre donde radicar la denuncia adolece, también, de ingenuidad y no garantiza realmente la protección que se requiere. ¿Dónde presentar la denuncia?, en el caso colombiano, es quizás el tema más delicado y, por lo tanto, debe ser objeto de un cuidadoso estudio que incluya un análisis comparativo de experiencias. Un trabajo que la OECD podría adelantar en colaboración con los abogados que elaboren el proyecto de ley.

El incentivo pecuniario-como se dice en otro aparte de este informe- (máximo 250 salarios mínimos) es muy inferior al que se conoce en otros países y no sería, entonces, un estímulo efectivo.

El Borrador incluye, también, el novedoso tema de Awareness o sensibilización que busca exaltar la bondad de la delación premiada, la forma de hacerla y las garantías y beneficios e incluye una pedagogía al respecto en colegios y universidades (Cap. XI).

El Proyecto de Ley presentado por el Ministro de Justicia, Gil Botero (13 artículos, o sea, 20 menos que el Borrador) tiene defectos aún mayores que los señalados anteriormente (Objeto, Definiciones, Comité Rector) Así lo contemplan, aunque no con la debida contundencia, los literales f y g del Borrador (apéndice) elaborado por el Gobierno.

Avanza, en tanto presume la Buena Fe del denunciante (Art. 3º. Literal c). Contempla el monitoreo y la evaluación (Art. 3º. Literal g). Se eliminan los capítulos sobre Beneficios e Incentivos pecuniarios.

¡Son muchos los elementos que no se contemplan!.

Críticas al Proyecto del Ministro Gil Botero

El mayor crítico de este proyecto es el exsecretario de Transparencia de la Presidencia, Camilo Cetina, en una extensa columna en la revista digital “Razón Pública”;

“En el marco de esta discusión, el Proyecto de Ley de Protección de Denunciantes que el Gobierno radicó en el Congreso a mediados del año pasado, perdió uno de sus artículos principales: el que promovía la concesión de incentivos económicos a quienes denunciaran

actos de corrupción en sectores de interés público como la alimentación escolar, la infraestructura y la industria extractiva.”

“Pero la duda quedó abierta: ¿será que la Ley de Protección de Denunciantes es más efectiva con ese artículo o sin él? Para dar una respuesta rigurosa e informada, es necesario examinar escenarios similares en los que esta medida u otra similar haya sido aplicada con el fin de identificar las consecuencias positivas o negativas que trajo consigo”

“Es importante mencionar que en el caso colombiano, el artículo eliminado del Proyecto de Ley de Protección de Denunciantes estipulaba que el dinero utilizado para recompensar a los denunciantes proviniera de las multas recaudadas. Esto con el objetivo de no comprometer los recursos públicos.”

“Entre los esfuerzos mencionados, la expedición de normas que promueven la delación amerita especial atención. Ésta consiste, por un lado, en rebajar o eliminar las sanciones monetarias a las personas implicadas en casos de corrupción que denuncien y brinden colaboración plena a la justicia; y por otro, en aumentar las multas a aquellos que no denuncien.”

“Desde que esta medida fue adoptada, el número de denuncias relacionadas con la violación del derecho de competencia y las actividades de colusión por parte de empresas públicas y privadas ha aumentado de modo significativo. Y así mismo el país y los consumidores se han beneficiado de las altas multas impuestas a los demás sectores involucrados en la conducta ilícita.”

“Tal ha sido el éxito del sistema de delación empleado por la SIC, que según la Ley Antisoborno 1778 de 2016, deberá ser replicado por la Superintendencia de Sociedades.”

A las críticas de Camilo Cetina sobre este proyecto habría que añadir que éste, sin duda, se queda corto frente a la legislación comparada sobre la materia y que en lo que tiene que ver con la protección real de los denunciantes incurre en establecer un mecanismo que resulta muy riesgoso para los denunciantes. Es lo contemplado en el artículo 4 del proyecto de Ley 108 que establece el “Comité Rector de la Política de Protección de Denunciantes”, su integración por altos funcionarios que pueden delegar su participación en el comité en algunos casos a funcionarios de segundo y tercer nivel pone en grave riesgo la confidencialidad o anonimato de las denuncias. No es una exageración. Son bien conocidos los casos de filtraciones importantes que han puesto en peligro no solamente la seguridad de personalidades sino la formulación de políticas públicas.

Algunas legislaciones sectoriales contemplan comités pero no creo que sea lo más adecuado en el caso colombiano. Lo aconsejable sería estudiar los mecanismos más eficaces de protección de la denuncia y del denunciante tanto en la experiencia colombiana como de otros países, porque este es un tema central de todo el sistema de Protección del Denunciante.

La lectura de este texto y la revisión de las disposiciones legales que cita ponen en evidencia que ninguna de ellas atendió los requisitos que son de rigor en la elaboración de una propuesta legislativa sobre esta materia. Y el más reciente intento anunciado por el Secretario de Transparencia de la Presidencia de la República, hablaba de una recompensa que me permití calificar de ridícula (FCU. El País, Cali, 3 de marzo de 2017). Es que lo ofrecido hacía un brutal contraste con lo que se paga en Estados Unidos, por ejemplo, en los diferentes casos que llegan a la Securities and Exchange Commission (SEC). Traigo tan sólo un ejemplo a consideración. El 24 de abril de 2017 se anunció una recompensa de cuatro millones de dólares a un delator que le dio un dato clave a la agencia que permitió realizar una investigación exitosa. Y, luego, con su experticia, continuó ayudando.

La SEC ya ha otorgado 153 millones de dólares a 43 delatores. En 2014, concedió la más alta recompensa, 30 millones de dólares. La SEC ha recibido más de 14.000 informaciones desde cuando, en 2012, se inició el programa. Proviene de todos los Estados de la Unión y de 95 países.

Diferente es la situación cuando se aplica otra legislación, como fue el caso de la representante de ventas de ENDO PHARMACEUTICALS Inc. Como resultado de un acuerdo a la luz del False Claims Act, Peggy Ryan, la denunciante, recibió 33.4 millones de dólares, el 24 por ciento de lo que recuperó el gobierno, 137 millones de dólares. DURANTE CINCO AÑOS Ryan obró como informante encubierto del FBI. Fue un típico caso de qui tam.

Es bien claro, los ejemplos abundan. Convendría visitar las oficinas que han manejado estos casos para aprender el máximo de su experiencia. Además, el estudio de estos casos podría insinuar caminos que podrían dar lugar a investigaciones muy provechosas y necesarias. La lectura de las leyes más conocidas permite establecer los elementos principales.

3.2. PROPUESTA PILOTO: ESTUDIAR EL CASO DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN LA PERSPECTIVA DEL WHISTLEBLOWER

Tanto la administración Uribe como la administración Santos han propiciado legislación que le permite a la Superintendencia de Industria y Comercio reconocer significativos beneficios en favor de las personas "(...) naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta

que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aún cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente investigación” (Artículo 14, ley 1340 de 2009).

Como se ve, ya desde 2009 se contempla un proceso de delación que está acompañado de beneficios que tanto la ley como los funcionarios se niegan a reconocer como recompensas. Se trata entonces de un tema que es muy cercano a la institución de la delación premiada, del Whistleblower, cuyas características son muy similares y por esta razón se incluye este sistema en este informe.

En los considerandos del decreto 1523 de 2015 que busca reglamentar el Artículo 14, arriba citado, se dice que conviene modificar ese régimen de beneficios regulado en el Decreto 1074 de 2015 para “incentivar el uso de este mecanismo en la detección y represión de prácticas restrictivas de la competencia, así como generar confianza en la utilización de este instrumento jurídico que se ha convertido en el más efectivo para las autoridades de la libre competencia en varios países”.

El Decreto 1523 de 2015, luego de haber sido sometido a un proceso de consulta, modifica el capítulo 29 del Decreto 1074 de 2015 en lo relativo al régimen de beneficios por colaboración.

Tanto la lectura del considerando como la de los nuevos textos legales permite verificar su similitud con los que se contemplan para la protección del Whistleblower. Aunque se excluye de los beneficios al instigador o promotor del acuerdo (lo que no ocurre en todos los casos en la legislación comparada sobre el Whistleblower) si se establecen algunas normas originales como las siguientes:

- Al primer denunciante llamado solicitante (o sea la persona que solicita los beneficios por colaboración) se le otorgará la exoneración total de la multa a imponer.
- Al segundo solicitante se le otorgará una reducción (entre el treinta y el cincuenta por ciento de la multa a imponer), de acuerdo con la utilidad de la información y las pruebas aportadas.
- Al tercero y demás solicitantes posteriores se les otorgará una reducción de hasta el veinticinco por ciento de la multa a imponer de acuerdo con los criterios anteriormente señalados

Se observa que hasta en las cifras de reducción hay una similitud con las que se contemplan en la legislación comparada sobre el Whistleblower. El Decreto 1523 de 2015 contempla requisitos para reconocer los beneficios y, también, para suscribir el convenio de beneficios por colaboración y señala los casos en que estos se pierden.

Hay otros beneficios adicionales por la delación como los que se refieren ya no tanto a un acuerdo anticompetitivo sino a prácticas comerciales restrictivas de la competencia. También, se contempla la reserva o confidencialidad.

Como consecuencia de la adhesión de Colombia a la Convención Antisoborno de la OECD se han pasado varias leyes que buscan que nuestro ordenamiento jurídico se acomode a ese convenio internacional. La más reciente, la de la ley 1778 del 2 de febrero de 2016 “por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”. Se trata de una ley que le otorga a la Superintendencia de Sociedades (no a la de Industria y Comercio) facultades sancionatorias por soborno de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y, también, esa es la razón por la cual se incorpora esta legislación a este informe y, además, incluye beneficios por colaboración, (Artículo 19, Ley 1756 2016). Es lo que en otros países se ha hecho por medio del sistema de recompensas como en el caso, principalmente, del FCPA tantas veces citado.

Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la sanción conforme a criterios ya conocidos sobre la calidad y utilidad de la información y la oportunidad de la misma.

De igual manera, y al estilo del Dodd –Frank Act, se establece un programa de divulgación o “awareness” en el Artículo 23 y el Artículo 36 le otorga a la Superintendencia de Sociedades un plazo máximo de seis meses a partir de la vigencia de esta ley para poner en funcionamiento la estructura administrativa necesaria y para cumplir con el Artículo 23 que es el que busca divulgar y concientizar con respecto a esta legislación y a los temas de ética, transparencia y prevención del soborno.

El Superintendente de Industria y Comercio Felipe Robledo, en una entrevista para el periódico El Tiempo, 4 de febrero de 2018, sintetizó los éxitos de la SIC y los procedimientos que utiliza para sus investigaciones. Siendo el caso más notorio de un éxito sistemático en la lucha contra la corrupción de gran escala es indispensable reproducir aquí sus reflexiones que son, por demás, bien ilustrativas. La entrevista está introducida por un gráfico de diez círculos que dicen las cifras en millones correspondientes a las multas más cuantiosas:

Azúcar	263 mil millones de pesos
Pañales	208 mil millones de pesos
Cemento	200 mil millones de pesos
Papel higiénico	185 mil
Claro	88 mil
Esquema de Basuras de Bogotá	82 mil
Cuadernos	60 mil
Arroz	34 mil
Seguridad Privada	14 mil
Telmex	10 mil

“Sólo el año pasado esas sanciones superaron 350.000 millones de pesos, lo mismo que cuesta el plan maestro de acueducto y alcantarillado de una ciudad como Buenaventura para los próximos diez años. Las tres cuartas partes de ese valor correspondieron a sanciones por violar el régimen de competencias, sobre todo mediante la cartelización. Un cartel empresarial es una alianza entre productores de bienes o servicios que pactan los precios que más les convienen y, en muchos casos, dejan fuera de combate a los competidores más pequeños”.

“Esa conducta está prohibida desde 1959, en virtud de la Ley 155. Sin embargo, los dientes de la SIC no estuvieron suficientemente afilados hasta el 2009, cuando se modificaron los topes de las multas para las prácticas comerciales restrictivas. Hace diez años, por ejemplo, la sanción máxima era de 1.600 millones de pesos, mientras que hoy es de 78.000 millones. Para la muestra un botón: La Superintendencia confirmó esta semana una multa contra siete empresas controladas por el cuestionado zar de la seguridad Jorge Moreno, por 14.000 millones de pesos, el doble de todo lo que se ordenó pagar en el 2006.

Durante los últimos seis años, las cifras de penalidades sumaron 1.7 billones”.

“Y una de sus herramientas más poderosas es el laboratorio de informática forense, que funciona en el tercer piso de la sede central en Bogotá y en el que expertos en seguir el rastro de registros electrónicos han logrado poner en evidencia las malas prácticas de ejecutivos de reputadas empresas nacionales. (...) Los investigadores no se llevan los equipos sino una copia que, para efectos técnicos y sobre todo legales, es fiel reflejo de la información de origen.”

(...) “Incluso, con sus equipos la Super ayudó a la Fiscalía para procesar información de computadores que la multinacional brasileña tenía en su oficina en Ecuador.”

(...) “Como sucede con las mafias, las delaciones son fundamentales en la lucha contra los carteles empresariales. De hecho, la mayoría de los que se han descubierto cayeron por esta causa.”

Un buen ejemplo es, de nuevo, el cartel de los pañales. En noviembre de 2013 la SIC hizo visitas de inspección a las empresas Familia, Tecnoquímicas, Kimberly para tratar de dilucidar si eran ciertas las sospechas sobre acuerdos irregulares entre las tres compañías, que concentraban entonces el ochenta y cinco por ciento del mercado de los pañales. Dos semanas después de las visitas Kimberly pidió ser incluida en un plan de beneficios por colaboración (...) pero la empresa fue más lejos no sólo habló del cartel de los pañales sino que destapó el de los cuadernos y el del papel higiénico. Por los datos que entregó le perdonaron el pago de 200.000 millones de pesos.

Ante semejantes cifras, ante la diversidad de sectores, ante lo reciente de esta actividad investigativa de la SIC, ante la ausencia de procedimientos similares o de multas equivalentes en el pasado, ¿alguien podría poner en duda la eficacia de estos mecanismos y la urgencia de aplicarlos y de refinarlos?

Resulta difícil argumentar que una rebaja multimillonaria no es equivalente a una recompensa. El hecho evidente es que hay un beneficio financiero que evita, por ejemplo, que se paguen 220 mil millones. Ahora se presenta el caso de la Superintendencia de Sociedades que al parecer y por recomendaciones de la OECD debiera seguir por el mismo camino. O sea, obtener éxitos similares. Lo que el Superintendente Robledo subraya como elemento clave es la delación. Es una experiencia muy valiosa que debe servir como parámetro para fortalecer el sistema existente o para introducir nuevas variaciones del mismo.

3.3. IMPLICACIONES PARA EL CASO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

En la columna publicada por el exsecretario de Transparencia de la Presidencia de la República Camilo Cetina, en la cual deplora reiteradamente que los incentivos económicos hayan sido eliminados del proyecto de ley sobre protección del denunciante, él considera que esta legislación sobre el sistema de delación (Ley 1778 de 2016) lo que está haciendo es obligar a la Superintendencia de Sociedades a adoptar el sistema empleado con tanto éxito por la Superintendencia de Industria y Comercio. El mismo Cetina considera que los resultados

obtenidos por la Superintendencia de Industria y Comercio son producto “de cambios en las normas y de un complejo proceso de transformación interna” que esta institución ha experimentado de unos años para acá. Las principales reformas para combatir la corrupción de una manera eficaz y transparente han sido:

- El fortalecimiento de su sistema sancionatorio
- La expedición de normas que promueven la denuncia (en especial la ley 1340 de 2009 y los Decretos 1074 y 1523 de 2015)
- La conformación de un excelente equipo de trabajo y
- La consolidación de un laboratorio de talla mundial para la captura, el procesamiento, y el análisis de la información.

Y hay que añadir, es un doble sistema de incentivos; rebajas o eliminación de sanciones monetarias para los denunciantes y aumento de las multas para quienes, incurso en el delito, lo denuncien.

La legislación ordena a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales informar a la “Superintendencia de Sociedades todo reporte de actividad sospechosa que indique la presunta realización de conductas típicas establecidas como soborno internacional”, (Artículo 22 ley 1778 de 2016).

De la misma manera ordena a la Fiscalía General de la Nación y a la Superintendencia de Sociedades suscribir “los convenios necesarios para intercambiar información y elementos de prueba y para articular las actuaciones en las investigaciones de su competencia, en cualquiera de las etapas de investigación (Artículo 27, Ley 1778 de 2016)”. Esta norma se fortalece con la del Artículo 28 de la misma ley que ordena a la Fiscalía General informar a la Superintendencia de Sociedades “toda noticia criminal que sea calificada provisionalmente como soborno transnacional. Esta información deberá ser suministrada inmediatamente después del inicio de la indagación preliminar”.

Lo propio deberá hacer la Superintendencia de Sociedades con respecto a la Fiscalía General en referencia a “todas las investigaciones que se adelanten en relación con esta ley” (Artículo 28 Ley 1778).

Vale la pena destacar otros dos temas de enorme significación en la Ley 1778 del 2016.

El primero de ellos se refiere a la responsabilidad de los Revisores Fiscales: “Los Revisores Fiscales tendrán la obligación de denunciar ante las autoridades fiscales, disciplinarias y administrativas los actos de corrupción así como la presunta realización de un delito contra la

administración pública, un delito contra el orden económico y social, o un delito contra el patrimonio económico que hubiere detectado en el ejercicio de su cargo. También deberán poner estos hechos en conocimiento de los órganos sociales y de la administración de la sociedad. Las denuncias correspondientes deberán presentarse dentro de los seis meses siguientes al momento en que el revisor fiscal hubiere tenido conocimiento de los hechos. Para los efectos de este Artículo, no será aplicable el régimen de secreto profesional que ampara a los revisores fiscales” (Artículo 32).

Otra disposición de gran alcance es la del Artículo 33 sobre la “inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas”. “Las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores del dos por ciento de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.”

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

“Esta inhabilidad comprenderá también a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a los gobernadores, las alcaldías o al Congreso de la República.”

“La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales” (Artículo 33).

No se debe olvidar que esta ley es una que busca mejorar las leyes que incorporaban al ordenamiento jurídico el Convenio Antisoborno de la OECD del cual formamos parte. Por ello se nota la adopción de mecanismos y procedimientos que tienen vigencia en la legislación comparada.

Es inevitable recordar el escándalo de corrupción transnacional que puso en conocimiento de los países el Juez Robert L. Capers en diciembre de 2016 en referencia al FCPA de 1977, para describir los comportamientos corruptos de la empresa ODEBRECHT que operaba en 27 países incluyendo a los Estados Unidos. En el punto 6º, Parágrafo 44 de su decisión se refiere

a como entre 2001 y 2016 Odebrecht gastó 439 millones de dólares “en pagos corruptos a partidos políticos extranjeros, funcionarios extranjeros, y sus representantes en países fuera del Brasil, incluidos Angola, Argentina, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela para asegurar una ventaja indebida en la obtención de negocios para Odebrecht en esos países. Odebrecht se benefició en más de 1.4 billones de dólares como resultado de estos pagos corruptos”.

Así con las normas aquí citadas, particularmente las de la ley 1778, queda evidente que Colombia se está acomodando, como consecuencia obvia de su intento de incorporarse formalmente a la OECD, a la legislación internacional en contra de la corrupción y que lo está haciendo sin que exista un debate público al respecto, lo cual se entiende dada la complejidad y la trascendencia del alcance de las nuevas disposiciones que, como es obvio, no parecen ser de conocimiento general.

Una utilización inteligente de estas y otras normas que han venido surgiendo y que se presenta en este informe, incluida la referente al sistema de recompensas en la DIAN podrían dar lugar a la construcción vía decretos reglamentarios y otras disposiciones y de la propia jurisprudencia, a una arquitectura legal equivalente a la que se podría establecer con una legislación específica sobre el Whistleblower particularmente para los sectores como la DIAN, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia de Sociedades. Sería un ejercicio que un grupo de abogados especializados en estos sectores podrían llevar a cabo, haciendo así una significativa contribución a la lucha contra la mega corrupción que ha venido afectado a estos sectores.

4. REFLEXIONES FINALES

Es impresionante leer una información como la de Sarah Chayes, *Kleptocracy in America, Corruption is Reshaping Governments Everywhere*, 96 *Foreign Affairs*, 142-150 (2017), cuando comentando uno de los libros más recientes sobre corrupción, (Robert Rotberg), *The Corruption Cure*, Princeton University Press, (2017), dice al hablar de la contemporánea: “rather than a weakness or a disorder, it is the effective function of systems designed to enrich the powerful. Rotberg gestures at this fundamental reality toward the end of the book, when he paraphrases an assessment made by Guatemala UN- backed anticorruption commission: That country’s ruling Patriotic Party was more a criminal gang than a political party. Its role was to Rob the state”, Rotberg writes. In Guatemala, elites “constituted a criminal organization- a kleptocratic conspiracy capable of capturing a national revenue stream, a mafia running a state”.

“This is what corruption looks in at least 60 countries where I have researched the problem: the deliberate operating systems of sophisticated networks bent on self- enrichment and remarkably successful at achieving it”

La tesis del Contralor Maya sobre las empresas-político criminales no está muy lejos de estas apreciaciones.

Este tipo de aproximaciones al tema contemporáneo de la corrupción invitan a una estrategia bien diferente que supere la concepción tradicional porque lo que está en peligro es la naturaleza democrática del sistema político y, en consecuencia, de sus políticas públicas.

Si el capítulo 5 del Informe del Banco Mundial (2017) “Governance and Law” se leyera en la clave del Contralor Maya habría fuertes razones para encender al máximo las alarmas. Sería un caso típico de “policy subversion” que tendría “significant negative effects on the economy” (p. 137).

La institución del Whistleblower podría considerarse como uno de los recursos que propician el “compromiso ciudadano” (Citizen engagement) que este Informe analiza al final (pp. 217).

El Informe recuerda que “(...) Corruption is less about individual transactions and more about networks of actors” (p.77).

Es aleccionador comprobar como en este Informe, que en varios capítulos trata el tema de corrupción, no se hace alusión alguna al conocido programa del Banco para la lucha anticorrupción, ni a sus principales mentores. Es que no es fácil acertar en una materia tan compleja.

La exclusión, la captura y el clientelismo son manifestaciones de como las asimetrías de poder pueden afectar negativamente la eficacia de las políticas, afirma el Informe (p.61).

Creo que la institución del Whistleblower tiene la capacidad de contribuir a romper algunas de esas asimetrías.

Cuando el Whistleblower está empoderado, protegido y recompensado se puede decir que esta es la herramienta más importante para descubrir y castigar los fraudes. Es una opinión en la cual coinciden importantes funcionarios de los Estados Unidos que han lidiado con las legislaciones que regulan el tema, particularmente, las más recientes.

No sobra concluir este informe con algunas de esas opiniones:

Chair of the Securities and Exchange Commission: The “whistleblower program ... has rapidly become a tremendously effective force-multiplier, generating high quality tips, and in some cases virtual blueprints laying out an entire enterprise, directing us to the heart of the alleged fraud”.

Attorney General of the United States: The “impact” of the reward laws has been nothing short of profound. Some of these (cases) may have saved lives. All of them saved money”

Associate Attorney General (RESPONSIBLE FOR CIVIL FRAUD PROSECUTIONS): “The False Claims Act and its (whistleblower) provisions remains the government’s most effective civil tool in protecting vital government programs from fraud... The dollars involved are staggering”

U.S. Attorney, in U.S. v. Sun Ace Shipping “An award to these witnesses... encourage(s) those with information about unlawful conduct to come forward and disclose that information to authorities; information otherwise difficult, if not virtually impossible, to obtain.”

Chairman of the Senate Judiciary Committee: “One of the smartest things Congress has ever done is to empower whistleblowers to help the government combat fraud. They get results... This is not rhetoric ... The False Claims Act is, hand down, the most effective tool the government has to fight fraud against the taxpayers”. (Handbook p.13).

4.1. RECOMENDACIONES PROCEDIMENTALES PARA LA ADOPCIÓN DE UNA LEGISLACIÓN SOBRE LA DENUNCIA PREMIADA

Tratándose de una legislación tan importante como lo revelan los testimonios que en abundancia se han producido, conviene realizar un proceso que, realmente, permita construir un consenso sobre varias opciones, un poco a la manera de lo que hicieron los irlandeses para determinar qué opciones deben ser contempladas, principalmente:

- A. Si es en una legislación DEDICADA, o sea única para todos los casos, sector público y sector privado, o debe ser una legislación sectorial;

- B. en caso de que se adopte la línea de una legislación específica o sectorial, cuáles serían los sectores prioritarios: sugeriría el sector militar, el ambiental o el financiero, algunos municipios y las capitales de departamento, incluida Bogotá;
- C. contemplar, específicamente, la mejor implementación de la Convención Anti-soborno de la OECD;
- D. en todos los casos contemplar una fecha fija para iniciar un proceso de evaluación que debe ser realizado por un organismo independiente, en cada caso;
- E. esa evaluación debe incluir recomendaciones para ir perfeccionando el sistema y debe dar lugar a otra fecha fija para una nueva evaluación;
- F. en todos los casos, bien sea legislación DEDICADA o sectorial, deberá realizarse un amplio proceso de consulta.

Es indispensable la utilización de Big Data Analytics y de otros recursos digitales. Es lo que están haciendo con resultados exitosos algunos como el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Así identificó los médicos y farmacéutas responsables de la epidemia de opiáceos, en el segundo semestre de 2017. Una investigación en la cual jugó papel preponderante una colombiana, Naomi Adaniya, quien además recibió una mención honorífica por su trabajo.

4.2. EJERCICIO DE CIUDADANÍA

Los expertos proclaman que son los ciudadanos quienes pueden hacer la mejor contribución. Se requiere un marco legal, se requiere el poder coercitivo del Estado pero si los ciudadanos no participan en la lucha anticorrupción, si guardan un silencio cómplice, si miran para el otro lado, si prefieren que el fraude prolifere, si no reparan en las graves implicaciones que tiene la corrupción para el desarrollo de la sociedad, si no ven cómo se aumenta el sufrimiento de los más vulnerables, si se sienten más cómodos con la indiferencia, pues es casi imposible lograr progresos sensibles en recuperar la integridad. El análisis de los casos muestra hasta qué punto su colaboración es clave, estratégica, indispensable.

A propósito, incluyo dos afirmaciones sobre la materia, que se deben tener siempre presentes:

“Los sistemas legales formales han demostrado su ineficacia frente a la corrupción contemporánea. La gente, no las leyes, hace que las cosas funcionen. No es la policía la que previene el crimen; tampoco la ley; es la comunidad.”

(Anthony Antoniou, Consultor de la ONU, en *Institutional Devices in Dealing with Corruption in Government*, pg. 79)

“Debe reconocerse, no obstante, que la sola aplicación de las leyes jamás lleva al control de la corrupción. Esta lección se ha aprendido muchas veces en diferentes países que han tratado de encarar el problema redactando y aplicando leyes más severas, sólo para hallar que el problema se vuelve peor. En sí mismos, el enjuiciamiento y la condena, no proveen una solución. Aunque es esencial que haya una acción efectiva que haga de la corrupción un crimen que conlleve un alto riesgo de ser capturado, condenado y castigado en la actualidad existe el reconocimiento general de que hay otros dos elementos igualmente esenciales para obtener éxito: la prevención y la educación y el apoyo del público. Los dos pensamientos se derivan del sentido común.”

Bertrand de Speville, “Superando la corrupción”, Planeta, Página 34.

Por ello no es exagerado el formidable esfuerzo que por décadas se ha venido haciendo para que los ciudadanos se atrevan a cumplir con un deber cívico, a hacer uso, como dicen los americanos, de los derechos que les otorga la PRIMERA ENMIENDA de su Constitución, el derecho de libre expresión, en estos casos de contar, relatar, denunciar.

Todo el mecanismo del WHISTLEBLOWER, construido durante siglos, está protegiendo un derecho constitucional sagrado, esencial para la vida democrática.

5. ELEMENTOS MINIMOS PARA UNA PROPUESTA LEGISLATIVA

A continuación, se enumeran algunos de los elementos que deberían contemplarse en la preparación de una propuesta de ley. Ellos recogen la experiencia de Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá, Australia, Chile.

Elementos mínimos para una Propuesta Legislativa:

1. Establecer cuándo una denuncia es aceptable, legítima.
2. Indicar con precisión el contenido de la denuncia.
3. Definir cuándo puede hacerla. Y quien no puede hacerla. (Excluir funcionarios cuyo deber es detectar el fraude o la violación de la Ley).
4. Sanciones ejemplares para funcionarios que estando excluidos transfieren la información relevante a otra persona para que formule la denuncia premiada.
5. Clarificar la diferencia con el deber de informar que tienen algunos funcionarios por la naturaleza de su cargo.
6. Ante quién puede hacerla: diversas opciones.

7. Proteger la confidencialidad o el anonimato de la denuncia.
8. Cómo proteger al denunciante cuando se ha roto la confidencialidad o el anonimato.
9. Indicar las sanciones para quienes rompan la confidencialidad o el anonimato.
10. Cómo proteger al denunciante funcionario público, privado, nacional o extranjero, temporal u otros.
11. El tema de las recompensas:
 - A. Monto. Si solamente del dinero recuperado o del Tesoro Público.
 - B. Quien la otorga y cuándo se hace efectiva.
 - C. Cuándo hacerla pública.
 - D. En qué casos asegurar la confidencialidad sin abandonar los beneficios de la publicidad del hecho.
12. Otras compensaciones:
Cambio de nombre, de nacionalidad, protección a la familia.
13. Asegurar que la denuncia se investiga con seriedad y oportunidad. (un ejemplo de lo contrario fue el caso Madoff que fue objeto de tres denuncias durante años anteriores sin que se adoptara ninguna acción).
14. Estas y otras circunstancias aconsejan la creación de una OFICINA ESPECIAL que maneje con máxima diligencia y confidencialidad las denuncias; de lo contrario se perderá muy pronto la credibilidad y la confianza en esta herramienta y muy pronto caerá en desuso. Estudiar las diferentes oficinas establecidas en Estados Unidos y otros países en este tema clave. La OECD puede proporcionar esta información.
15. Es indispensable un monitoreo permanente sobre la vigencia y eficacia de esta herramienta, que debe ser realizada por una entidad externa al Gobierno y que debe incluir alguna EVALUACION permanente para garantizar su perfeccionamiento.
16. Asegurarse de que un decreto reglamentario u otros dispositivos legales no la harán inocua y que jurisprudencialmente no será debilitada. Es la historia hasta ahora muy valiosa de la pérdida de investidura que ha contado con el apoyo de la Corte Constitucional, no obstante los repetidos intentos del Congreso para debilitarla.
17. Es importante armonizar la regulación de esta herramienta tanto con las normas internacionales como con algunas de carácter nacional, de nivel constitucional, laborales o financieras.
18. También preservar la presunción de INOCENCIA Y EL PRINCIPIO DE BUENA FE tanto del denunciante como del denunciado. Las denuncias falsas, a no ser que la mala fe o el dolo sean evidentes, no deben dar lugar a sanción alguna porque ello desestimula la decisión de denunciar.
19. Sistema de Awareness. Las entidades públicas y privadas harán una pedagogía eficaz que les permita a sus funcionarios y a otros interesados conocer no sólo la posibi-

lidad de formular la denuncia sino el aprecio y reconocimiento, por la contribución a preservar la integridad de la institución. De la misma manera, el interés en recibir esa denuncia o que ésta se haga ante la autoridad competente. Y los mecanismos de protección y de recompensa.

Cuatro profesores concedores del tema elaboraron un informe titulado: Whistleblower Protection Laws in G20 Countries. Priorities For Action, (septiembre de 2014). Se trata de un documento de 76 páginas que resume la manera como diecinueve países han reglamentado el sistema de protección del denunciante. Se menciona este importante análisis porque, aparte de consignar el estado del arte en esta materia, revela cómo todavía hay mucho por hacer.

Para el caso de cada país muestran qué tan comprehensivo es el tratamiento del tema con respecto a los sectores público y privado, o qué tan parcial o qué tan precario. Las mayores debilidades que identifican tienen que ver con el sector privado. Tan sólo un país, los Estados Unidos, clasificaría en el primer lugar en esta materia, particularmente en lo que se refiere a los informes anónimos y confidenciales. Es un análisis muy detallado de las diversas legislaciones. Para cada una se analizan catorce criterios, referentes tanto al sector público como al privado a saber:

1. Amplio cubrimiento del tipo de organizaciones o sectores
2. Amplia definición de la conducta irregular
3. Amplia definición sobre el denunciante.
4. Canales para la denuncia
5. Canales externos para la denuncia
6. Umbral de protección
7. Protecciones para el informante anónimo
8. Protección de la confidencialidad
9. Procedimientos para al interior de la institución
10. Amplitud de las protecciones para casos de retaliación
11. Remedios comprehensivos para la retaliación
12. Sanciones para los retaliadores
13. Autoridades encargadas de la supervisión
14. Uso transparente de la legislación

De acuerdo con esta evaluación, Estados Unidos y la Unión Europea como tal aparecen con las mejores pautas regulatorias, aunque la Unión Europea no queda bien calificada en lo que tiene que ver con el tema del anonimato y de la confidencialidad. Italia clasifica pobremente con respecto a la mayoría de estos elementos. No es sorprendente que a finales del

año pasado haya promulgado una nueva legislación que busca mejorar esos indicadores. La situación de Canadá no es mejor, al igual que la del Brasil. Como se mencionó, Australia estaría en una situación intermedia.

El informe afirma que, todavía, hay mucho trabajo que realizar en aquellos países donde existen leyes sobre la materia. Reconoce que ha habido progreso en los países del G20 y acepta que tomará tiempo y voluntad política para llegar a conseguir pautas más exigentes.

REFERENCIAS

- (2016) Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf>
- Annual Report To Congress, Whistleblower Program, U.S. Securities and Exchange Commission, 2017
- Anti-corruption Summit (2016), “Anti-corruption Summit-London 2016-Communiqué 12 May” [Cumbre Anticorrupción – Londres 2016 – Comunicado 12 de mayo]. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522791/FINAL_-_AC_Summit_Communique_-_May_2016.pdf
- Anti-Corruption Summit (2016), “Anti-Corruption Summit-London 2016 Colombia Country Commitments” [Cumbre Anticorrupción – Londres 2016 – Compromisos País Colombia] Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522791/FINAL_-_AC_Summit_Communique_-_May_2016.pdf
- Badel, M. E. (2016), “Informe Final de Consultoría Apoyar a la Secretaria de Transparencia en el desarrollo de una propuesta de investigación que genere insumos clave para un Sistema Unificado de Protección a Denunciantes de Actos de Corrupción”. Proyecto ACTUE- Unión Europea.
- Badel, M. E. (2016), Informe final de resultados del sondeo ciudadano y grupos focales estudio “Sistema unificado de protección de reportantes de actos de corrupción en Colombia”. Proyecto ACTUE- Unión Europea.
- Badel, M. E. (2016), Propuesta metodológica para la aplicación del sondeo “Prácticas de denuncia y protección a denunciantes en Colombia”. Proyecto ACTUE- Unión Europea.
- Badel, M. E. (2016), Investigación sobre los mecanismos de protección para denunciantes de hechos de corrupción en Colombia a través de los canales de denuncia. Estudio de caso de 16 entidades públicas del orden nacional. Proyecto ACTUE- Unión Europea.
- Banco Mundial, Informe. “Governance and Law”. (2017 pp.77, 217, 137).
- Cepeda Fernando, Corrupción Gubernamental, Cuéllar Editores (2017).
- Chayes, Sara, Kleptocracy in America, Corruption is Reshaping Governments Everywhere, 96 Foreign Affairs, 142-.150 (2017)
- Committing to Effective Whistleblower Protection, OECD Publishing, Paris (2016). G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblowers, Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation, SF
- Elletta S. Callahan & Terry M. Dworkin, Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act, 37 Vill. L.Rev.273 (1992).
- FCPA BLOG.

- Feldman, Y. & Lobel, O. (2009). The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties and Protections for Reporting Illegality [La matriz de incentivos: la efectividad comparada de recompensas, responsabilidad, deberes y protecciones para reportar actividades ilegales]. *Texas Law Review*, Vol. 87.
- Fleischer, H. & Schmolke, K.U. (2012). Financial Incentives for Whistleblowers in European Capital Markets Law? Legal Policy Considerations on the Reform of the Market Abuse Regime [¿Incentivos financieros para reportantes en la Ley de Mercados de Capital Europea? Consideraciones legales y políticas sobre la reforma del Régimen de Abuso del Mercado]. ECGI- Law Working Paper No. 189/2012
- OECD “Whistleblower Protection Framework, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation”. (2016)
- Organization for Economic Co-operation and Development – OECD (1998). “Recommendation of the Council on Improving Ethical Conduct in the Public Service Including Principles for Managing Ethics in the Public Service”.
- Organization for Economic Co-operation and Development – OECD (2011), “G20 Anti-Corruption Action Plan- Protection of Whistleblowers” [Plan Anticorrupción del G20 – Protección de reportantes]. Disponible en: <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>
- Organization for Economic Co-operation and Development – OECD (2015). “Phase 2 report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in Colombia” [Reporte de fase 2 sobre la implementación de la Convención Anti-cohecho de la OCDE en Colombia]. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Colombia-Phase-2-Report-ENG.pdf>
- Organization for Economic Co-operation and Development – OECD (2016). Leniency programmes in Latin America and the Caribbean: Recent experiences and lesson learned.
- Organización de la Naciones Unidas- ONU (2003). “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Organización de Estados Americanos – OEA (1996). Convención Interamericana contra la Corrupción. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp
- Rodríguez – Azuero Abogados (2014). Programa Eurosocietal: El Reporte – Productos primero y segundo entregables # 1 y 2. Documento Confidencial.
- Rodríguez – Azuero Abogados (2015). Programa Eurosocietal: Informe complementario a productos primero y segundo entregables # 1 y 2. Documento Confidencial.
- Rodríguez – Azuero Abogados (2015). Programa Eurosocietal: Por la cual se adoptan medidas y disposiciones de protección frente a denuncias de ciertos actos de corrupción y se dictan otras disposiciones.

Rodríguez – Azuero Abogados (2015). Programa Eurosocial: Conclusiones del evento Protección de Denunciantes de Corrupción

Rodríguez – Azuero Abogados (2015). Programa Eurosocial: Medidas de protección ofrecidas en Colombia. Documento Confidencial.

Secretaría de Transparencia – Presidencia de la República. (2015). Guía ciudadana para radicar denuncias por corrupción y mecanismos de protección del estado. Proyecto ACTUE.

Rotberg, Robert. *The Corruption Cure*, Princeton University Press, (2017).

Sandel Michael, “What money can’t Buy. The moral limit of market”, Allen Lane, 2012.

Senate Judiciary Committee, Chairman (Handbook p.13).

Stephen Martin Kohn, Esq, *The New Whistleblower’s Handbook, A Step-by-Step Guide to Doing What’s Right and Protecting Yourself*, Editorial Guilford, Connecticut, 2017

Towards Comprehensive Public & Private Sector Whistleblower Protection, Leah Ambler, OECD Anti-corruption Division, Conference of states Parties to the UN Convention against Corruption, St. Petersburg, 2-6 November 2015

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522717/Colombia__1_.pdf

NOTA:

El trabajo de la señora M.E. Badel fue consultado indirectamente.

El del Abogado Sergio Azuero no fue consultado, pero por su relevancia, se incluye en la bibliografía.

Anexo disponible en: <http://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3642>

II. COMENTARIOS AL DOCUMENTO "LA EVENTUAL ADOPCIÓN DEL WHISTLEBLOWER EN COLOMBIA" DE FERNANDO CEPEDA ULLOA

Gerardo Andrés Hernández Montes

Desde Transparencia por Colombia deseamos felicitar la iniciativa de profundizar sobre un tema que es fundamental para la lucha contra la corrupción como la denuncia, la protección a denunciantes de corrupción y los incentivos para fortalecer esta herramienta en el país. Igualmente, felicitamos al Dr. Fernando Cepeda por el documento elaborado y en particular por la claridad en la estructuración y escritura del mismo, teniendo en cuenta que es un tema complejo y en el cual usualmente se confunden conceptos que dificultan la identificación de acciones concretas en esta materia.

Es necesario partir de una premisa fundamental: en contextos de gran corrupción como el que enfrenta el país y explica el Dr. Cepeda en su documento, las estrategias de lucha contra la corrupción exitosas deben involucrar la denuncia. Este mecanismo se constituye en una herramienta fundamental que complementa los esfuerzos normativos e institucionales, y fortalece el rol que tenemos como individuos en la lucha contra redes sofisticadas de corrupción, que sin *whistleblowers* son casi imposibles de desmantelar.

De manera general estamos de acuerdo con planteamiento del Dr. Cepeda sobre la relevancia e incluso necesidad de involucrar esquemas bien estructurados de incentivos o premios a la denuncia, pero antes de comentar específicamente sobre el foco de atención del documento, que es el análisis sobre delación premiada, resulta necesario referirse a las condiciones básicas que hacen posible la delación o denuncia.

Esas condiciones básicas para la delación son, en primera instancia, la existencia de un sistema efectivo de protección a denunciantes. El deber ciudadano de denuncia que existe en nuestro país incluso desde la Constitución Política es insuficiente cuando se queda como enunciado, cuando se le traslada al ciudadano una carga que muy difícilmente podrá soportar si no está acompañado de protección efectiva. Esto es muy importante porque en Colombia hoy contamos con un contexto general favorable para la denuncia: de acuerdo con el Barómetro Global de Corrupción 2016 de Transparencia Internacional, más del 60% de las personas están dispuestas a denunciar un acto de corrupción. Sin embargo, de acuerdo con análisis realizados por Transparencia por Colombia, las principales razones que manifiestan los ciudadanos para no denunciar son el desconocimiento de los mecanismos para la denuncia y el miedo a las represalias. A esto se suma, considerando un estudio realizado en el marco del proyecto ACTUE Colombia de la Unión Europea, la persistencia de un número importante de debilidades en los mecanismos que para este efecto existen en las entidades públicas.

En segundo lugar, es muy importante destacar que la relevancia de los mecanismos de denuncia y de protección a denunciantes se extiende no solo a lo largo de la institucionalidad pública, sino que además constituye una prioridad en el sector privado: según la Quinta Encuesta de Prácticas de Prevención de Soborno en las Empresas publicada por la Universidad Externado de Colombia y Transparencia por Colombia a finales de 2017, más del 96% de empresarios manifiestan que el uso de sobornos es una práctica común en su entorno de negocios.

En tercer lugar, es necesario resaltar, como lo indica el Dr. Cepeda, que los denunciantes usualmente no tienen evidencia concreta, solo sospechas, pero esta acción es igualmente valiosa y se debe proteger. En particular para el contexto colombiano, se debería establecer un doble propósito en el fortalecimiento de los mecanismos de denuncia y protección de denunciantes: (i) apuntar a desmantelar redes de corrupción a alto nivel, de gran corrupción; y también prioritaria y urgentemente (ii) proteger a líderes sociales que ejercen veeduría y control social, y a periodistas que investigan de manera seria esquemas y redes de corrupción.

En el fortalecimiento de marcos legales para la protección a denunciantes, recomendaciones generales elaboradas por Transparencia Internacional en 2010 incluyen los siguientes elementos:

- Evitar la dispersión: entre más unificado y claro sea el marco legal, mejor, especialmente para países con menos tradición de denuncia (es decir, no como en EEUU); se debe propender por la garantía de protección a todos los involucrados y sus fami-

lias (especialmente cuando se enfrentan redes de corrupción); la carga de la prueba sobre retaliaciones debe estar sobre el empleador; se debe considerar la creación de mecanismos internos y externos de denuncia; y especialmente, es fundamental contar con la capacidad de implementación (*enforcement*) de una ley de protección de denunciantes, pues de lo contrario es muy difícil generar confianza en los mecanismos de denuncia; es recomendable contar con una autoridad pública independiente.

- Contar con mecanismos de evaluación de la implementación de los mecanismos de protección e incentivos; proteger la confidencialidad en todo el proceso de investigación; y desarrollar esfuerzos amplios de comunicación para dar a conocer los mecanismos de denuncia, protección e incentivos a la ciudadanía.
- Propender por cambios culturales: resulta fundamental el apoyo de la opinión pública a los denunciantes; es necesario divulgar de manera amplia la información sobre los beneficios que se logran a través de las denuncias efectivas; se debe aprovechar el uso de big data para conocer más sobre el perfil de los denunciantes (quiénes son, en qué ámbitos laboran, en qué lugares se encuentran, qué rasgos sociodemográficos y, especialmente, qué necesidades de protección tienen); apoyar la implementación de los mecanismos de denuncia, protección e incentivos con un ambiente en el cual la denuncia se complementa con la libertad de expresión, el acceso a la información pública, la existencia de medios independientes y en particular el ejercicio del periodismo de investigación. Este planteamiento va en la vía de lo planteado por el Dr. Cepeda respecto a la necesidad de considerar los arreglos institucionales para el *whistleblowing* (p.39).

Por último, es necesario fortalecer la orientación al denunciante antes de materializar la denuncia propiamente dicha. La experiencia de Transparencia por Colombia en este sentido ha sido muy positiva: a través del Centro de Asesoría Legal Anticorrupción hemos logrado orientar desde noviembre de 2017 a más de 140 ciudadanos que cuentan con información sobre presuntos casos de corrupción, con lo cual ha sido posible cualificar las eventuales denuncias que las personas interponen ante las autoridades competentes.

Habiendo planteado los anteriores elementos, pasamos a comentar el componente de premio o incentivo de la Delación Premiada, reiterando que desde nuestra lectura el planteamiento del Dr. Cepeda a lo largo del documento es muy acertado y relevante para el contexto del país:

- En primer lugar, resulta fundamental partir de la siguiente premisa: quedarse callado debe ser más costoso que denunciar. De nuevo, la recompensa es imprescindible en contextos de lucha contra la corrupción y el crimen organizado. Aun más, la denuncia de corrupción en contextos de gran corrupción debe ser estratégica: debería incenti-

vase el desmantelamiento de grandes redes de corrupción a través de sistemas efectivos de protección. En esto juega un rol central el premio o incentivo a la delación.

- En segundo lugar, es necesario responder a la cuestión de la oportunidad, es decir, ¿cuál es el momento apropiado para impulsar estas medidas? Usualmente en otros países los mecanismos de lucha contra la corrupción logran fortalecerse significativamente como resultado de grandes escándalos bien sea en el sector público o privado. ¿Colombia es excepción a esa “regla”? Parecería que sí, teniendo en cuenta que escándalos de gran envergadura como los de Odebrecht, el programa de alimentación escolar, Interbolsa, ente muchos otros, no nos han llevado a fortalecer nuestra legislación en esta materia. ¿Se debe a una falta de interés o, más bien, a la existencia de demasiados intereses por no desarrollar estas herramientas? Ante este escenario, desde Transparencia por Colombia consideramos fundamental aprovechar la coyuntura actual en la cual coinciden el impulso derivado del acceso a la OCDE para este tema, el inicio del nuevo gobierno, y el interés genuino de entidades estatales, privadas y sociales que participan en este espacio de discusión, para promover decididamente estos esfuerzos.
- En tercer lugar, estamos completamente de acuerdo con el Dr. Cepeda al plantear que el *whistleblowing* debe ser una herramienta basada en la participación ciudadana-es un mecanismo de control social que debe fortalecerse-, en la confidencialidad máxima y en la recompensa generosa.
- Como se mencionó antes, para impulsar sistemas efectivos de *whistleblowing* es necesario considerar el ángulo de cambio cultural, posiblemente a través del análisis de normas sociales, como complemento al elemento normativo.

Por último, algunos comentarios sobre los esfuerzos recientes por desarrollar legislación en el país, pues consideramos que es necesario resolver varios vacíos e incluso proponer un nuevo proyecto de ley en esta materia:

- La entrega de la recompensa debe ser efectiva, no debe quedarse atrapada en mecanismos burocráticos de coordinación o decisión, pues de lo contrario se pierde el incentivo y la confianza en el sistema.
- Es recomendable identificar sectores estratégicos sobre los cuales implementar el *whistleblowing* y, por lo tanto, proponer recompensas igualmente estratégicas. Muy seguramente incentivos básicos como acceso a programas estatales de vivienda y educación no son suficientes para desmantelar redes de corrupción que manejan amplias cantidades de recursos y esquemas muy sofisticados de operación.
- Resulta necesario evitar la creación de más “comisiones” responsables de estos temas y más bien asignar el desarrollo de esta función tan prioritaria y estratégica en la lucha contra la corrupción a una entidad autónoma, idealmente fuera del Poder Eje-

cutivo y con capacidad técnica, autonomía presupuestaria e independencia política. Una opción podría ser la nueva Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

- También resulta necesario construir desde experiencias exitosas, por ejemplo, de la Superintendencia de Industria y Comercio o de la Superintendencia de Sociedades, entidades que ya implementan incentivos incluso para investigaciones en materia de soborno transnacional (Supersociedades), así como considerar las condiciones institucionales que les han permitido ser exitosas en esta tarea (por ejemplo contar con mayor capacidad, presupuesto, equipo técnico y sistemas avanzados).
- Por supuesto resulta completamente necesario y fundamental revisar qué ha pasado con el principio de oportunidad y cómo se puede aprovechar, incluso entendiéndolo como parte del conjunto de incentivos que ya existen en el marco jurídico colombiano para la denuncia. En este sentido, el rol de la Fiscalía General de la Nación es fundamental, así como la articulación con iniciativas de la Contraloría General de la República.
- Resulta también relevante vincular a este tema la reparación de daño social causado por delitos de corrupción, en la medida en que dicha reparación puede constituirse en una fuente de ingresos para la entrega de recompensas, sin necesidad de generarle cargas fiscales al Estado. Actualmente el Ministerio de Justicia y Transparencia por Colombia estamos desarrollando una iniciativa para fortalecer el concepto y el eventual uso legal del daño social en Colombia, a la cual invitamos a las entidades estatales, sociales y privadas presentes a sumarse.
- Finalmente, consideramos que para Colombia resulta también muy relevante aprender de la experiencia de denuncia, protección e incentivos desarrollada en Brasil en los últimos años para destapar esquemas sofisticados de corrupción como Lava-Jato. Si bien el modelo de Estados Unidos claramente explicado por el Dr. Cepeda en su documento es el más avanzado en el mundo, el contexto en el cual se han implementado medidas como los *leniency agreements* en Brasil puede arrojar lecciones muy relevantes para Colombia.

Desde Transparencia por Colombia reiteramos nuestra disposición y compromiso para sumar esfuerzos orientados a impulsar este tema estratégico en el país.

CAPÍTULO 3: SISTEMA POLÍTICO Y CORRUPCIÓN

I. RECOMENDACIONES PARA MEJORAR LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y DISMINUIR LOS INCENTIVOS AL ABUSO DEL PODER POLÍTICO

Mónica Pachón

RESUMEN EJECUTIVO

¿Se puede/debe fortalecer a los partidos políticos?

Al igual que otros países de la región y en vía de desarrollo, en Colombia existe una generalizada percepción sobre los altos niveles de corrupción. La mayoría de los esfuerzos por tratar de explicar este fenómeno se han centrado en la relación que existe entre las reglas electorales o el régimen de sanciones y los incentivos que generan a los representantes elegidos. Sin embargo, la literatura reciente ha destacado la importancia de analizar el fenómeno de la corrupción a partir de dos nuevas perspectivas:

1. Observar el conjunto de reglas que constituyen el régimen político y el sistema de delegación como un todo (Fukuyama, 2016), y no enfocarse exclusivamente en los pesos y contrapesos generados por las reglas de juego del sistema electoral.
2. Recordar que a diferencia de la expectativa normativa de que los ciudadanos pueden ejercer un control efectivo de rendición de cuentas, el mecanismo a través del cual los vetos y contrapesos son efectivos, es por medio de los incentivos creados por las instituciones a las elites políticas y no a los votantes (Chan y Golden, 2007).

En este sentido, a pesar de que en nuestro contexto los votantes valoran y privilegian la independencia de los políticos frente a los partidos –dado el pasado bipartidista y oligárquico, y la baja reputación de estas colectividades por su relación con prácticas clientelistas– **este documento propone que, para mejorar la representación política y disminuir los incentivos del abuso del poder, es necesario priorizar y fortalecer la capacidad colectiva de la élite política dentro los partidos–estableciendo al partido y no al individuo como agente de representación–, así como consolidar los mecanismos de vetos políticos sobre los judiciales o policivos.** El resto de este artículo presenta y resume presenta seis recomendaciones principales para mejorar cualitativamente el sistema de representación.

Recomendación 1: Promover la participación de los candidatos independientes en elecciones ejecutivas dentro de los partidos políticos

Hoy Colombia cuenta con dos tipos de legislación en cuanto a la presentación de candidatos. Por una parte, se regula la responsabilidad colectiva de los partidos políticos frente hechos cuestionables en las elecciones de cuerpos colegiados. Por otra parte, existe un sistema paralelo donde los candidatos tienen la posibilidad de lanzarse como independientes por firmas para cualquier corporación. Lo anterior se ha convertido en la ventana de oportunidad para las elecciones ejecutivas, pues los candidatos cuentan con múltiples ventajas cuando participan por fuera del sistema:

- Los requisitos para la candidatura son mínimos: máximo 50.000 firmas.
- Mayor tiempo de duración de las campañas políticas: La campaña arranca con la recolección de las firmas (6 meses antes de la elección, mientras que un candidato con el aval de un partido cuenta con 3 meses).
- No están sujetos a la misma regulación para el financiamiento de campañas.
- En las elecciones para gobernador o alcalde, pueden evadir la doble militancia y sus potenciales sanciones.

A partir de esto, **la recomendación es disuadir la participación de los candidatos independientes en las elecciones ejecutivas a través de comités significativos de ciudadanos, mediante el incremento radical del umbral de participación o la exigencia de un aval por parte de un partido político.** En otras palabras, que **jueguen bajo las mismas reglas electorales que aquellos que quienes se presentan para las elecciones legislativas**, y tengan los incentivos alineados para pertenecer al sistema político.

Recomendación 2: Unificación del calendario electoral nacional

El hecho de que exista una diferenciación en las reglas de juego para las elecciones ejecutivas y legislativas genera lógicas y estrategias separadas para cada contienda. En el caso de las elecciones nacionales, el calendario electoral se ha mantenido separado –las elecciones legislativas primero que las presidenciales–, por lo que la elección legislativa se vuelve determinante para el desempeño de los candidatos a la presidencia, pero irónicamente no para mejorar la gobernabilidad del sistema. El hecho de que las elecciones no ocurran en la misma fecha genera problemas de coordinación entre los partidos que compiten, pues terminan en negociaciones postelectorales que pueden ir en contravía de la voluntad de los votantes.

En este sentido, **la recomendación es que se unifique el calendario electoral de las elecciones nacionales para generar un efecto de “arrastre”, en donde la primera vuelta presidencial se realice con las elecciones legislativas.** Dada la importancia relativa de las elecciones ejecutivas sobre las legislativas para los votantes y el debate público, la coordinación ocurriría por medio del “arrastre” que generan las elecciones ejecutivas sobre las legislativas, donde los votantes toman una decisión para el cargo ejecutivo que extrapolan a los cargos colegiados. Así, en países como Uruguay se ha demostrado que una fecha única para todas las elecciones genera (Altaman, 2013):

- Mayor participación del votante medio.
- Permite diferenciar las plataformas de los partidos.
- Menor desgaste que un calendario separado, en los cuales puede darse comportamiento estratégico de los votantes eligiendo candidatos inviables.

Recomendación 3. Cambio de la regla electoral para la elección de Senado

En los últimos años, la discusión sobre el cambio de las reglas electorales ha girado entorno a eliminar la posibilidad de presentar candidatos mediante listas abiertas. Aunque la evidencia empírica de la relación entre las reglas electorales y la corrupción no es definitiva, recientes investigaciones enfocadas en el tamaño de los distritos electorales han demostrado que la percepción de corrupción es mayor en la medida que aumenta el tamaño del distrito en sistemas proporcionales de lista abierta, y menor en los sistemas proporcionales de lista cerrada (Chang y Golden, 2007). En este sentido, **la recomendación es que el Senado se convierta en la instancia donde los líderes de los partidos político se unan alrededor del partido político. Así, la propuesta es establecer una lista combinada, en la que los primeros 5 renglones tengan “puestos fijos” en la lista, y que los demás puestos en la lista sean**

por voto preferente. De esta forma, se dan incentivos para que los grandes electores del partido no compitan entre ellos y busquen promover el partido.

Recomendación 4. Actualización del Reglamento del Congreso¹

El reglamento interno del Congreso no ha sido modificado de forma estructural desde 1992. Así, comparado con otros países de la región, no se cuenta con la información básica de actividad legislativa, no se reportan autores de enmiendas y no se permite la utilización de herramientas tecnológicas para la conducción del proceso legislativo. Por lo tanto, se sugiere:

1. **Permitir la reelección por un período de máximo dos años en las presidencias de las comisiones y cámaras.**
2. Optimizar el proceso de citación al interior del Congreso, por lo que se deben establecer plazos de respuesta razonables, y crear un cuestionario para seguir un formato único de respuesta.
3. Limitar el número de ponentes cuando la ponencia de un proyecto de ley es colegiada.
4. **Prohibir las votaciones a los “pliegos de modificaciones” y no al proyecto original o aprobado inmediatamente anterior en las comisiones o plenarias.**

Recomendación 5: Cambio en el régimen de financiación de campañas políticas: Anticipos efectivos, transparencia y limitación del tiempo de campañas.

Existen diferentes elementos determinantes que ofrecen oportunidades para la corrupción a partir de los problemas con la financiación de las campañas políticas. La relación perversa entre las élites políticas y económicas al tener extrema dependencia de recursos privados, el complejo proceso de obtención de recursos públicos, y la falta de información y rendición de cuentas alrededor del financiamiento de las campañas, son algunos ejemplos. Así mismo, la relación que existe entre la financiación de campañas, la contratación pública y el nombramiento de funcionarios es bastante problemática.

Frente a lo anterior, siempre existe la tentación de pensar que un mayor monitoreo, y sanciones más estrictas frente al tope y reporte de las campañas son la solución; sin embargo, nuestra propuesta gira alrededor de dos puntos:

1 Esta recomendación está basada en un trabajo previo realizado siendo directora del Programa Congreso Visible con el Instituto de Ciencia Política, en el que nos unimos varias organizaciones para proponer un cambio al Reglamento del Congreso. Ver por ejemplo: http://prezi.com/ohive7reuz3w/?utm_campaign=share&utm_medium=copy&rc=ex0share

1. **Mayor financiación pública por medio de anticipos² y financiación indirecta para atenuar el problema de la dependencia de recursos privados.**
2. **Buscar mecanismos para hacer respetar los tiempos de las campañas políticas establecidas de forma ordinaria en la ley 1475 del 2011, independientemente del tipo de candidatura.**

Recomendación 6: Cambio en el régimen de nombramiento y selección del Consejo Nacional Electoral

El mecanismo de elección y la composición partidista de los miembros que conforman el Consejo Nacional Electoral ha generado que se considere como una autoridad electoral poco independiente y, por lo tanto, se perciba una baja confianza en la imparcialidad de la toma de sus decisiones. Este sistema, que además permite la reelección de los magistrados, puede dar lugar a una compleja relación entre el ente supervisor, los parlamentarios y el gobierno. **Por lo tanto, la propuesta para garantizar la independencia de la entidad sería que:**

- **El Consejo de Estado, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Presidencia de la República presentarían dos ternas – para un total de 24 candidatos–, y el Congreso en pleno elegiría a los magistrados por mayoría calificada.**
- **El período de los miembros pasaría de cuatro a ocho años sin la posibilidad de reelección.**

² Aquí hacemos eco a la recomendación manifestada en diversos escenarios por Juan Fernando Londoño y la propuesta de la MEE, quienes sugieren diferenciar los costos por tipo de campaña.

1. DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA ELECTORAL: ¿SE PUEDE/DEBE FORTALECER A LOS PARTIDOS POLÍTICOS?

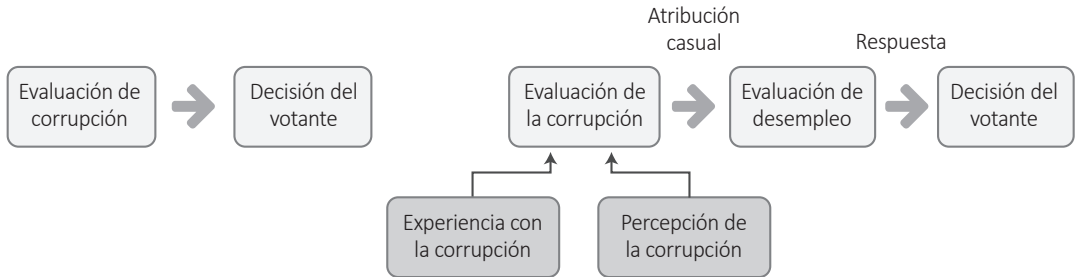
Colombia, como muchos de los países en vía de desarrollo, tiene una alta tasa de percepción de corrupción. Las causas de la corrupción son multicausales, sobre las cuales este libro y otros documentos discuten. Gran parte del esfuerzo desde la ciencia política para explicar estas variaciones entre países con diversos niveles de desarrollo se ha centrado en observar la relación que existe entre cierto tipo de diseños institucionales y los incentivos de los representantes electos para desviar o apropiarse de los recursos públicos (Treisman, 2007).

En general, esta literatura tiene un sesgo normativo democrático, considerando a la democracia como aquel régimen político que ofrece mayores garantías para disminuir los incentivos para que exista corrupción. La existencia de competencia política genera el contexto idóneo para que la élite política monitoree la provisión de servicios de tal forma que, si hay inconformidad, existan cambios en la estructura de poder donde las alternativas ofrezcan una mejor provisión de los bienes públicos.

Ante la obsesión por observar únicamente las reglas electorales o el régimen de sanciones de los funcionarios públicos como las soluciones, autores reconocidos en estos temas advierten la necesidad de observar todo el régimen político y no únicamente una institución de forma aislada (Fukuyama, 2016). La existencia de balances y contrapesos, de jugadores con poder de veto no se remiten de forma única al sistema electoral, sino al conjunto de reglas que constituyen el sistema de delegación.

Es importante **subrayar que el mecanismo por el cual se dan los vetos y los contrapesos es por medio de los incentivos que crean las instituciones a las élites políticas y no a los votantes**. Autores como Golden (2006) y Chang y Golden (2007) han demostrado que, a diferencia de la expectativa normativa en la que los ciudadanos están en capacidad y tienen el interés de controlar a quienes han sido elegidos, en países como Italia, Estados Unidos y Japón donde la corrupción es un tema cotidiano con numerosos escándalos que vinculan legisladores, sólo alrededor del 10% de los votantes privilegian la lucha contra ésta sobre otras dimensiones como la ideológica o la más personal de provisión de servicios.

Ilustración 1. Relaciones entre evaluación de la corrupción y la decisión del voto: el modelo tradicional versus el modelo revisionista.



Fuente: De Vries y Solaz (2017)

La ilustración 1 resume el supuesto tradicional en el que se establece que los votantes son retrospectivos y que actualizan sus preferencias a partir de nuevos hechos/escándalos, valorando este tema sobre otros. En este modelo, no existen problemas de información, y se tiene el supuesto que los ciudadanos privilegian este factor sobre otros.

En el segundo modelo, el cual representa los avances más recientes en la investigación empírica, se sugiere que los votantes tienen información previa (experiencia con la corrupción y/o percepción sobre la corrupción), y que es a partir de ahí que se hacen las evaluaciones sobre corrupción en donde este criterio puede importar o no, y así finalmente se toma la decisión de votar.

La discusión sobre cómo el sistema electoral facilita o impide la existencia de una sanción por parte de los votantes no es un tema menor, pero debe siempre darse contextualizada. Es prudente reconocer, gracias a los nuevos estudios, que los prejuicios y creencias de los votantes son una parte importante de esta historia. La cultura política y la relación existente entre la élite política y los votantes puede ofrecer otro tipo de raciocinio.

Por esto, cuando se discute la necesidad de establecer ciertas reglas de juego que disminuyan la personalización actual de la política en el sistema político colombiano —estableciendo al partido y no al individuo como agente de representación—, a este discurso se contraponen argumentos que alertan sobre el pasado elitista y bipartidista de la democracia “bloqueada” al que muchos atribuyen el origen de la violencia. Si bien nuestra política siempre ha sido personalista, la existencia del bipartidismo y el excesivo centralismo han hecho que la percepción de los partidos en nuestro caso, hayan representado más un costo que un beneficio para la construcción de bienes públicos.

A pesar de que en nuestro contexto los candidatos independientes tienen mejor reputación y los votantes valoran la independencia de los partidos, la evidencia científica apunta a priorizar y fortalecer la capacidad colectiva de la élite política en los partidos, y la necesidad por la consolidación de vetos políticos sobre los judiciales o policivos. La desorganización en la representación política por la alta personalización incentiva el abuso de poder por quienes ejercen cargos de elección popular. De esta forma, vemos ejemplos permanentes en donde se legisla en favor de los intereses de minorías bien organizadas estableciendo rentas en contravía del bienestar de la mayoría.³ De igual forma, se influye en la elección de personal para cargos públicos en contraprestación al apoyo electoral⁴, y se favorece intereses en la contratación pública de financiadores de campañas, en las que se violan los principios de transparencia y competencia para la construcción de infraestructura.

Luego de una breve introducción sobre la historia reciente de las reformas electorales colombianas, este capítulo hace un recuento de algunas de las reglas que, modificadas, podrían mejorar cualitativamente la representación, y que podrían tener viabilidad en medio de nuestro contexto. De esta forma, las reformas que aquí se proponen buscan disminuir la personalización, sin que eso signifique eliminar las posibilidades de participación independiente en nuestro contexto. Creemos que la viabilidad es un criterio fundamental. Como es bien sabido, son los políticos quienes finalmente aprueban las reformas y debe existir un juego de suma positiva para que ellos accedan a modificarlas (Negretto, 2012; Colomer, 2007).

2. CONTEXTO HISTÓRICO: ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LAS REFORMAS POLÍTICAS RECIENTES

En Colombia, la discusión sobre el clientelismo siempre ha permeado el debate académico y político (Leal Buitrago y Ladrón de Guevara, 1991; Ocampo, 2014). Luego del Frente Nacional, el incremento de las tasas de reelección de los legisladores, la existencia de auxilios parlamentarios y la fragmentación de los partidos políticos que impidieron reformas estructurales exacerbaban esa visión negativa de la política (Archer y Shugart, 1997). Este discurso fue precisamente el que tiñó la nueva visión que se consolidó con la Constitución de 1991, con la cual se eliminaron los umbrales para la participación de candidatos independientes, en contraposición al privilegio que se dio a los partidos políticos durante y después del Frente Nacional. La idea detrás de estas reformas era que la democratización de todos los

3 Ver por ejemplo: Olivera, Pachón y Perry. 2010. La economía política de la reforma fiscal – El caso de Colombia en http://www.iadb.org/es/investigacion-y-datos/publication-details,3169.html?pub_id=IDB-WP-181

4 Según Newman y Ángel (2017), “92% de las alcaldías no realizan procesos de méritos para la vinculación de sus empleados.”

espacios de participación y la cercanía de los políticos con la ciudadanía, podrían generar una mejor rendición de cuentas.

Así, las reglas resultantes privilegiaron los candidatos independientes sobre los partidos en la repartición de curules, en la financiación de campañas, permitiendo la doble militancia y la formación de movimientos adscritos a partidos. Estos esfuerzos se complementaron con un modelo de democracia participativa, en la que diversos mecanismos aseguraron al ciudadano cercanía con el gobierno y sus decisiones, sin necesidad de los partidos políticos como intermediarios.

Sin embargo, la evidencia de los efectos de estas medidas demuestra que las reglas electorales instauradas en la Constitución hicieron crisis rápidamente (Dugas, 1993; Rodríguez Raga y Botero, 2006). Por ejemplo, la idea de un Senado nacional en donde los candidatos representasen un electorado más amplio, en un sistema en donde competían individuos y no partidos, rápidamente se convirtió en una ironía (Pachón y Shugart, 2010; Botero, 1997). La evidencia sugiere que los senadores más tradicionales lograban reelegirse con menos votos – y con una independencia tal que les permitía actuar como agentes independientes ante el gobierno. Igualmente, en el ámbito descentralizado, los alcaldes locales lograron poner en jaque las finanzas públicas al utilizar mecanismos de endeudamiento y gasto desmesurado⁵, siendo protagonistas de escándalos locales y nacionales de corrupción (Olivera, Pachón y Perry, 2010).

Paralelamente, otro detonante del desprestigio de la política vino con los escándalos de la financiación de campañas a través de recursos ilegales por el auge del narcotráfico. Al diluirse los umbrales de participación y la responsabilidad de los partidos en medio de una mayor personalización de actividad política, estas organizaciones ilegales idearon diversos mecanismos para influir en el Congreso, en los gobiernos departamentales y municipales, y en los organismos de control (Gutiérrez, 2007). Como consecuencia de esto, la discusión sobre la necesidad de cambiar las reglas electorales para darle más orden al sistema político y transparencia a la financiación de la política volvió a ocupar un primer plano en la agenda pública (Cepeda, 2011). El patrón de estas reformas fue siempre el de modificar las elecciones a cuerpos colegiados, buscar establecer fuentes públicas de financiación para las campañas electorales, sin que esto significara un rompimiento con el modelo de democracia participativa instaurado en 1991. Todas estas reformas, muchas de las cuales lograron llegar a penúltimos debates para su aprobación, fueron hundidas en el último minuto arguyendo la defensa del espíritu participativo de la nueva carta democrática (Pachón, 2010).

5 Desde 1993, el aumento de las transferencias del gobierno nacional generó un aumento significativo de los ingresos subnacionales, y las regiones utilizaban estos nuevos ingresos para aumentar su capacidad de endeudamiento. De hecho, entre 1993 y 1994, la deuda municipal incrementó en un 95% nominalmente, y la departamental en un 114% (Bonet, et al. 2014).

El comienzo de siglo coincide con la crisis institucional asociada al fracaso del proceso de paz liderado por el presidente Andrés Pastrana (1998- 2002) y el incremento de la violencia consecuencia del enfrentamiento entre paramilitares y fuerzas guerrilleras. En el 2002, en medio de la existencia de 72 partidos políticos, la elección de Álvaro Uribe Vélez –un liberal-independiente que gana por primera vez en primera vuelta desde la expedición de la Constitución de 1991– generó el ambiente propicio para la aprobación de una nueva reforma al sistema electoral. Uribe, quien prefirió lanzarse por firmas a la presidencia⁶ y que inicialmente no reconoció al Congreso como aliado para sus reformas, decidió buscar la aprobación de un largo referendo que, entre otras cosas, buscaba la reducción del tamaño del Congreso a la mitad (Pregunta No. 6).

La inminencia del referendo y la popularidad del presidente hizo que el Congreso retomara la reforma que fracasó en el 2001, la cual modificaba tres reglas principales. La primera era el establecimiento de una lista única por partido (con opción de lista abierta o cerrada), la segunda era la creación de un umbral (2 % inicial), y la tercera era la de imponer el sistema de cifra repartidora para la distribución de curules, reemplazando la formula Hare (Pachón y Shugart, 2010). Con esta reforma aprobada, y el fracaso del referendo por no alcanzar el último 0.85% en promedio de la participación requerida, se cambiaron las reglas del sistema electoral para organismos colegiados. De esta forma, se volvió a dar un rol a los partidos políticos como mínimas aglomeraciones preelectorales, que debían pasar un umbral. Igualmente, en el año 2005, se aprobó la reforma que permitió la reelección presidencial inmediata, lo cual añadió otros incentivos a la coordinación preelectoral.

La primera prueba del nuevo sistema electoral fue en las elecciones locales del 2003 (concejales municipales, asambleas departamentales), y luego en el año 2006 para las elecciones nacionales (Senado y Cámara de representantes, reelección). Los efectos mecánicos de la reforma fueron inmediatos: El número de partidos disminuyó de forma significativa– de 45 a 22 colectividades políticas para el Senado. Los que antes fueron movimientos más pequeños, buscaron alianzas más amplias para superar el umbral y competir en elecciones (Hoskin y Sánchez, 2006; Puyana, 2012). Si bien el umbral tuvo efectos en el Senado de la República por el tamaño de la circunscripción, este no tuvo el mismo efecto para la Cámara de Representantes o demás circunscripciones locales con menos de 21 curules (Pachón y Shugart, 2010).

Igualmente, la reelección del presidente Álvaro Uribe Vélez también fue determinante para la coordinación. El presidente, quien ganó nuevamente las elecciones como independiente en el 2006, contaba con una amplia coalición que le permitió formar un nuevo partido, fruto

6 En ese momento se requerían 50.000 firmas.

de las escisiones del Partido Liberal y Conservador, y de la unión de muchos legisladores pertenecientes a movimientos: el Partido Social de Unidad Nacional, más conocido como el Partido de la U. El poder de arrastre de Uribe y su popularidad, hicieron que el Partido de la U se convirtiera en la primera fuerza del legislativo (Botero, 2007).

La reforma del 2003 fue complementada por otras reformas como la Ley de Bancadas (2005), y en el segundo período presidencial con el Acto Legislativo del 2009. Por su parte, el Acto Legislativo No. 1 del 2009 estableció mecanismos para permitir las consultas interpartidistas (más mecanismos de coordinación preelectoral), sanciones por el otorgamiento de avales a miembros condenados por delitos por vinculación con grupos ilegales estableciendo la “silla vacía”, autonomía presupuestal y administrativa al Consejo Nacional Electoral entre otras medidas.

Sin embargo, la expectativa de un mejor desempeño legislativo y de representación sufrió un impacto importante con los escándalos de la parapolítica, que develaban conexiones importantes entre un número importante de legisladores y estas organizaciones ilegales. A partir de nuevas denuncias, se establecieron las conexiones históricas de muchos de los líderes paramilitares con los políticos regionales, con las cuales se pudo establecer la profundidad de la penetración de los grupos paramilitares en la política regional y nacional.⁷ La evidencia apuntó de forma contundente a la captura del Estado por parte de estos actores en sus dimensiones más básicas, en una alianza criminal que además de favorecer estos actores en la regulación, resultó en la muerte de líderes sociales, población civil y en la época de mayor violencia de la historia del país.⁸

El escándalo de la parapolítica llevó a que 73 miembros del Congreso fueran investigados por las autoridades judiciales por posibles vínculos con estos grupos armados ilegales, aproximadamente el 30% del total de los miembros de esta institución (Botero, Hoskin y Pachón, 2010). Así mismo, 44 congresistas fueron detenidos entre el 2008 y 2009. Sin embargo, y a pesar de que por la magnitud del escándalo se llegó a involucrar colaboradores cercanos del presidente, los votantes siguieron apoyándolo. La iniciativa ciudadana de un tercer período consecutivo fue aprobada en el Congreso para ser consultado por medio de un referendo, el cual fue frenado por la Corte Constitucional, al declarar la iniciativa popular inconstitucional.

El gobierno de Juan Manuel Santos, elegido gracias al apoyo de Uribe, rápidamente se distanció de las posiciones más radicales del anterior gobierno, reanudando las relaciones con

7 Ver Valencia, León (2010). “De Convergencia al PIN”, en Revista EGOB 5.

8 La Captura del Estado se realiza mediante la distorsión de las primeras etapas del desarrollo normativo, legislativo y regulatorio de un Estado acomodándolas a unos intereses, mientras que la corrupción sistémica se refiere a la reproducción de distorsiones en las etapas de implementación y ejecución de leyes, reglas y regulaciones formuladas e instituidas (Banco Mundial, 2000).

Venezuela y aprobando la Ley de Víctimas, vetada por el Gobierno de Álvaro Uribe justo antes de terminar el período legislativo. El rompimiento definitivo entre los dos líderes se dio en 2012, cuando el presidente Santos anunció la existencia de conversaciones y una agenda para la negociación de un acuerdo de paz con las FARC.

El acuerdo de paz firmado entre el gobierno y la guerrilla de las FARC, y en particular lo establecido en el punto 2 sobre participación política, estableció la necesidad de volver a la discusión sobre el sistema electoral, y por eso, la Misión Electoral Especial (MEE) – elegida posterior a la firma del punto – formuló una nueva propuesta de reforma al sistema. La MEE se creó con el objetivo de redefinir los requisitos para la conformación de partidos políticos y el diseño de un sistema de adquisición progresiva de derechos para partidos y nuevos movimientos políticos, por lo que la propuesta tuvo tres ejes fundamentales.

El primero de ellos era la arquitectura institucional electoral, donde se replanteó el diseño de las autoridades electorales con tres instituciones: la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), el Consejo Electoral Colombiano (CEC) y la Corte Electoral (CE). La RNEC conserva las principales funciones que ejerce, como el registro civil, la cedulação, la administración técnica y logística de los procesos electorales y los mecanismos de participación directa de la ciudadanía. El CEC reemplaza al actual Consejo Nacional Electoral, pero sería una organización autónoma e independiente. Así, el nuevo CEC queda conformado por siete magistrados designados por el presidente, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Una de las principales críticas al CNE, es precisamente que los magistrados son ternados y elegidos por los partidos políticos, generándoles obvios conflictos de interés para investigar a los partidos y parlamentarios que los eligieron. Finalmente, propusieron crear una Corte Electoral como órgano especializado de justicia electoral. Sus competencias se enfocan en la resolución de las demandas de nulidad de elecciones, definir la pérdida de investidura y la pérdida del cargo, y las sanciones disciplinarias de funcionarios elegidos popularmente cuando impliquen separación del cargo, entre otras (MEE, 2017).

El segundo eje era el cambio de las reglas del sistema electoral. La principal recomendación era pasar de un sistema de listas abiertas, a uno donde sea obligatorio que los partidos postulen a sus candidatos mediante listas cerradas, con el objetivo de fortalecer la disciplina interna de los partidos, y ofrecer coherencia programática al electorado. Otra de las recomendaciones era la implementación de un sistema electoral mixto para integrar la Cámara de Representantes. El tamaño del Congreso entonces aumenta: 104 representantes elegi-

dos en circunscripciones uninominales y 69 en listas plurinominales, para un total de 174 representantes⁹.

El último eje buscaba cambiar las reglas para el financiamiento de las campañas políticas. Se propuso un sistema de financiación mixto, pero predominantemente estatal, mediante el pago de anticipos, reposición de gastos y financiación indirecta de algunos rubros como parte de la propaganda electoral y el servicio público de transporte el día de las elecciones. Así mismo, se planteó un cambio en la redistribución de los recursos de los anticipos de las campañas y, la reposición de los gastos¹⁰.

También se propuso medidas para controlar la corrupción generada por la personalización excesiva de la política, el clientelismo y el funcionamiento de microempresas electorales. Algunas de las propuestas para mitigar los riesgos de la corrupción contemplaron la reducción de los costos de las campañas políticas, desincentivar las prácticas ilegales (ej. compraventa de votos, ingreso de dineros ilegales, cooptación de la política), y promover la confianza de la ciudadanía en las elecciones (MEE, 2017).

Sin embargo, y a pesar de la coyuntura excepcional ofrecida por la firma de acuerdo de paz con las FARC, la propuesta de la MEE, tras sufrir múltiples modificaciones con respecto al texto original, no fue aprobada. El cambio propuesto significaba una gran incertidumbre para la élite política y su aprobación no aseguraba los resultados prometidos. Así, la reforma política que finalmente se hundió en el Congreso tuvo la misma suerte que los últimos intentos de reformas políticas de este gobierno, por ser considerada al final “un retazo” de pequeñas reformas, que a la postre no resultarían en mejoras sustantivas a la representación.¹¹

Por esto, el gobierno en el 2018 tendrá que pensar en la necesidad de seguir perfeccionando las instituciones que regulan el ejercicio de la política, buscando la viabilidad de las reformas y los aspectos fundamentales a reformar para mejorar la representación política.

En lo que resta del capítulo, se hacen una serie de recomendaciones que pueden aportar en la búsqueda de un sistema político más transparente, con los incentivos adecuados para proveer mayor coordinación preelectoral y trabajo en equipo durante el ejercicio del poder público.

9 El modelo recomendado por la MEE propuso que en cada departamento se eligiera un representante por circunscripción uninominal, y otro por la lista departamental del partido por cada 1% de la población nacional, o fracción superior al 0.5% en exceso del primer 1%. Lo anterior implica que ningún departamento tendría menos de tres representantes a la Cámara.

10 Se entregaría el 50% antes de las elecciones (40% en base a resultados precedentes; 10% de manera equitativa a todas las organizaciones que compiten) y el 50% restante después de los comicios en proporción a los resultados electorales obtenidos.

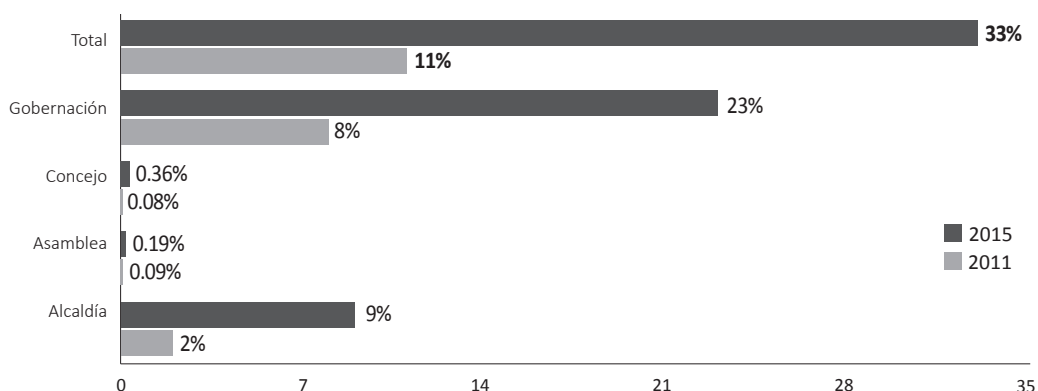
11 Un análisis que sustenta una posición similar, Duque, Tatiana. “Cada quien se lleva un pedazo de la reforma política” en <http://lasillavacia.com/historia/cada-quien-se-lleva-un-pedazo-de-la-reforma-politica-62048>. Agosto 9 del 2017.

3. RECOMENDACIONES

RECOMENDACIÓN 1: PROMOVER LA PARTICIPACIÓN DE LOS CANDIDATOS INDEPENDIENTES EN ELECCIONES EJECUTIVAS DENTRO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Nuestra legislación actual tiene dos extremos. Uno en el que se privilegia la participación partidaria, en donde se busca regular la responsabilidad colectiva de las organizaciones políticas frente hechos cuestionables, pero sólo con efectos en organismos colegiados. El otro es un sistema paralelo donde existe la posibilidad de presentar candidatos independientes por firmas para cualquier corporación. Esta ventana se ha convertido en la regla para las elecciones locales, y en particular para aquellas de la rama ejecutiva desde lo local hasta lo nacional.¹² La ilustración 2 muestra esta tendencia en aumento para las elecciones de alcaldes y gobernadores, en contraste con las elecciones de cuerpos colegiados a nivel local entre el 2011 y 2015. Mientras que en las elecciones para Concejo y Asambleas Departamentales la cifra no supera el 1%, en el caso de las Gobernaciones la proporción de candidatos por firmas, de una elección a otra, aumentó del 8% al 23%. Para las alcaldías, mientras que apenas el 2% de los candidatos se inscribió por firmas en el 2011, en el 2015 lo hicieron el 9%.

Ilustración 2. Comités de grupos significativos de ciudadanos inscritos para elecciones 2011 y 2015



Fuente: Pachón y Muñoz (2017)

¹² Pachón y Muñoz, 2017. "Candidatos por firmas y sistema de partidos", septiembre 18. Puede acceder en: <https://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/10543-candidatos-por-firmas-y-sistema-de-partidos.html>

Y es que, sin duda, existen numerosas ventajas de participar por fuera del sistema. La legislación actual contempla que los grupos significativos de ciudadanos pueden presentar candidatos para cualquier nivel de elección con un respaldo de no más de 50.000 firmas.¹³ Y, aunque en el caso de las elecciones presidenciales este umbral se modificó¹⁴, el número mínimo nunca ha superado las 500.000 firmas. En este sentido, el tener la “salida” del sistema cuando se busca aspirar a un cargo ejecutivo es evidente en nuestro contexto. El resultado de las inscripciones de candidatos en las elecciones presidenciales del 2018 es una prueba clara de lo que ya había ocurrido en el nivel local. El número de candidatos aspirando por firmas a la presidencia se triplicó. Mientras que, en las elecciones presidenciales del 2014, 10 candidatos conformaron comités para la recolección de firmas,¹⁵ para el 2018 más de 28 candidatos lo hicieron.

Otra ventaja es el mayor tiempo de duración de las campañas políticas. Los candidatos independientes inician su campaña electoral 6 meses antes con la recolección de firmas, mientras que quienes se inscriben con el aval de un partido político, deben esperar la inscripción formal, lo que solo les da 4 meses. Así mismo, los candidatos por firmas no están sujetos a la misma regulación para el financiamiento de campañas, por lo que pueden no respetar los topes de los gastos o no rendir cuentas a la autoridad competente. Incluso, cerca de las elecciones, los candidatos pueden negociar algún tipo de coalición con otros partidos o candidatos para fortalecer sus candidaturas. Este es el caso del actual alcalde de Bogotá, Enrique Peñalosa, quien se lanzó por el movimiento “Recuperemos Bogotá” y eventualmente pactó una alianza con el partido Cambio Radical. Finalmente, en las elecciones para gobernador o alcalde, los candidatos por firmas pueden evadir la doble militancia y sus potenciales sanciones, al apoyar distintos candidatos (sin ser del mismo partido) y aumentar su base electoral.

Con base en lo anterior, nuestra recomendación es disuadir la participación de los candidatos independientes en las elecciones ejecutivas –presidente, gobernadores y alcaldes– a través de comités significativos de ciudadanos, **mediante el incremento radical del umbral de participación o la exigencia de un aval por parte de un partido político**. En otras palabras, promover la participación de los candidatos independientes a través de la estructura de un partido político. Para poder llevar a cabo esta reforma se requiere que se presente un proyecto de ley estatutaria que modifique la ley 130 de 1994, que reglamenta los estatutos y disposiciones de los partidos y movimientos políticos. Al ser una ley estatutaria se requiere

13 Según la Ley 130 de 1994, los grupos de ciudadanos podrán postular candidatos con el respaldo de firmas “equivalentes al menos al veinte por ciento del resultado de dividir el potencial electoral por el número de escaños de la respectiva circunscripción. En ningún caso se exigirán más de 50 mil firmas”.

14 Se estableció como umbral un número de firmas equivalente al tres por ciento del total de los votos válidos de la anterior elección presidencial.

15 Duque, 2013. “¿Elecciones sin partidos? Las candidaturas por firmas, sus efectos y defectos”, noviembre 18. Puede acceder en: <https://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/7198-%C2%BFelecciones-sin-partidos-las-candidaturas-por-firmas,-sus-efectos-y-defectos.html>

la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y su trámite deberá efectuarse en una misma legislatura; es decir, entre julio de un año y junio del siguiente. Si esto no ocurre, tendrá que ser presentada nuevamente desde el principio.

En el caso de la inscripción de candidatos por firmas para la presidencia, por ejemplo, es claro que el umbral efectivo de participación es mucho mayor al número mínimo de firmas exigidas por la actual reglamentación, por lo que se debe aumentar este último. De los once comités de grupos significativos de ciudadanos que entregaron firmas para las elecciones presidenciales del 2018, ocho de ellos duplicaron el umbral requerido por la ley. La tabla 1 muestra que el umbral requerido era de 386.148 firmas, pero que el umbral efectivo de participación de los ocho candidatos fue de 755.007 firmas, y que cinco de los ocho candidatos avalados lograron recoger más de un millón de firmas, como en el caso de German Vargas Lleras que recogió más de cinco millones de firmas, lo que demuestra la facilidad de superar el número mínimo de firmas que se exige. Por lo tanto, se requiere que los candidatos para las elecciones de alcaldías, gobernaciones y la presidencia de la República jueguen bajo las mismas reglas electorales que quienes se presentan para las elecciones legislativas, y tengan los incentivos alineados para pertenecer al sistema político.

Tabla 1. Comités de grupos significativos de ciudadanos avalados para las elecciones presidenciales del 2018

Grupo significativo	Candidato	Firmas analizadas	Firmas Válidas
Mejor Vargas Lleras	Germán Vargas Lleras	5522088	2752287
La Patria de Pie	Alejandro Ordoñez Maldonado	2208543	84146
Fuerza Ciudadana	Carlos Eduardo Caicedo Omar	2058720	885599
Poder Ciudadano	Piedad Esneda Cordoba Ruíz	1316386	83679
Compromiso Ciudadano	Sergio Fajardo	1019341	674471
Colombia Humana	Gustavo Francisco Petro Urrego	852345	550337
Ante Todo Colombia	Juan Carlos Pinzón Bueno	86925	569042
Por una Colombia Honesta y Fuerte Marta Lucía	Martha Lucía Ramírez Blanco	82188	440502
	Umbral Efectivo (promedio de firmas válidas y/o analizadas de los candidatos que superaron el umbral del 3%)	1643317	755007.875
	Umbral requerido (3% de los votos válidos elección presidencial previa)	386148	386148
	Umbral Efectivo (promedio de firmas válidas y/o analizadas de los candidatos que superaron el umbral del 3%) (sin German Vargas Lleras)	1089206.857	469682.2857

RECOMENDACIÓN 2: UNIFICACIÓN DEL CALENDARIO ELECTORAL NACIONAL

Como se mencionó en la primera recomendación, uno de los problemas estructurales del sistema electoral colombiano es que existen dos lógicas separadas y con reglas distintas para las elecciones ejecutivas y las legislativas. Si bien las elecciones legislativas tienen un alto nivel de personalización (especialmente a medida que se incrementa el tamaño de la circunscripción), las ejecutivas son completamente personalistas: No existen reglas de entrada y, si existen, al optar por una candidatura independiente éstas se borran de inmediato.

En las elecciones locales estas lógicas conviven de forma paralela y ocurren en la misma fecha, puesto que está dispuesto en el calendario electoral que las elecciones se realicen el mismo día. En estos casos, dada la importancia relativa de las elecciones ejecutivas sobre las legislativas para los votantes y el debate público, la coordinación ocurre por medio del “arrastre” que generan las elecciones ejecutivas sobre las legislativas, donde los votantes toman una decisión para el cargo ejecutivo que extrapolan a los cargos colegiados.¹⁶ Es decir, si voto por el partido X para el ejecutivo, existe una probabilidad alta que vote por ese mismo partido en la elección del concejo, inclusive si esta es de lista abierta. Si los votantes tienen más información y preferencias más sofisticadas, existe la posibilidad de dividir el voto – ya sea por una preferencia normativa (quiero que existan más jugadores con poder de veto) o simplemente de afinidad personal a determinado candidato.

En Colombia, por razones normativas de la “separación de poderes” y otras de conveniencia política que pesaron más al final¹⁷, el calendario electoral de las elecciones nacionales se mantuvo separado, convirtiéndose en un caso excepcional: Las elecciones legislativas primero que las presidenciales. Al no existir un efecto de arrastre evidente para los votantes en las elecciones legislativas, se elimina esa “ventaja” para los candidatos que generalmente se lanzan mediante listas abiertas, pues prevalecen candidatos con maquinarias electorales consolidadas, que prueban inclusive ser inmunes a escándalos de corrupción de sus organizaciones.

Así, la elección legislativa se vuelve determinante para el desempeño de los candidatos a la presidencia, pero irónicamente no para mejorar la gobernabilidad del sistema.¹⁸ El resulta-

16 Existen menos candidatos para elecciones ejecutivas que legislativas, requieren más votos, tienen más cobertura en medios, etc.

17 Durante el Frente Nacional, las fuerzas políticas intra-partidarias se midieron en las elecciones legislativas, que se hicieron antes de la elección presidencial, para poder escoger el primer candidato presidencial en el arreglo consociativo. En 1968 se reformó el calendario electoral uniendo las elecciones, pero en 1977 se volvieron a separar (Gutiérrez, 2002). Después de esta fecha esta tradición se mantuvo, luego del aumento del período de la Cámara a 4 años y la eliminación de las elecciones de mitaca.

18 En un estudio sistemático sobre las elecciones latinoamericanas entre 1945 y 1995, Mainwaring y Shugart (1997) encuentran que las mayorías parlamentarias favorables al presidente de la República son mucho más frecuentes en los casos de elecciones simultáneas. En más

do, probado sistemáticamente, es que sistemas que tienen las elecciones presidenciales y legislativas en días diferentes tienen un mayor número de partidos (Jones, 1995; 1999), que terminan en negociaciones postelectorales que pueden ir en contravía de la voluntad del elector. Esto se vuelve aún más prominente si consideramos que en Colombia se impuso el sistema de doble vuelta para la elección presidencial, generando muy pocos incentivos a los candidatos para la coordinación preelectoral en la primera vuelta.

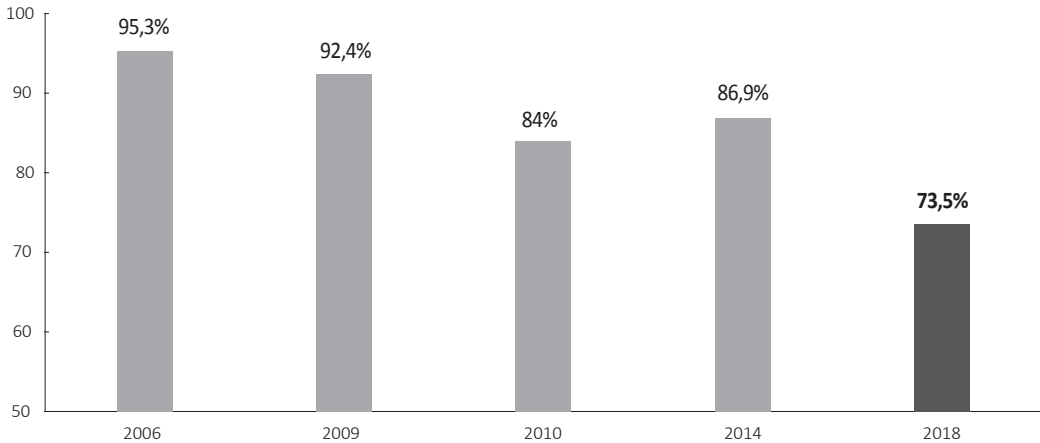
La unificación del calendario electoral en elecciones nacionales en donde la primera vuelta presidencial se realice con las elecciones legislativas puede rescatar el efecto de arrastre y generar un mayor incentivo a la coordinación preelectoral para obtener mayorías en el Congreso. **Esta reforma puede además dar mayor transparencia a las coaliciones preelectorales** y mayor posibilidad a aquellos candidatos con menor experiencia legislativa por el efecto de arrastre que tendría el candidato presidencial. Este es el caso de Brasil, donde existió igualmente un calendario electoral separado desde 1988 hasta 1994. Luego se unificó la primera vuelta y la elección legislativa, disminuyendo el número de candidatos a la presidencia y mejorando la coherencia entre la elección legislativa y ejecutiva. De esta forma, además, se acercan más las lógicas de sistemas que ahora funcionan de forma más independiente.¹⁹ Al igual que la anterior recomendación, modificar el calendario electoral implica la introducción de un proyecto de ley estatutaria que modifique el artículo 207 del decreto 2241 de 1986, para que la primera vuelta— de elecciones conjuntas del presidente y el Congreso— se lleven a cabo el segundo domingo de marzo.

Finalmente, **se recomienda que de darse consultas inter-partidarias, éstas se realicen el mismo día**. La ilustración 3 muestra el alto porcentaje de abstención en las consultas internas de los partidos para elegir candidatos para las elecciones presidenciales y del Congreso. El nivel de abstención supera el 80%; sin embargo, es interesante resaltar que en el 2018 se registra el porcentaje más bajo de abstención, debido a que varios partidos decidieron celebrar en conjunto las consultas internas para la elección de los candidatos presidenciales. En este sentido, está demostrado en países como Uruguay que una fecha única para todas las elecciones genera mayor participación del votante mediano, permite diferenciar las plataformas de los partidos y genera menor desgaste que un calendario separado en el cual puede darse un comportamiento estratégico que termine eligiendo candidatos inviables (Altman, 2013).

de la mitad de las elecciones (54,3 %) con calendario unificado y fórmula electoral de mayoría relativa, el partido o coalición que apoyó al presidente obtuvo la mayoría de los escaños en las dos cámaras o la cámara única de la legislatura.

19 Idealmente, se debería poder condicionar la segunda vuelta a los resultados de la primera, en la cual ya no se gana únicamente con más del 50% de los votos, sino que los candidatos pueden ganar en primera vuelta si obtienen más del 40% de los votos y una distancia entre el primero y segundo candidato de más del 10%.

Ilustración 3. Porcentaje de abstención en las consultas internas para elegir candidatos de los partidos a la Presidencia y Congreso (2006-2014)



Fuente: Elaboración propia, datos de la RNEC

RECOMENDACIÓN 3: CAMBIO DE LA REGLA ELECTORAL PARA LA ELECCIÓN DE SENADO

Por varios años, la discusión sobre el cambio de las reglas electorales ha girado en torno a un cambio de un sistema de listas abiertas, a uno donde sea obligatorio que los partidos postulen a sus candidatos mediante listas cerradas. En la última reforma política presentada por el Gobierno, como resultado de los acuerdos de paz con las FARC, se propuso eliminar la posibilidad de elegir candidatos mediante listas abiertas para el Congreso de la República. De acuerdo con la MEE (Misión Electoral Especial), esta regla generaría “partidos más cohesionados, programáticos, capaces de ofrecer una voz unificada hacia el electorado y de cara a las políticas públicas” (MEE, 2017, p. 5). De igual forma, varios analistas y académicos creen que acabar con el voto preferente reduciría el costo de las campañas, fortalecería los partidos, y atacaría los problemas de corrupción. Sin embargo, la propuesta no logró sobrevivir a su segundo debate en el Congreso²⁰.

²⁰ En la reforma electoral del 2003 también se propuso el cambio de listas abiertas a cerradas; sin embargo, en el séptimo debate el Partido Conservador manifestó su interés de no votar a favor de la reforma a menos que se introdujera en el artículo 13 la posibilidad de optar por el mecanismo de voto preferente (Ver Vélez, et al, 2006). En la reforma de equilibrio de poderes del 2015, por la falta de consenso, en el sexto debate de la reforma, el Senado tumbó la obligatoriedad de las planchas cerradas.

Si bien la evidencia de la relación entre diversas reglas electorales y la corrupción es mixta, Chang y Golden (2007) han logrado desenredar la discusión con una aproximación metodológica más acertada, haciendo su análisis a nivel de circunscripción. Los autores muestran que la percepción de corrupción es mayor en la medida que aumenta el tamaño del distrito en sistemas proporcionales de lista abierta, y menor en los sistemas proporcionales de lista cerrada. Solo en distritos de tamaño menor a 15, las listas cerradas son asociadas positivamente a la percepción de corrupción.

Como consecuencia de lo anterior, y para proponer una modificación viable al Senado de tal forma que sea el órgano aglutinador de los líderes de partido, se propone aquí cambiar la regla electoral para combinar los incentivos de los líderes a aglutinarse y hacer “partido”, con los prevalentes en el sistema para votar por candidatos a nivel individual.

La recomendación puntual es establecer una lista combinada, en la que los primeros 5 renglones tengan “puestos fijos” en la lista, y que los demás puestos en la lista sean por voto preferente. Esto permitiría a los líderes de partido hacer campaña conjunta, enviar mensajes de unidad, al mismo tiempo que se permite a los candidatos por voto preferente el competir por las demás curules. La consecuencia natural de esta reforma es que, aunque se incrementa el umbral interno para obtener una curul, al igual se dan incentivos para que los grandes electores del partido no compitan entre ellos y busquen promover nuevos liderazgos, al mismo tiempo que promueven el partido. Eventualmente, esta nueva regla podría sugerirse para circunscripciones mayores a 21 curules, con incentivos de financiación a quienes decidan “cerrar” aún más la lista para estas grandes circunscripciones. Esta recomendación requiere una reforma constitucional para modificar el artículo 262 de la carta política. Por lo tanto, se debe presentar un acto legislativo que debe completar los ocho debates correspondientes en ambas cámaras en un lapso no superior a dos períodos legislativos consecutivos, y en la segunda vuelta del trámite legislativo, el proyecto debe ser aprobado por la mayoría absoluta de los miembros.

RECOMENDACIÓN 4: ACTUALIZACIÓN DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO²¹

Es difícil lograr, y al mismo tiempo peligroso, que un sistema altamente personalista cambie su naturaleza de un día para otro. La élite política defiende estas reglas y las protege porque les permite ser agentes independientes, y así mismo los ciudadanos privilegian el personalis-

21 Esta recomendación está basada en un trabajo previo realizado siendo directora del Programa Congreso Visible con el Instituto de Ciencia Política, en el que nos unimos varias organizaciones para proponer un cambio al Reglamento del Congreso. Ver por ejemplo: http://prezi.com/ohive7reuz3w/?utm_campaign=share&utm_medium=copy&rc=ex0share

mo por su desprecio histórico a los partidos políticos. Diferentes experimentos demuestran que, ante cambios drásticos, los ciudadanos privilegian candidatos “populistas” sobre aquellos que tienen alguna trayectoria política (Magaloni, 2017).²²

El problema natural que surge de la personalización de la política es la imposibilidad de hacer seguimiento al legislador una vez electo. El Congreso es un organismo complejo, que basa su funcionamiento en la división del trabajo por comisiones, y donde mucho de lo que se logra dependen de su posición relativa con respecto al ejecutivo. Como no existen atajos de información efectivos en el sistema colombiano, gran parte del proceso ocurre lejos de los ojos del votante, y es aquí donde las herramientas de información entre congresistas cobran vital importancia para hacer control político.

El actual Reglamento del Congreso de la República no ha sido revisado estructuralmente desde hace ya más de tres décadas. Así, Colombia comparado con países como Chile o Brasil no cuenta con la información básica de actividad legislativa, no reporta autores de enmiendas y no permite la utilización de herramientas tecnológicas para la conducción del proceso legislativo. Los “micos” legislativos son frecuentes, sin que se sepan quién los introdujo, si fueron votados, y que se adviertan sus consecuencias antes de ser finalmente aprobados.

De esta forma, la reforma debe compatibilizar el trabajo legislativo con la lógica de bancadas, estableciendo prioridad al trabajo que hacen los partidos sobre aquellos de los legisladores a título personal. Por esto, se sugiere que las vocerías al interior del Congreso se establezcan con un rol más prominente que les permita ser reelegidos, estableciendo una posición respecto del gobierno tal y como lo establece el Estatuto de la Oposición.

Para fortalecer el rol del Congreso y el liderazgo de la élite política, es importante igualmente hacer de las presidencias de las comisiones y de las cámaras roles en los que se permita la reelección por un máximo de dos años, lo que permite a los partidos tener un liderazgo en temas de política pública centrales, y poder relativo frente al ejecutivo.

Otro de los temas que debe ser abordado es el del control político. Es importante optimizar el proceso de citación al interior del Congreso para establecer plazos de respuesta razonables, a la vez que tener un cuestionario para seguir un formato único para los textos de las proposiciones, sin el cual no puedan ser aprobadas. Al mismo tiempo, es importante

22 Magaloni, Beatriz. Tinker Conference, “The Rule of Law in Latin America”. Diciembre 8, 2017. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=VJiucEYS-Hs>.

mejorar en materia de publicidad y acceso a la información por parte de la ciudadanía, para avanzar en los mecanismos de rendición de cuentas.²³

Finalmente, y con el propósito de fortalecer el proceso del trámite legislativo es necesario hacer cumplir el principio de publicidad de las enmiendas introducidas a los proyectos de ley, y limitar el número de ponentes cuando la ponencia es colegiada. Debe acabarse con la tradición de las votaciones a los “pliegos de modificaciones” y no al proyecto original o aprobado inmediatamente anterior en las comisiones o plenarios. Esto impide hacerles seguimiento a los proyectos y generan problemas legales posteriores que hasta pueden llegar a inviabilizar el proyecto.

Las enmiendas a los proyectos de ley que se discutan en las comisiones de conciliación deben contar con actas detalladas en las que se conozcan las modificaciones introducidas, además de establecer un sistema de votaciones nominales para tener certeza de quienes son los parlamentarios que propusieron los cambios.

Para poder actualizar el reglamento actual del Congreso, es entonces necesario radicar una ley orgánica ante el Congreso, que modifique la ley 5 de 1992. Se requiere modificar varias partes del articulado, entre ellas el artículo 40, donde se estipula la composición y período de las Mesas directivas de las Cámaras y las Comisiones. A su vez, la eliminación de la comisión cuarta implica la modificación del artículo 54 y 169 del reglamento interno, para definir de forma más clara las funciones que puede asumir la comisión tercera, y así eliminar la comisión cuarta. Con respecto a la optimización de los procesos de citación en el Congreso, es necesario modificar la sección décima, sección 1 y 2, y para fortalecer el trámite legislativo, para hacer cumplir el principio de publicidad, los artículos 160 al 164, que tratan sobre la presentación de enmiendas a los proyectos de ley. Por último, se requiere modificar el artículo 188 sobre los informes y plazos de las comisiones accidentales.

RECOMENDACIÓN 5: CAMBIO EN EL RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN DE CAMPAÑAS POLÍTICAS: ANTICIPOS EFECTIVOS, TRANSPARENCIA Y LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE CAMPAÑAS.

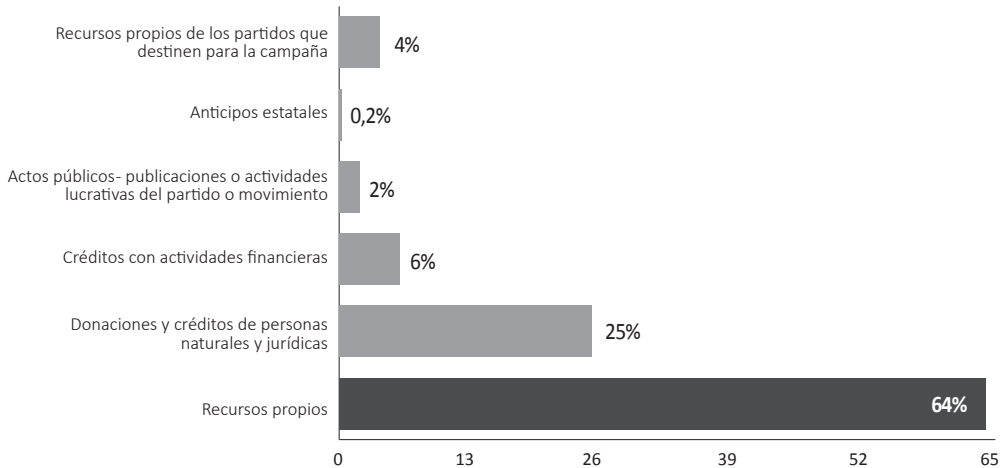
El tema de la falta de control y transparencia en la financiación de la política y las campañas electorales ha estado en la agenda pública por mucho tiempo. La relación perversa entre las

²³ Así, la recomendación es que las proposiciones de las citaciones sean publicitadas en la Gaceta oficial del Congreso y en la página web para hacer un uso más eficiente de las herramientas digitales. Con respecto a los plazos de respuesta y el proceso mismo de la citación, por una parte, se debe prohibir que un funcionario sea citado a dos comisiones o plenarios de forma simultánea, por otra parte, una vez aprobada y publicada la citación, los funcionarios deben ser notificados en un plazo máximo de tres días, y tener ocho días de plazo para contestar el cuestionario.

élites políticas y económicas al tener extrema dependencia de recursos privados, el complejo proceso de obtención de recursos públicos, y la falta de información y rendición de cuentas alrededor del financiamiento de las campañas son la puerta de entrada para posibles fuentes de corrupción. Tal y como lo exponen Perry y Saavedra (2017), en el capítulo introductorio de este volumen, uno de los elementos determinantes que ofrecen oportunidades para la corrupción es la relación que existe entre la financiación de campañas, la contratación pública y el nombramiento de funcionarios. La entrada y salida de funcionarios y contratistas con el cambio de ciclo electoral, la intervención de los Congresistas en los procesos de contratación directa, de quienes a su vez son quienes financian sus campañas políticas, son ejemplos de la relación perversa que surgen a partir de los problemas con las modalidades y reglas para la financiación electoral.

En Colombia el modelo de financiación política es mixto, tanto fuentes públicas y privadas son formas legítimas para financiar la actividad política. Sin embargo, en la práctica, las campañas se financian con recursos en su gran mayoría de origen privado. Así, por ejemplo, en las elecciones locales del 2015 solo el 0.2% del total de los ingresos fueron producto de los anticipos estatales, mientras que el 64% fue a través de recursos propios. La ilustración 4 muestra la distribución de las fuentes de financiación para estos comicios.

Ilustración 4. Fuente de Ingresos de las elecciones locales del 2015



Fuente: Transparencia por Colombia (2016)

Sumado a lo anterior, el acceso a los recursos públicos es limitado, pues se basa en un proceso complejo y demorado de solicitud, por varias razones. Por una parte, la aprobación y consignación de los montos a las organizaciones políticas requieren de pólizas de cumplimiento que la ley exige, y en muchas ocasiones el acceso para movimientos minoritarios no es fácil. Por otra parte, la mayoría de los candidatos sólo reciben recursos públicos después de realizadas las campañas a través de la reposición de gastos por votos. Aunque la ley exige que la entrega de estos recursos debe realizarse un mes después de las elecciones, esto no se cumple la mayoría de las veces (García y Revelo, 2010). Lo anterior implica que aquellos partidos que no cuentan con recursos suficientes, antes de poder acceder a los recursos estatales, no pueden competir en igualdad de condiciones con respecto los partidos con maquinarias fuertes.

Otro problema relacionado con la financiación es la falta de claridad en la rendición de cuentas de las campañas. Es fácil que recursos ilícitos e intereses particulares permeen las campañas cuando no hay mayores controles al origen de los aportes privados. La información respecto al origen de los recursos de los candidatos no es pública, tampoco es posible cruzar estos aportes con otras fuentes de información como las declaraciones de renta de los aspirantes y sus familiares (Transparencia por Colombia, 2016). Lo anterior se ve agravado porque la entrega de estos recursos en su mayoría se da en especie o en efectivo, de manera que no pasan por el sistema bancario, lo que hace aún más difícil rastrear su origen. Adicionalmente, los reportes de las campañas no se hacen en tiempo real, sino que se limita a los informes que elaboran y presentan los partidos políticos frente al Consejo Nacional Electoral una vez finalizadas las elecciones.

Como consecuencia de lo anterior, siempre existe la tentación de pensar que un mayor monitoreo, y sanciones más estrictas frente al tope y reporte de las campañas son medidas que pueden ayudar a reducir la corrupción. Pero los partidos y los candidatos siempre están ideando respuestas estratégicas frente a las reformas que se plantean para tratar de controlar el flujo de dinero en las campañas.²⁴ Por ejemplo, candidatos de otras campañas canalizan recursos a través de las candidaturas a las Juntas Administradoras Locales (JAL), debido a que en estos casos el control es muy débil al no existir la reposición de gastos por votos obtenidos (García y Revelo, 2010). Por lo tanto, la recomendación gira en torno a dos puntos: 1) mayor financiación pública por medio de anticipos²⁵ y financiación indirecta—para atenuar el problema de la dependencia de recursos privados—, 2) buscar mecanismos para hacer respetar los tiempos de las campañas políticas establecidas de forma ordinaria en la ley 1475 del 2011, independientemente del tipo de candidatura.

24 Vélez, 2010. "El dilema de la plata para los candidatos", marzo 26. Puede acceder en: <http://lasillavacia.com/historia/8782>

25 Aquí hacemos eco a la recomendación manifestada en diversos escenarios por Juan Fernando Londoño y la propuesta de la MEE, quienes sugieren diferenciar los costos por tipo de campaña.

Las actuales reglas de distribución de los recursos públicos señalan que el 10% de estos recursos se distribuye por igual entre todos los partidos con personería jurídica, mientras que el 90% restante se distribuye en proporción a la votación. En este sentido, se sugiere retomar la propuesta de Misión Electoral Especial (MEE) para dar mayor preponderancia de la financiación estatal a través de la figura de anticipos. Específicamente, que se entregue el 50% de los recursos antes de las elecciones (40% en base a resultados precedentes; 10% de manera equitativa a todas las organizaciones que compiten) y el 50% restante después de los comicios en proporción a los resultados electorales obtenidos.

Con respecto a la propuesta de respetarlos tiempos de las campañas, creemos que en control sobre los tiempos de las contiendas electorales desiguales (por partido y firmas) puede mitigar los problemas de la rendición de cuentas en los gastos de las campañas, en particular los topes de los gastos y el origen de los recursos. Actualmente, la legislación colombiana contempla que los candidatos a las elecciones tienen un período de campaña de 90 días—tres meses antes de las elecciones—; sin embargo, en un estudio realizado por el PNUD y el Instituto Holandés para la Democracia en el 2014, 77 líderes políticos y candidatos reportaron que en la práctica las campañas pueden empezar hasta con un año de anticipación a las elecciones y, en promedio, una campaña al Senado puede costar 3.000 millones de pesos, a pesar de que en el 2014 el CNE estableció que cada lista —que puede estar compuesta hasta por 100 aspirantes— podía gastar hasta 74.000 millones de pesos. Lo cual serían a 740 millones de pesos por candidato.

En este sentido, lo anterior tendría como potencial consecuencia abaratar los costos de las campañas políticas—reduciendo la cantidad de recursos públicos y privados que se invierten— y favorecer la transparencia para la rendición de cuentas, pues un tiempo de campaña más corto es más fácil de fiscalizar.

RECOMENDACIÓN 6: CAMBIO EN EL RÉGIMEN DE NOMBRAMIENTO Y SELECCIÓN DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Una de las mayores debilidades que tiene la arquitectura institucional en Colombia está asociada con la baja capacidad del CNE (Consejo Nacional Electoral) para aplicar controles y sanciones por la violación a las reglas electorales. A pesar de que actualmente el CNE tiene funciones de veeduría para regular las actividades electorales— ej. distribuir los aportes estatales a la financiación de campañas, y revocar la personería jurídica de partidos y movimientos políticos—, el mecanismo y composición partidista de los miembros que conforman esta entidad ha generado que se considere como una autoridad electoral poco independiente y, por lo tanto, una baja confianza en la imparcialidad de la toma de sus decisiones.

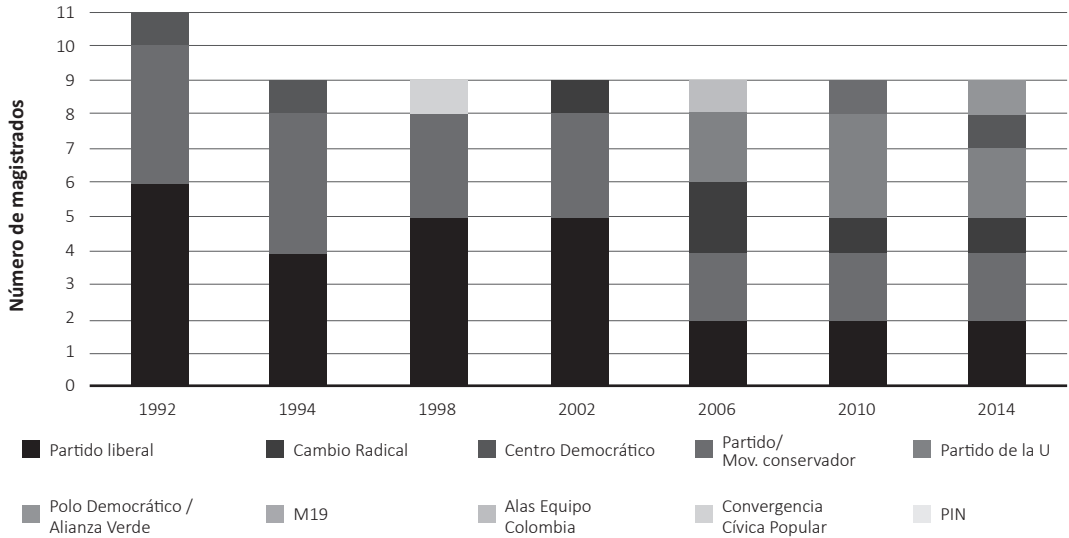
La Constitución Política de 1991 estableció que el Consejo de Estado tenía la facultad de elegir a los Magistrados del Consejo Nacional Electoral²⁶ a partir de ternas presentadas por los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, teniendo como criterio de selección la composición política del Congreso, con un número no menor de siete integrantes por un período de cuatro años. Sin embargo, con la reforma del 2003 se introduce un cambio importante con respecto a al sistema de nombramiento de los magistrados. La reforma fortaleció la influencia del Legislativo al establecer que los magistrados serían elegidos por el Congreso —no por el Consejo de Estado, como sucedía antes— de los candidatos que postularan los mismos partidos, con la posibilidad de reelegirse. En este sentido, la reforma entregó al Congreso la facultad de elegir a los individuos que tienen como una de sus funciones principales vigilar y sancionar a los partidos políticos, por lo que la autonomía del órgano electoral se vio afectada.

Un sistema de elección politizado, que además permite la reelección de sus miembros, en un contexto de simultaneidad de períodos de elección con las otras ramas de poder —legislativa y ejecutiva— puede dar lugar a una compleja relación entre el ente supervisor, los parlamentarios y el gobierno. La gráfica 3 muestra la composición partidista del Consejo Nacional Electoral entre 1992 y 2014. En 2002, sólo cuatro de los nueve magistrados pertenecían a los partidos de la coalición de gobierno, mientras que, en el 2010, sólo los partidos de la coalición de gobierno llegaron al CNE.²⁷

26 La ley 96 de 1985 sustituyó la Corte Electoral por el Consejo Nacional Electoral y redujo sus miembros a siete, designados por el Consejo de Estado: tres por cada uno de los dos partidos mayoritarios y el séptimo por el partido que les siguiera en votación para el Congreso Nacional. Sus funciones no variaron sensiblemente en relación con las establecidas desde el siglo XIX.

27 Semana, 2010. “Coalición y PIN dejan sin asiento a oposición y minorías en el CNE”, agosto 30. Puede acceder en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/coalicion-pin-dejan-asiento-oposicion-minorias-cne/121244-3>

Ilustración 5. Composición Partidista del Consejo Nacional Electoral (1992-2014)



Fuente: Elaboración propia, datos obtenidos de Revelo (2014)²⁸

Ahora bien, frente al problema del origen político de las autoridades electorales no existe un consenso acerca de cuál debe ser el diseño institucional idóneo. En otras palabras, el éxito de las instituciones depende mucho del contexto político en el que operan, pues un mismo diseño institucional puede funcionar en algunos países y en otros no. Así, es interesante señalar que en América Latina existen tres grandes tipos de diseño para la composición y proceso de elección de los órganos electorales.²⁹ Un primer diseño es delegar el poder de nominación y elección en los partidos políticos. Este es el caso actual, además de Colombia, en países como México y Uruguay. Por ejemplo, el Instituto Federal Electoral en México (IFE) está compuesto por ocho consejeros, un presidente y un secretario ejecutivo nominados por los grupos de los parlamentarios y elegido por las dos terceras partes de la Cámara de Diputados.

En un segundo modelo, se otorga el poder de nombramiento a la rama judicial. Como respuesta a la preocupación por la imparcialidad en las decisiones de estos organismos, estos diseños se basan en el supuesto de que las altas cortes, y los jueces que las integran, no

²⁸ Revelo, Javier. 2014. "El Consejo Nacional Electoral: Peligro para la democracia", septiembre 8. Puede acceder en: <https://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/7869-el-consejo-nacional-electoral-peligro-para-la-democracia.html>

²⁹ Para un estudio comparado acerca de la estructura, procesos de nominación, elección y funciones de los organismos electorales en América Latina ver el trabajo de Méndez de Hoyos (2014).

representan intereses políticos o partidistas. Así, países como Chile, Costa Rica y Paraguay entregan esta función a la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, la literatura encargada de estudiar el comportamiento judicial de las altas cortes sugiere que los jueces también actúan como actores estratégicos. Frente a la interacción con las otras ramas de poder público, los jueces tienen una propia agenda y posiciones ideológicas que defender (Vanberg, 2015). Por lo tanto, un tercer diseño propone la combinación de un mecanismo de nominación y nombramiento entre las ramas del poder público, la sociedad civil y/o la academia. Países como Venezuela, Ecuador y Bolivia delegan la función de la nominación en la sociedad civil con la votación respectiva del parlamento. En el caso peruano, la postulación de candidatos del Jurado Nacional de Elecciones está a cargo de la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos, el Colegio de abogados de Lima y los decanos de las facultades de Derecho (Méndez de Hoyos, 2014).

Por lo tanto, la propuesta sería mantener el número de miembros actuales del Consejo Nacional electoral –nueve magistrados– elegidos de la siguiente forma: El Consejo de Estado, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Presidencia de la República presentarían dos ternas – para un total de 24 candidatos–, y el Congreso en pleno elegiría a los magistrados por mayoría calificada. De igual forma, el período de los miembros pasaría de cuatro a ocho años sin la posibilidad de reelección. De esta forma, se generaría independencia política en la nominación de los magistrados para que tomen las decisiones pertinentes frente a las sanciones por las irregularidades en materia electoral. Para poder llevar a cabo esta reforma, es necesario presentar un acto legislativo, que modifique el artículo 264 de la Constitución Política, el cual debe completar las dos vueltas de debates correspondientes en ambas cámaras, en un período no superior a dos períodos legislativos consecutivos, y con una votación de mayoría absoluta en la segunda vuelta.

4. CONCLUSIONES

En los últimos 30 años el debate sobre la permeación del clientelismo en la política ha generado múltiples intentos de reformas al sistema político. Desde la Constitución Política de 1991, con sus esfuerzos por democratizar los espacios de participación, hasta los intentos fallidos de la reforma política a partir del acuerdo de paz entre el Gobierno y las FARC, se ha buscado modificar el sistema electoral para fortalecer la representación política. Este capítulo aborda la discusión sobre la necesidad de fortalecer la capacidad colectiva de la elite política alrededor de los partidos políticos como las estructuras principales de representación, y la necesidad de consolidar los vetos y contrapesos políticos –sobre la expectativa normativa

acerca de que son los ciudadanos quienes deben estar en la capacidad de monitorear a quienes eligen – para disminuir los incentivos al abuso del poder político.

En específico, se expone la importancia de establecer ciertas reglas de juego que disminuyan la personalización actual de la política colombiana, la cual a su vez genera incentivos para que se presenten escenarios donde los políticos legislan a favor de ciertos grupos minoritarios, influyen en la elección de funcionarios para cargos públicos o violan los principios de transparencia para los procesos de adjudicación de contratos públicos. Así, a lo largo del documento se proponen seis recomendaciones para disminuir la personalización del ejercicio de la política y mejorar la calidad de la representación democrática. La mayoría de las recomendaciones aquí planteadas requieren reformas constitucionales, por lo que es fundamental que el gobierno entrante las introduzca como una reforma prioritaria a mediano plazo. Se recomienda que una vez las coaliciones parlamentarias del nuevo gobierno se hayan formado, se cree una mesa de discusión interpartidista donde se expongan y discutan las propuestas previamente a introducir el proyecto, para que una vez que empiece a ser discutido en el Congreso, obtenga el apoyo necesario para aprobar el cambio constitucional.

La primera recomendación es limitar la participación de candidatos independientes en las elecciones locales ejecutivas. Aunque ha habido importantes esfuerzos para regular la responsabilidad de las colectividades políticas en las candidaturas de elecciones de cuerpos colegiados, existe un sistema paralelo en las elecciones locales ejecutivas, donde se pueden presentar candidatos independientes por firmas. En este sentido, participar por fuera del sistema político otorga diversas ventajas como mayor tiempo de campaña, requisitos laxos de inscripción y control sobre el gasto de campañas. Así, la recomendación es que se incremente de manera significativa el umbral para la inscripción de candidatos por firmas o que se exija el aval de un partido.

La segunda recomendación es la unificación del calendario electoral para las elecciones presidenciales y el Congreso de la República. Como se mencionó en la anterior recomendación, el hecho de que exista una diferenciación en las reglas de juego para las elecciones ejecutivas y legislativas genera lógicas y estrategias separadas para cada contienda. De igual forma, el hecho de que las elecciones no ocurran en la misma fecha genera problemas de coordinación y dificultades de gobernabilidad para conformar mayorías en el Congreso. Por lo tanto, se propone la unificación del calendario electoral en elecciones nacionales en donde la primera vuelta presidencial se realice con las elecciones legislativas para generar un efecto de arrastre, donde la coordinación ocurre por medio del “arrastre” que generan las elecciones ejecutivas sobre las legislativas. En otras palabras, los votantes toman una decisión para el cargo ejecutivo que extrapolan a los cargos colegiados. Así mismo, se recomienda que en caso de presentarse consultas interpartidistas estas se celebren el mismo día, dado los

alarmantes niveles de abstención y los altos costos de financiación de estos mecanismos de democracia interna.

La tercera y cuarta propuesta tiene que ver con el cambio de reglas para la elección del Senado y la actualización del reglamento interno del Congreso. Aunque la evidencia empírica de la relación entre las reglas electorales y la corrupción no es definitiva, recientes investigaciones enfocadas en el tamaño de los distritos electorales han demostrado que la percepción de corrupción es mayor en la medida que aumenta el tamaño del distrito en sistemas proporcionales de lista abierta, y menor en los sistemas proporcionales de lista cerrada. En este sentido, la recomendación es que el Senado se convierta en la instancia donde los líderes de los partidos políticos se unan alrededor del partido político. Así, la propuesta es establecer una lista combinada, en la que los primeros 5 renglones tengan “puestos fijos” en la lista, y que los demás puestos en la lista sean por voto preferente. De esta forma, se dan incentivos para que los grandes electores del partido no compitan entre ellos y busquen promover el partido.

Con respecto a la actualización del reglamento del Congreso, este no ha sido modificado de forma estructural desde 1992. Así, comparado con otros países de la región, no se cuenta con la información básica de actividad legislativa, no se reportan autores de enmiendas y no se permite la utilización de herramientas tecnológicas para la conducción del proceso legislativo. Por esto, y para fortalecer el rol de los partidos políticos al interior de la corporación, es necesario que se implementen cambios como permitir la reelección por un período de máximo dos años en las presidencias de las comisiones y cámaras. Así mismo es importante optimizar el proceso de citación al interior del Congreso, por lo que se deben establecer plazos de respuesta razonables, y crear un cuestionario para seguir un formato único de respuesta. Por último, es necesario limitar el número de ponentes cuando la ponencia es colegiada, y prohibir las votaciones a los “pliegos de modificaciones” y no al proyecto original o aprobado inmediatamente anterior en las comisiones o plenarios.

Otra de las modificaciones importantes tiene que ver con el régimen actual del financiamiento de las campañas políticas. Existen varios problemas estructurales relacionados con la financiación de la actividad política: 1) la alta dependencia de recursos privados, 2) el complejo y limitado acceso a fuentes de financiación pública, y 3) la falta de claridad en el proceso de rendición de cuentas de las campañas. Aunque en el pasado se ha sugerido que la respuesta frente esta problemática debe ser un mayor monitoreo, y sanciones más estrictas frente al tope y reporte de las campañas, los partidos y candidatos idean nuevas estrategias para saltarse las regulaciones. Por lo tanto, la recomendación gira en torno a dos puntos. En primer lugar, aumentar la financiación pública por medio de mayores porcentajes para los anticipo y la financiación indirecta como transporte y publicidad en los medios

de comunicación. En segundo lugar, acortar los tiempos de las campañas electorales, de tal forma que pasen de 90 días –tres meses antes de las elecciones– a 60 días, con el fin de disminuir los costos de las campañas y facilitar el proceso de monitoreo de gastos de los candidatos y partidos.

Finalmente, la independencia política de los organismos electorales es fundamental para garantizar la no violación de las reglas electorales. Así, se propone un cambio en el régimen de nombramiento y selección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral (CNE), en el que el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Presidencia de la República presentarían dos ternas – para un total de 24 candidatos–, y el Congreso en pleno elegiría a los magistrados por mayoría calificada para un período de ocho años sin reelección.

REFERENCIAS

- Archer, R. P., & Shugart, M. S. (1997). The unrealized potential of presidential dominance in Colombia. En Mainwaring, S., & Shugart, M. S. (Eds.). *Presidentialism and democracy in Latin America*. Cambridge University Press.
- Altman, D. (2013). Universal Party Primaries and General Election Outcomes: The Case of Uruguay (1999–2009). *Parliamentary Affairs*, 66(4), 834-855.
- Banco Mundial. (2000). *Anticorruption in Transition: A Contribution to the Policy Debate*. Washington, DC: Banco Mundial.
- Bonet, J., Pérez, G. J., & Ayala, J. (2014). Contexto histórico y evolución del SGP en Colombia. *Documentos de Trabajo sobre Economía Regional*, (205).
- Botero, F. (2007). Colombia: ¿democracia, paracracia o simplemente desgracia? *Revista de ciencia política (Santiago)*, 27, 97-111.
- Botero, F., Hoskin, G. W., & Pachón, M. (2010). Sobre forma y sustancia: una evaluación de la democracia electoral en Colombia. *Revista de ciencia política (Santiago)*, 30(1), 41-64.
- Cepeda Ulloa, F. (2011). *Narcotráfico, financiación política y corrupción* (2a. ed.) Bogotá: ECOE Ediciones.
- Chang, E. C., & Golden, M. A. (2007). Electoral systems, district magnitude and corruption. *British Journal of Political Science*, 37(1), 115-137.
- Colomer, J. M. (2007). On the origins of electoral systems and political parties: The role of elections in multi-member districts. *Electoral Studies*, 26(2), 262-273.
- Cox, G. W., & McCubbins, M. D. (2005). *Setting the agenda: Responsible party government in the US House of Representatives*. Cambridge University Press.
- De Vries, C. E., & Solaz, H. (2017). The Electoral Consequences of Corruption. *Annual Review of Political Science*, 20, 391-408.
- Dugas, J. (1993). *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?* Departamento de Ciencia Política Universidad de Los Andes.
- Fukuyama, F. (2016). Governance: What do we know, and how do we know it? *Annual Review of Political Science*, 19.
- García Villegas, M., & Revelo Rebolledo, J. (2010). *Estado alterado: Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia* (Colección dejusticia). Bogotá, D.C.: Dejusticia.
- Golden, M. A. (2006, December). Some puzzles of political corruption in modern advanced democracies. In *annual meeting of the Japan Political Science Association* (Vol. 29).

- Gutiérrez, F. (2002). Fragmentación electoral y política tradicional en Colombia: piezas para un rompecabezas en muchas dimensiones. *Perfiles latinoamericanos*, (20).
- Gutiérrez, F. (2007). "Organized Crime and the Political System in Colombia (1978 – 1998). En C. Welna & G. Gallón (Eds.), *Peace, Democracy and Human Rights in Colombia* (pp. 91- 127). University of Notre Dame Press.
- Hoskin, G., & Sánchez, M. G. (Eds.). (2006). *La reforma política de 2003: ¿la salvación de los partidos políticos colombianos?* Universidad de los Andes Facultad de Ciencias Sociales-Ceso.
- Jones, M. P. (1995). *Electoral laws and the survival of presidential democracies*. University of Michigan.
- Jones, M. P. (1999). Electoral laws and the effective number of candidates in presidential elections. *The Journal of Politics*, 61(1), 171-184.
- Krehbiel, K. (1992). *Information and legislative organization*. University of Michigan Press.
- Leal Buitrago, F., & Dávila Ladrón de Guevara, A. (1991). *Clientelismo: el sistema político y su expresión regional* (1a. ed.). Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes.
- Magaloni, B. (2017, diciembre). Criminal Extortion in Mexico. Conferencia presentada en el *Tinker Conference: The Rule of Law in Latin America*, Stanford, CA.
- Mainwaring, S., & Shugart, M. S. (Eds.). (1997). *Presidentialism and democracy in Latin America*. Cambridge University Press.
- Méndez de Hoyos, I. (2014). *Órganos de administración electoral en américa latina, 2010-2012*(Cuadernos de divulgación de la justicia electoral, 26). México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Misión Electoral Especial. (2017). Propuestas Reforma Político y Electoral. Recuperado de: <http://moe.org.co/wp-content/uploads/2017/04/Libro-Reformma-completo-2017-1-1.pdf>
- Negretto, G. L. (2012). Replacing and amending constitutions: The logic of constitutional change in Latin America. *Law & Society Review*, 46(4), 749-779.
- Newman Pont, V., & Ángel, M. P. (2017). Estado del arte sobre la corrupción en Colombia. Fedesarrollo.
- Ocampo, G. I. (2014). *Poderes regionales, clientelismo y estado: etnografías del poder y la política en Córdoba, Colombia*. Odecofi-Cinep.
- Olivera, M., Pachón, M., & Perry, G. E. (2010). The political economy of fiscal reform: The case of Colombia, 1986-2006.
- Pachon, M. (2002). Explaining the Performance of the Colombian Congress: Electoral and legislative Rules, and Interactions with the Executive, 1991-2000 (tesis de maestría). Oxford University, Inglaterra.

- Pachón, M. (2010). Reforma institucional en Colombia: el vía crucis por el equilibrio entre la gobernabilidad y la representación (1991-2006). En *Desafíos de la gobernabilidad democrática: reformas político-institucionales y movimientos sociales en la región andina* (pp. 47-78). Instituto de Estudios Peruanos.
- Pachón, M., & Shugart, M. S. (2010). Electoral reform and the mirror image of inter-party and intra-party competition: The adoption of party lists in Colombia. *Electoral Studies*, 29(4), 648-660.
- Puyana, J. R. (2012). Las reformas políticas en Colombia, 2003-2011: ¿hacia partidos más responsables. *Política y territorio. Análisis de las elecciones subnacionales en Colombia*, 17-62.
- Rodríguez Raga, J. C., & Botero, F. (2006). Ordenando el caos: Elecciones legislativas y reforma electoral en Colombia. *Revista de ciencia política (Santiago)*, 26(1), 138-151.
- Transparencia por Colombia. (2016). Dinero, elecciones y transparencia: Propuestas de reformas al financiamiento de las campañas políticas y para la implementación de los acuerdos de paz. Recuperado de: <http://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/2016/07/Propuesta-financiacion-campa%C3%B1as-1.pdf>
- Treisman, D. (2007). What have we learned about the causes of corruption from ten years of cross-national empirical research? *Annual Review of Political Science*, 10, 211-244.
- Valencia, León (2010). "De Convergencia al PIN". *Revista de Asuntos Publico EGOB*, 5,7-11.
- Vanberg, G. (2015). Constitutional courts in comparative perspective: a theoretical assessment. *Annual Review of Political Science*, 18, 167-185.
- Vélez, C., Ossa, J. P., & Montes, P. (2006). Y se hizo la reforma: condiciones que permitieron el trámite exitoso de la Reforma Política del 2003. En Hosking, G. & García, M. (Eds.). *La reforma política de 2003: ¿la salvación de los partidos políticos colombianos?* Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales-Ceso.

II. COMENTARIOS AL DOCUMENTO “RECOMENDACIONES PARA MEJORAR LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y DISMINUIR LOS INCENTIVOS AL ABUSO DEL PODER POLÍTICO” DE MÓNICA PACHÓN

Elisabeth Ungar

Voy a comentar las propuestas de Mónica Pachón para “mejorar la representación política y disminuir los incentivos del abuso del poder”, consistentes en “priorizar y fortalecer la capacidad colectiva de la élite política dentro los partidos—estableciendo al partido y no al individuo como agente de representación—, así como consolidar los mecanismos de vetos políticos sobre los judiciales o policivos”.

Coincido en que las falencias en la representación política y los incentivos al abuso del poder son factores coadyuvantes a la corrupción, en la medida en que afectan la forma de acceder el poder, de distribuirlo y de ejercerlo. En este sentido, el fortalecimiento de las organizaciones políticas y su capacidad de representación es un propósito que puede contribuir a enfrentar este fenómeno. No obstante, sin un sistema de vetos judiciales o policivos efectivo, y de mecanismos eficaces de prevención, monitoreo y control, los vetos políticos pueden resultar insuficientes e ineficaces. En esta misma dirección, considero que los ciudadanos sí pueden y tienen el derecho y el deber de ejercer un control efectivo a los elegidos y de exigir rendición de cuentas y de sancionarlos social y políticamente.

A continuación me referiré a las recomendaciones que hace Mónica Pachón para “lograr un sistema político más transparente, con incentivos para una mayor coordinación preelectoral y trabajo en equipo durante el ejercicio del poder público”. Y posteriormente, agregaré algunas propuestas para enfrentar la corrupción en la política y complementar lo planteado.

1. *Promover la participación de los candidatos independientes en elecciones ejecutivas dentro de los partidos políticos.*

Como lo señala Pachón, el incremento de los llamados candidatos independientes obedece, por un lado, al creciente desprestigio de los partidos políticos y por el otro, a las ventajas que representa para los aspirantes. En primer lugar, el número de firmas requeridas es relativamente bajo. En segundo lugar, la duración de sus campañas es mayor que la de los candidatos partidistas. En tercer lugar, las normas sobre financiación de las campañas de los independientes son más laxas y flexibles, tanto en términos de los montos, como de la obligatoriedad de rendir cuentas sobre ingresos y gastos. Así mismo, se pueden presentar en coalición con otros partidos y no les aplican las restricciones por doble militancia. A esto habría que agregar la posibilidad de moverse, según las conveniencias, de un partido, a presentarse como independiente, para luego volver al partido de donde salió, o ser apoyado por éste.

Es importante recordar que las candidaturas avaladas por movimientos significativos de ciudadanos nacieron como una respuesta al desprestigio de los partidos, pero fundamentalmente para darles la posibilidad a candidatos y ciudadanos que no se identifican con los partidos de competir en las elecciones y a los electores a ejercer el derecho al voto. Disculpen la crudeza de lo que voy a decir, pero es necesario evitar algo que es bastante común y es que se hace la ley y se hace la trampa.

En este sentido, la propuesta de exigirles a los candidatos un aval por parte de un partido va en contravía del sentido de la representación por parte de candidatos independientes. Incluso, les da a los partidos existentes la posibilidad de hacer coaliciones y obtener más votos en los comicios. No sucede lo mismo con la recomendación de incrementar el umbral de participación (o firmas) requerido y de aplicarles las mismas normas sobre financiación de sus campañas, lo cual los pone en igualdad de condiciones y hace más equitativa la competencia.

2. *Unificación del calendario electoral.*

Independientemente de los eventuales beneficios políticos de la unificación de las fechas de las elecciones, no es evidente la relación entre los efectos que podría tener esta unificación – mayor participación electoral del votante medio, diferenciación de las plataformas de los partidos y menor desgaste y menos posibilidad de elección de candidatos inviables- sobre la disminución de la corrupción. Tampoco es claro por qué esta reforma “puede dar mayor transparencia a las coaliciones”, ni “mayores posibilidades a los candidatos con menor expe-

riencia por efecto arrastre que tendría el candidato presidencial”. Acaso la elección de candidatos con menor experiencia es garantía de mayor transparencia? O lo sucedido en Brasil al unificarse el calendario electoral es un ejemplo digno de ser emulado?

Finalmente, la recomendación de realizar las consultas interpartidistas el mismo día es positiva, pero tampoco es clara su incidencia en la reducción de la corrupción y el aumento de la transparencia.

3. *Cambio en la regla electoral para la elección de Senado*

La propuesta de una lista combinada para el Senado puede contribuir a disminuir los costos de las campañas, facilitar controles y unificar a los partidos en torno a un proyecto programático. Sin embargo esto también se logra con la lista cerrada.

4. *Actualización del reglamento del Congreso*

Es pertinente la propuesta conducente a lograr una mayor transparencia, publicidad de las actuaciones del Congreso y a garantizar el acceso a la información con el fin de poderle hacer seguimiento y control a las actuaciones de los congresistas. De igual manera, el fortalecimiento de las bancadas y del papel de sus voceros, la introducción del principio de publicidad a las enmiendas introducidas a los proyectos y la optimización de los procedimientos para el ejercicio del control político contribuyen a estos propósitos. Lo que no es tan evidente es que la posibilidad de reelección de los presidentes de las Comisiones (por un máximo de dos años) contribuya a la transparencia y a combatir la corrupción, sin desconocer que sí puede profesionalizar el ejercicio parlamentario.

5. *Cambio en el régimen de financiación de las campañas*

Las propuestas sobre este tema son acertadas y buscan, entre otras cosas, romper la relación perversa entre lo que Pachón llama las élites políticas y económicas y las oportunidades para la corrupción que ofrece la relación entre financiación, contratación pública y el nombramiento de funcionarios. Concretamente, entre otras cosas propone mayor financiación con recursos públicos a través de anticipos y garantizar el acceso de los partidos y candidatos a dichos recursos y de financiación indirecta. Esto, con el fin de disminuir la dependencia e injerencia de recursos privados en la financiación. De otra parte, propone definir mejor los tiempos de las campañas y mecanismos para su control.

6. *Cambio en el régimen de nombramiento y selección del CNE.*

Con el propósito de garantizar mayor independencia del CNE de los partidos políticos, se propone un sistema de nominación de 24 candidatos a cargo del Consejo de Estado, las Cortes y el Presidente y la elección por el Congreso. Este sistema desconcentra el poder de nominación y reduce la influencia de los partidos.

Todas estas propuestas tienen un común denominador que es reducir el personalismo, mejorar la representación política y “fortalecer la capacidad colectiva de la élite política dentro de los partidos”, permitiendo que éstos, y no las personas sean los actores protagónicos. Sin embargo, esto no blindará al sistema político de hechos de corrupción.

Quisiera terminar con algunas propuestas adicionales que pueden complementar las aquí señaladas.

1. ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL

En este aparte me referiré solamente al CNE, lo que no significa que las otras instancias de la organización electoral no requieran de reformas y ajustes para garantizar más equidad, transparencia, eficacia y eficiencia en su gestión y en el ejercicio de la política. Hechos recientes han mostrado las falencias que tienen la RNEC y la Sección Quinta del Consejo de Estado para cumplir sus funciones. El fallo tardío del Consejo de Estado sobre las curules del MIRA a pocas semanas de las elecciones del nuevo Congreso, las reiteradas quejas por manipulaciones en el proceso de los escrutinios o los problemas con los tarjetones de las consultar interpartidistas son solo algunos ejemplos. Para no hablar de la falta de monitoreo y controles previos y posteriores a las elecciones del software utilizado por la Registraduría, que por lo demás es contratado con empresas privadas que imponen restricciones y condiciones.

Además de un sistema de elección de sus miembros que garantice la independencia del CNE frente a los partidos políticos, es necesario dotarlo de recursos tecnológicos acordes con sus funciones y con la magnitud de sus responsabilidades y garantizar que cuente con un recurso humano capacitado para prevenir, monitorear, investigar y sancionar irregularidades en el financiamiento político. Así mismo, se debe asegurar su autonomía presupuestal, la cual no tiene hoy en día por cuanto depende de la RNEC. Por último, se debe fortalecer la presencia del CNE en los niveles subnacionales y en especial las regiones que presentan mayores riesgos de corrupción electoral. Esta es una de las mayores falencias hoy en día, y ha dado

pie para muchos de los problemas que reiteradamente se presentan en los procesos electorales. Solo así se le pueden dar plenas garantías de transparencia y equidad a candidatos, partidos y electores y generar confianza en los procesos electorales.

Finalmente, es necesario definir qué entidad va a cumplir las funciones jurisdiccionales en materia electoral. Hoy en día, estas están dispersas, y el CNE en particular, no tiene la estructura ni los recursos necesarios para ejercerla.

2. SISTEMA ELECTORAL

- Las listas cerradas
 - contribuyen a fortalecer a las organizaciones políticas, combatir el personalismo y desincentivan clientelismo.
 - disminuyen el costo de las campañas
 - facilita el control del financiamiento
 - posibilita mayor control de los electores sobre los elegidos

Sin embargo, este cambio, por sí mismo, es insuficiente para combatir la corrupción y lograr mayor transparencia en el ejercicio de la política.

Debe ir acompañado de otras medidas como

- Democratización de las organizaciones políticas: temas programáticos, orden de los candidatos en las listas, decisiones internas. Mecanismos incluyentes y competitivos en procesos de toma de decisiones. Participación en elección órganos de dirección. El establecimiento de incentivos de financiación para las organizaciones políticas que cumplan este objetivo, y de sanciones para quienes no lo hagan, puede ser un camino para lograrlo.
- La simplificación del sistema electoral, el cual se presta para cometer fraudes electorales.
- Modificación del sistema de escrutinios para blindarlo de manipulaciones indebidas
- Rendición de cuentas a los afiliados y a los ciudadanos.
- Garantizar y vigilar el cumplimiento de lo que ordena la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública a las organizaciones política, considerados como sujetos obligados en dicha norma

3. FINANCIAMIENTO DE PARTIDOS Y CAMPAÑAS

- Garantizar máxima transparencia, equidad y cumplimiento de las normas existentes
- Sistema de controles proporcional y efectivo
- Estudio sobre costo real de las campañas
- Reducir el tiempo de las mismas y vigilar el cumplimiento de los tiempos
- Agilizar la entrega de anticipos y reposición de votos
- Financiación y/o subsidio estatal o publicidad política
- Reducir la dependencia de recursos privados y establecer mayores controles a recursos públicos
- Obligación a candidatos por firmas a reportar ingresos y gastos de sus campañas
- Prohibición de créditos no bancarios y donaciones de ESAL
- Seguimiento a pautas publicitarias
- Cruce de información entre entidades: CNE, DIAN, UIAF, Superintendencia Financiera, Cámaras de Comercio...
- Reporte en tiempo real de los libros contables de las campañas
- Establecer valor comercial de las donaciones en especie, registro único de proveedores y mejorar y facilitar el acceso al registro de contratistas para identificar inhabilidades para contratar
- Cuentas únicas para las campañas lo que implica garantizar acceso al sistema financiero
- Responsabilidad de las organizaciones políticas, directivos, gerentes de campañas, contadores, revisores fiscales y candidatos y financiadores por violación de normas de financiación
- Responsabilidad de organizaciones políticas por avales otorgados a candidatos con inhabilidades

Para concluir, quisiera señalar que la corrupción en y de la política es como una compuerta que al abrirse allana el camino para otras, quizás las peores, manifestaciones de corrupción. Es claro, como lo señala Mónica Pachón citando a Fukuyama, que no basta con analizar una institución de forma aislada, sino que es necesario mirar las características del régimen político en su conjunto. Este contiene, pero va más allá de las instituciones que lo conforman. Pasa también por la cultura, las normas y los valores que guían el comportamiento político de los gobernantes y de los ciudadanos, cultura política, instituciones y condiciones algunos ejemplos. Para no hablar de la corrupción de los gobernantes y de los ciudadanos, independientemente de su condición o creencias políticas, quienes deben asumir responsablemente el cuidado de lo público. Mientras lo público se siga manejando como si fuera un bien privado, la corrupción hará inviables las reformas políticas y electorales, por buenas y bien intencionadas que éstas sean.

No podemos olvidar que en la mayoría de los hechos de corrupción, tanto políticos como económicos, hay particulares involucrados. Y menos aún se puede desconocer que la corrupción erosiona la legitimidad de las instituciones, debilita la confianza de los ciudadanos en el estado, genera pobreza e inequidad y es un factor de violación de derechos fundamentales. Entre ellos, el de elegir y ser elegido.

CAPÍTULO 4: CONTRATACIÓN, COMPRAS PÚBLICAS Y RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN EL NIVEL CENTRAL Y DESCENTRALIZADO

I. FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA PARA REDUCIR EL RIESGO DE CORRUPCIÓN¹

María Margarita Zuleta | Víctor Saavedra | Juan Camilo Medellín

RESUMEN EJECUTIVO

Este trabajo busca mostrar que fortalecer el sistema de compra pública y su sistema de información son herramientas eficaces para identificar prácticas con riesgos altos de corrupción a partir de las cuales los gobiernos deben aplicar correctivos, y la fiscalía y los órganos de control deben identificar si en ellas hay mérito para la investigación criminal, fiscal o disciplinaria.

A partir de la revisión de los registros del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- para el período 2011-2016 y de las recomendaciones de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos-OCDE- sobre el sistema de compra pública colombiano², identificamos factores de riesgo como la ausencia de competencia, la persistencia y concentración de contratistas, las adiciones a los contratos y a partir de estos factores construimos un índice de riesgo de corrupción. Otros riesgos asociados a la falta de información de la gestión de los contratos, a la claridad en las reglas del juego del conflicto de intereses, a las restricciones para la imposición de multas y la gestión de proveedores, son tenidos en cuenta y valorados cualitativamente.

¹ Este estudio se hizo con apoyo del CIPE.

² OCDE (2013), "Public procurement in Colombia", en Colombia: Implementing Good Governance, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202177-10-en> OECD (2016b), Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>

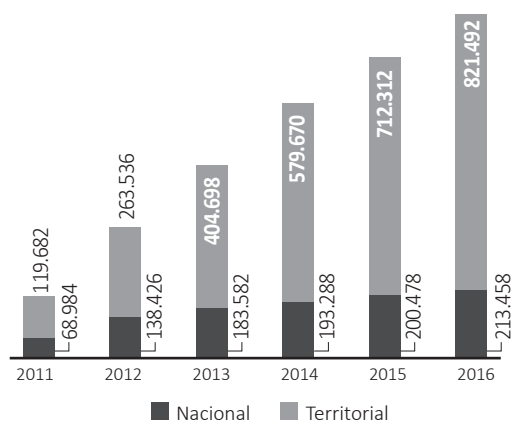
El diagnóstico muestra: (i) gran dispersión normativa que genera riesgos de seguridad jurídica; (ii) el uso de regímenes especiales de contratación para entidades estatales que no están en competencia en el mercado, lo que es un factor de opacidad en el sistema de compra pública y no representa mayor eficiencia; (iii) las causales de contratación directa que hacen referencia a negocios jurídicos en los que no hay realmente contratación directa; (iv) los convenios interadministrativos usados para evitar procesos competitivos; y (v) la contratación de talento humano a través del sistema de compra pública.

REGISTRO DE DATOS DEL SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA

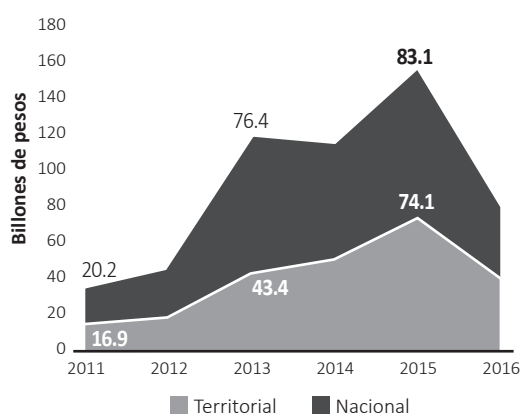
El documento muestra el avance en el registro de la información del sistema de compra pública (gráfico A) y señala oportunidades de mejora. También hace un llamado para que la fiscalía y los organismos de control trabajen a partir del SECOP en el análisis de redes de contratistas, cumplimiento de la normativa, direccionamiento de contratos, entre otros.

Gráfico A. Evolución del valor y número total de procesos de contratación registrados en SECOP 2011-2016

Panel A. Número total de contratos



Panel B. Valor total de contratos



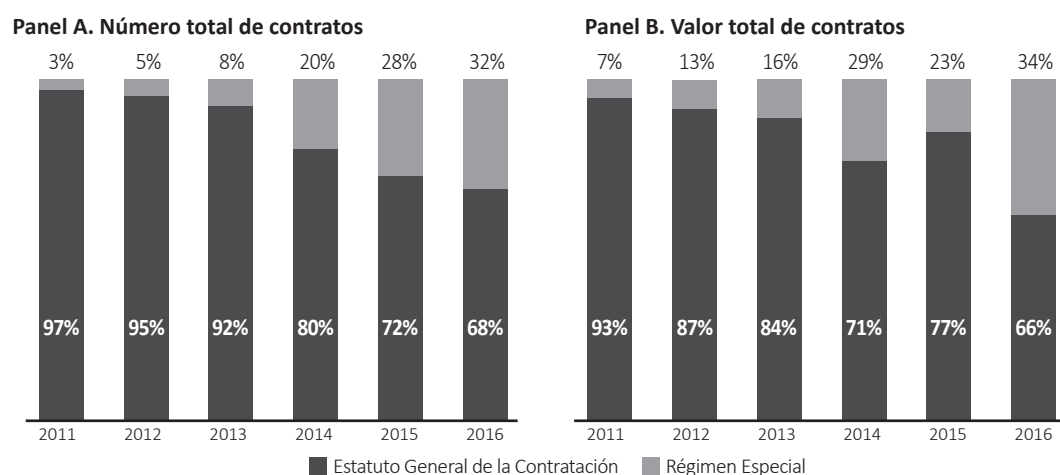
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA CONTRATACIÓN

Un único régimen de contratación pública genera claridad en las reglas del juego. Es lógico tener excepciones a este régimen cuando una entidad estatal en particular cumple una misión empresarial competitiva (empresas de servicios públicos y Ecopetrol, por ejemplo). Sin embargo, en Colombia hay muchas entidades estatales que no compiten en el mercado y están exceptuadas del régimen general con la excusa de que requieren flexibilidad en su contratación. A pesar de estar sujetas en su contratación exclusivamente al derecho privado, estas entidades estatales no muestran un mejor comportamiento en términos de eficiencia, competencia y economía, y generan dificultades y costos al sector privado y a la ciudadanía, al tener que hacer un esfuerzo adicional para conocer las reglas del juego aplicables en cada caso. De acuerdo con los indicadores del sistema de compra pública calculados por Colombia Compra Eficiente, en 2014 el promedio del tiempo que toma la licitación pública es 59 días, en las demás modalidades de selección y en el régimen especial es de 38 días pero la desviación estándar en el caso del régimen especial es de 16.2 días, mientras que en las demás modalidades es de 2 días. Lo anterior muestra que la incertidumbre sobre la duración del proceso es más elevada en el régimen especial que en el régimen general.

El gráfico B muestra el régimen de los procesos de contratación registrados en el período 2011-2016. La participación en el total de contratos del Estatuto General decreció en 29 p.p. entre 2011 y 2016, mientras que su participación en el valor total de la contratación cayó en 27 p.p.

Gráfico B. Participación del Régimen de contratación pública 2011-2016



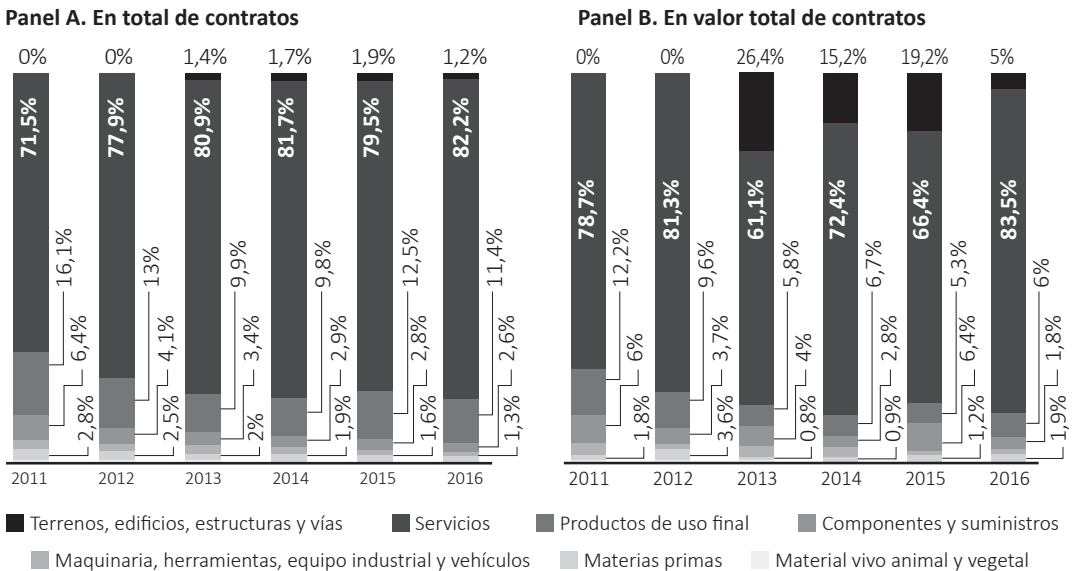
En lugar de crear regímenes especiales o excepcionales, la reflexión del Congreso y del Gobierno Nacional debería ser sobre las mejoras que debe tener el régimen ordinario y asegurar que solamente las entidades que compiten en el mercado estén por fuera del régimen general del sistema de compra pública. La contratación del régimen especial es más opaca que la del régimen general pues es más difícil conocer las reglas de selección de contratistas y hay menor publicidad de la actividad contractual.

CATEGORÍAS DE LOS OBJETOS DE CONTRATACIÓN

El análisis por categorías de los objetos de contratación es importante para entender el gasto público y buscar eficiencias a través de agregaciones de demanda, promoción de mercados, búsqueda de alternativas, entre otras, así como para identificar mercados con problemas de competencia y con altos niveles de conflictividad. A partir del año 2013 Colombia utiliza el clasificador de bienes y servicios de Naciones Unidas que permite estudiar estas categorías.

Es necesario que los organismos de control y la academia hagan análisis detallado de las categorías de los objetos de contratación para entender el comportamiento diferencial de entidades estatales, oferentes y contratistas, y trabajar en mejoras de acuerdo con la lógica de cada uno de los mercados, y tener en cuenta los riesgos propios de cada categoría.

Gráfico C. Participación categorías del objeto de contratación 2011-2016



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

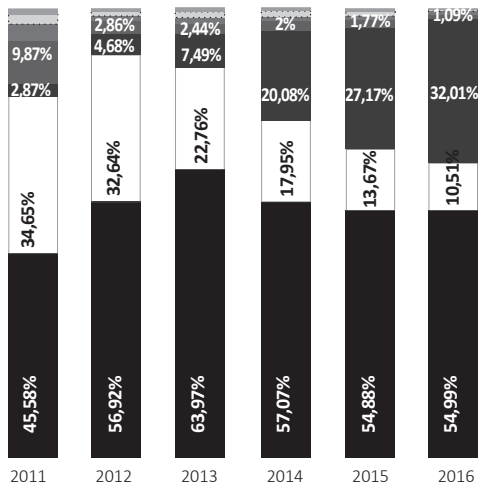
La propuesta del programa de formación del comprador público de formar expertos por categorías de los objetos de los contratos, cobra relevancia al desagregar cada una de las categorías del gráfico C (segmentos) de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios de Naciones Unidas (segmentos, familias, clases y productos) lo cual puede generar conocimiento y eficiencia en el manejo del gasto público.

LA COMPETENCIA EN LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

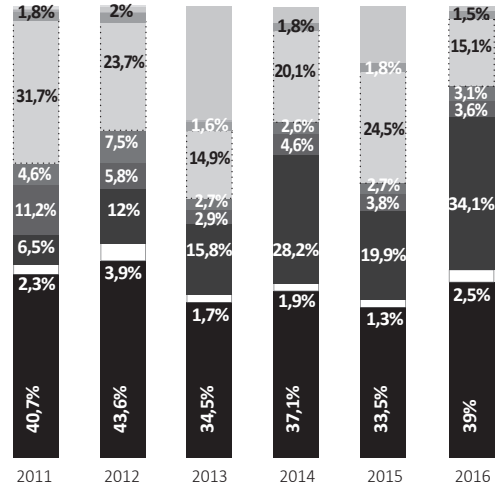
El gráfico D muestra los procesos de contratación de acuerdo con la modalidad de selección del contratista. Todas las modalidades buscan competencia entre los oferentes en la etapa de selección de contratista, salvo la modalidad de contratación directa en la cual no hay competencia. La contratación directa es el ejercicio de una facultad discrecional en la cual puede haber favorecimientos, por lo cual hay reglas que consisten en causales expresas de contratación directa, establecidas en la ley y las cuales deben ser aplicadas con rigor.

Gráfico D. Participación por modalidad/herramienta de selección del contratista 2011-2016

Panel A. En total de contratos



Panel B. En valor total de contratos



- Contratación directa (ley 1150 de 2007)
- Contratación mínima cuantía
- Régimen especial
- Selección abreviada de menor cuantía (Ley 1150 de 2007)
- Subasta
- Licitación pública
- Concurso de méritos abierto
- Concurso de méritos con lista corta
- Selección abreviada servicios de salud
- Selección abrev. del literal h numeral 2 art. 2 Ley 1150 de 2007
- Concurso de méritos con lista multiusos
- Asociación público privada

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

En el período 2011-2016, la licitación pública tuvo una participación baja en el número total de contratos (entre 0.4 y 2.28%) pero su participación en el valor total de la contratación fue importante (entre 14.9 y 31.7%). Entre las licitaciones públicas están las Asociaciones Público-Privadas que tienen una participación muy baja en el número de contratos, pero representaron entre el 0 y 25.1% del valor contratado y por la importancia de su valor de la contratación para 2013 y 2015 la analizamos de manera separada al resto de la licitación pública. Las modalidades de selección subasta, selección abreviada servicios de salud, selección abreviada literal (h), mínima cuantía y concurso de méritos son mecanismos competitivos. Para saber si hay competencia en el régimen especial es necesario ver contrato por contrato. Por su parte, la participación de la contratación directa en el total de los procesos de contratación es del 55% y del 39% en el valor total de la contratación de 2016; los procesos de contratación de mínima cuantía representan el 10.5% del total de los contratos y el 2.5% del total del valor contratado en el mismo año.

CONTRATACIÓN DIRECTA

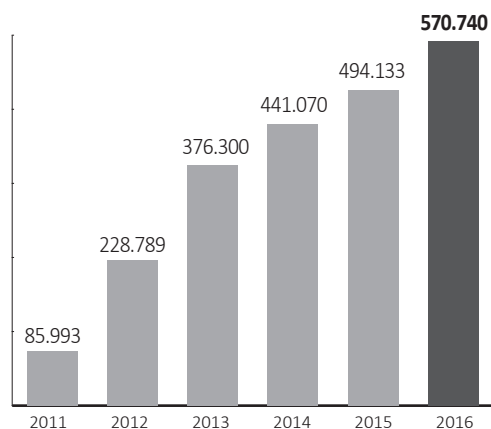
La Ley 1150 de 2007 consagró causales expresas para la modalidad de selección de contratista llamada contratación directa. Sin embargo, algunas de estas causales no corresponden a una selección directa pues no hacen referencia a una modalidad en la cual no hay competencia con ocasión de la falta de competencia en el mercado, la necesidad de continuar con una relación contractual con ocasión de la tecnología existente o las instalaciones físicas de una entidad. En estas causales tenemos por ejemplo los convenios interadministrativos que son acuerdos entre entidades estatales para cumplir conjuntamente tareas a su cargo, o contratos de inteligencia militar en los cuales no hay publicidad por obvias razones pero la entidad a cargo si hace procesos competitivos para seleccionar sus contratistas.

La confusión que generan las causales de la contratación directa amerita una modificación legal o un cambio en la forma de registrar las causales de la contratación directa en el SECOP para identificar claramente cuando la selección de un contratista debe ser sometida a competencia y si no lo es identificar un riesgo de corrupción.

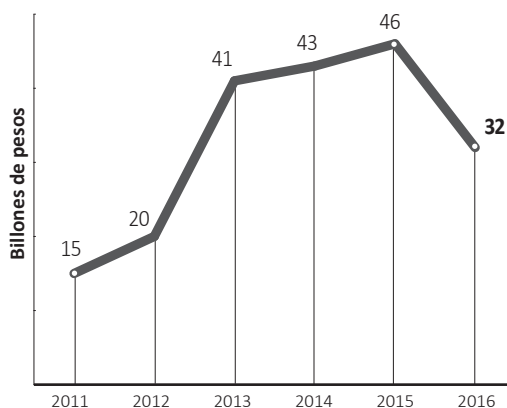
El gráfico E muestra la evolución de la contratación directa entre 2011 y 2016

Gráfico E. Evolución de la contratación directa 2011-2016

Panel A. Número total de contratos



Panel B. Valor total de contratos



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

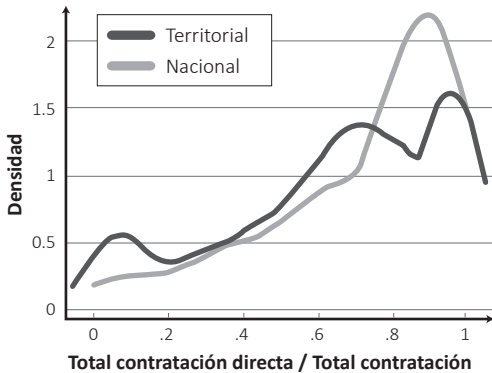
La contratación directa es alta. En 2016 más del 50% en número de contratos y cerca del 40% en el valor de los contratos registrados en el SECOP. Esto prende alarmas pues la contratación directa debe ser una modalidad de selección de contratista excepcional, en contraposición a la regla general de la competencia.

La revisión de la información de la contratación directa por nivel territorial y nacional (gráfico F) muestra tres intensidades: (i) las entidades estatales que usaron la modalidad de contratación directa para el 20% o menos de sus procesos de contratación (representan el 11% de las entidades estatales); (ii) las que entre el 60 y 80% del total de sus procesos de contratación fueron en la modalidad de contratación directa (27% del total de entidades); y (iii) las que cerca del 100% (27% del total) de sus procesos de contratación fueron en la modalidad de contratación directa. En el nivel nacional hay dos intensidades: una concentración de entidades que contratan directamente entre el 75 y 100% del total de sus contratos y otra entre el 60 y 85% del valor total de su contratación. La densidad en el gráfico F muestra que hay mayor probabilidad de que las entidades estatales estén en los picos del gráfico, es decir donde un poco más del 80% de la contratación es directa en el Panel A y en el Panel B la mayoría de entidades estatales del nivel nacional contrataron de forma directa alrededor del 80% de sus contratos, mientras que la mayoría de las entidades estatales del orden territorial más del 90%.

Gráfico F. Distribución de las entidades estatales: Contratación directa como porcentaje del total de la contratación 2016

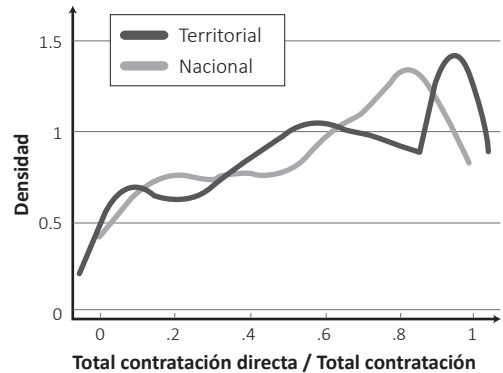
Panel A. Número total de contratos

% de la contratación directa en número total



Panel B. Valor total de contratos

% de la contratación directa en número total



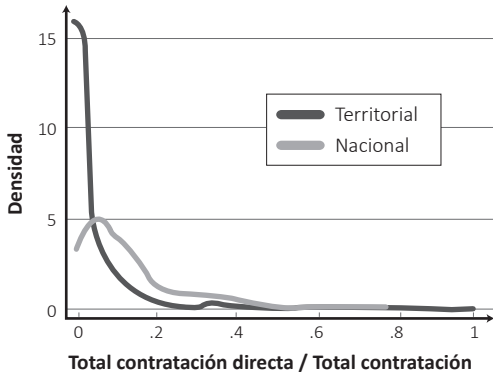
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

La diferencia entre el gráfico F y el gráfico G muestra el peso de la contratación de servicios personales y apoyo a la gestión y su impacto en la distribución de las entidades estatales en la modalidad de selección de contratación directa. En el gráfico G no están incluidos los contratos de prestación de servicios personales y de apoyo a la gestión pues estos en su gran mayoría obedecen a las restricciones de nómina de las entidades estatales y por tanto deben ser estudiados desde el punto de vista del talento humano y no de la contratación de servicios por modalidad de contratación directa.

Gráfico G. Distribución de las entidades estatales: Contratación directa como porcentaje del total de la contratación (excluyendo prestación de servicios y apoyo a la gestión) 2016

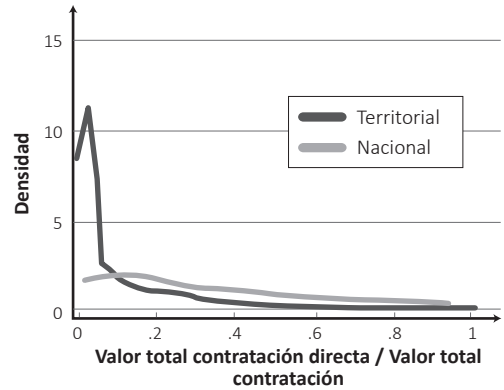
Panel A. En total de contratos

% contratos directos (excluyendo PS) en total



Panel B. En valor total de contratos

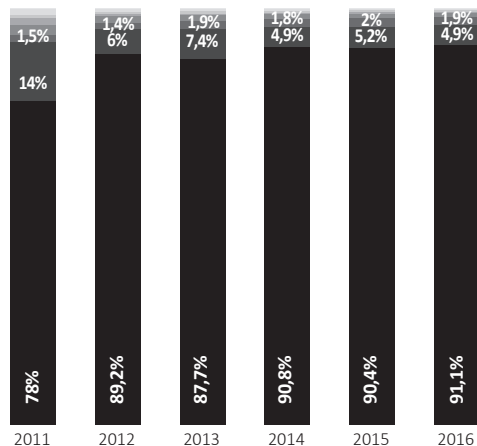
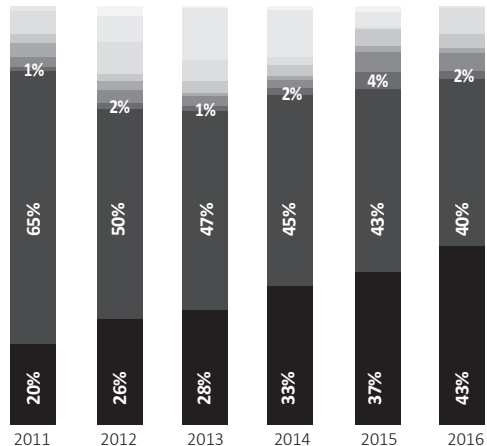
% valor contratación directa (excluyendo PS) en total



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

Para el período 2011-2016 los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión representaron entre el 78 y 91% del total de los procesos de contratación en la modalidad de contratación directa, y entre 20 y 43% del valor total de los procesos de contratación en la modalidad de contratación directa.

El siguiente gráfico muestra las causales invocadas para la contratación directa.

Gráfico H. Participación de las causas de contratación directa 2011-2016**Panel A. En total de contratos****Panel B. En valor total de contratos**

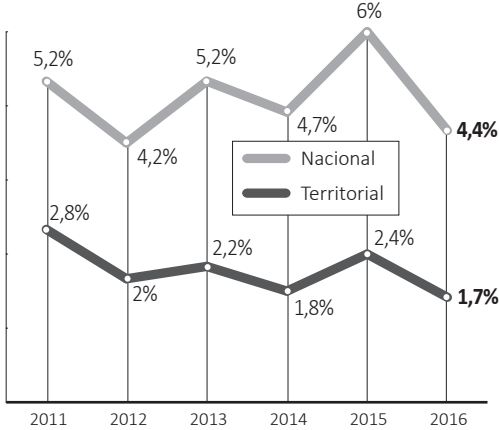
- Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión
- Contratos interadministrativos
- Arrendamiento o adquisición de inmuebles
- Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado
- Urgencia manifiesta
- Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas
- Constratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el DAS
- Contratación de empréstitos
- Contratos de encargo fiduciario que celebren entidades territoriales

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

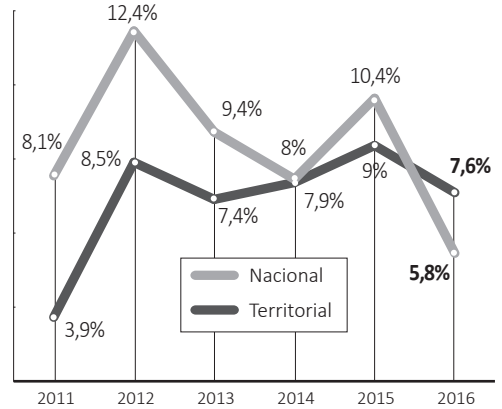
Para poder ver el peso de los procesos no competitivos en el sistema de compra pública, tomamos la contratación directa sin contratos interadministrativos, ni contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión, como proporción del número total de contratos y del valor total de los contratos. El peso de los procesos no competitivos en el sistema de compra pública lo ilustra el gráfico I. Las entidades estatales de orden nacional tienen un porcentaje de contratación directa mayor al de las entidades territoriales en el período de estudio, excepto en 2014, cuando el valor de los dos grupos es equivalente, y en 2016 cuando el valor de los procesos no competitivos de las entidades estatales del orden nacional es menor al de las entidades estatales del orden territorial. Este gráfico muestra que los registros muestran más competencia en el sistema de compra pública de lo que generalmente se reconoce.

Gráfico I. Procesos no competitivos como proporción del total de la contratación

Panel A. En total de contratos



Panel B. En valor total de contratos

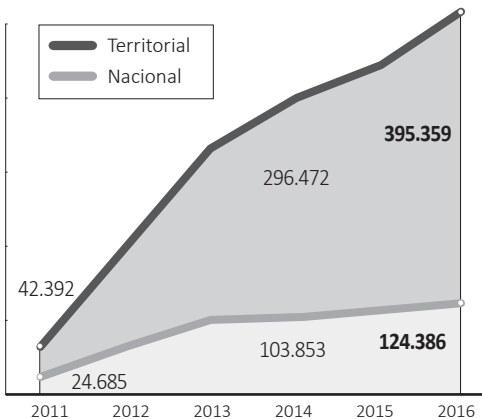


Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

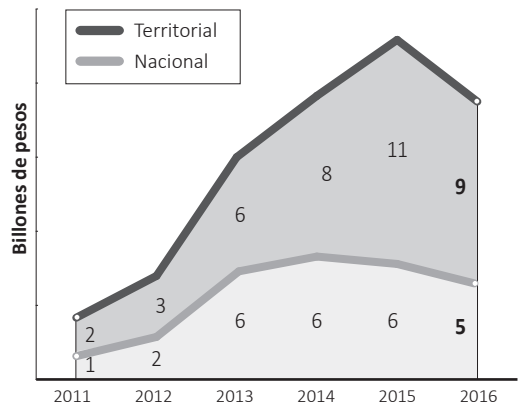
El gráfico J muestra que el crecimiento promedio interanual del número de contratos de servicios personales y apoyo a la gestión es acelerado tanto a nivel territorial como a nivel nacional con tasas de 71 y 48% respectivamente. Por su parte, el crecimiento promedio interanual del valor de estos en las entidades del nivel nacional es del 50% y en el nivel territorial del 42%.

Gráfico J. Evolución de la prestación de servicios y apoyo a la gestión 2011-2016

Panel A. Número total de contratos



Panel B. Valor total de contratos

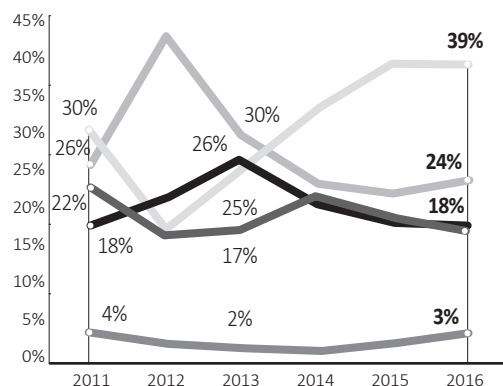


Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

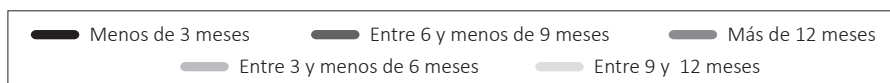
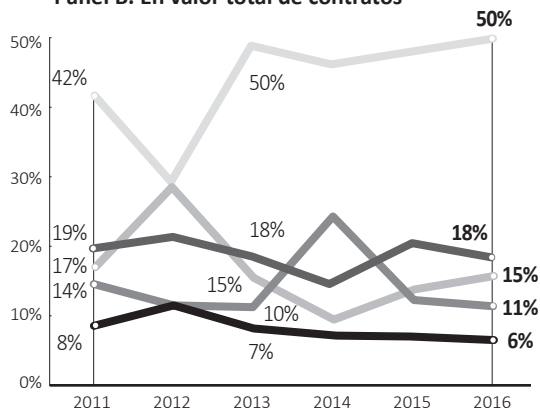
El plazo de los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión y su participación en el total de estos contratos confirma que esta es una contratación de talento humano. En las entidades del nivel nacional los contratos con duración entre 9 y 12 meses estabilizan su participación dentro del total a partir de 2015. Esto puede estar asociado al inicio del gobierno y cambios en el gabinete presidencial, en los establecimientos públicos nacionales y empresas públicas del orden nacional (gráfico K).

Gráfico K. Evolución de la participación por duración del contrato en total de contratos por prestación de servicios 2011-2016: Entidades del nivel nacional

Panel A. En total de contratos



Panel B. En valor total de contratos



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

En conclusión, la prestación de servicios personales y apoyo a la gestión es el componente más importante de la contratación directa y tiene una alta correlación con el ciclo electoral. No obstante, es imperativo señalar que una gran cantidad de estos contratos obedece a las restricciones de la planta de personal de las entidades estatales. El criterio de selección de este personal debe ser parte de la gestión de talento humano en las entidades estatales. Tratar la prestación de servicios de apoyo a la gestión como venta de servicios, distorsiona la información del sistema de compra pública.

ADICIONES A LOS CONTRATOS

La adición de los contratos no es en sí misma una manifestación de corrupción, sin embargo, las adiciones del objeto de los contratos pueden ser una forma de contratar directamente algunas tareas o alterar las reglas iniciales de la competencia, por lo que indican riesgo de corrupción.

La tabla A muestra que las entidades estatales del nivel nacional tienen en promedio un mayor porcentaje de contratos con adiciones que las entidades del nivel territorial y el valor de las adiciones como porcentaje de la cuantía original del contrato es mayor a nivel nacional. Sin embargo, las entidades estatales que más adicionan sus contratos están en el nivel territorial (valores extremos).

Tabla A. Adiciones presupuestales 2015: Nación vs Entidades territoriales*

Variable 2015	Nivel	Media	Mediana	Desviación	Min	Max
Contratos con adiciones como % del total de contratos	Nacional	8,38%	5,4%	10.4 p.p	0%	72,5%
	Territorial	3,62%	0%	8.46 p.p	0%	100%
Adiciones como % del valor contratado	Nacional	3,83%	1,2%	8.38 p.p	0%	81%
	Territorial	2,06%	0%	36.21 p.p	0%	567%

*Los valores que siguen el máximo territorial de adiciones como porcentaje del valor contratado son: 521% y 505%.

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015

Los contratos cuyo objeto pertenece a las categorías de materias primas, maquinaria, herramientas y equipo industrial y vehículos (obra pública y adquisición de equipos y vehículos), las entidades del nivel territorial hacen en promedio más adiciones al valor del contrato como porcentaje de su valor (tabla B).

**Tabla B. Adiciones presupuestales a nivel de categorías del objeto del contrato 2015:
Entidades nacionales vs territoriales**

Sector 2015 Nacional Promedio	Panel A. Entidades del nivel nacional		Panel B. Entidades del nivel territorial	
	Contratos con adiciones como % del total de contratos	Adiciones como % del valor contratado	Contratos con adiciones como % del total de contratos	Adiciones como % del valor contratado
Material Vivo Animal y Vegetal	7.5%	3.1%	3.4%	1.2%
Materias Primas	7.3%	3.4%	6.9%	4.6%
Maquinaria, Herramientas, Equipo Industrial y Vehículos	8.5%	5.7%	4.1%	7.5%
Componentes y Suministros	5.9%	2.5%	4.4%	2.5%
Productos de Uso Final	4.9%	5.0%	3.2%	1.9%
Servicios	8.9%	4.2%	3.9%	2.2%
Terrenos, Edificios, Estructuras y Vías	10.9%	4.3%	5.6%	2.1%

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015

PERSISTENCIA DE CONTRATISTAS COMO FACTOR DE RIESGO

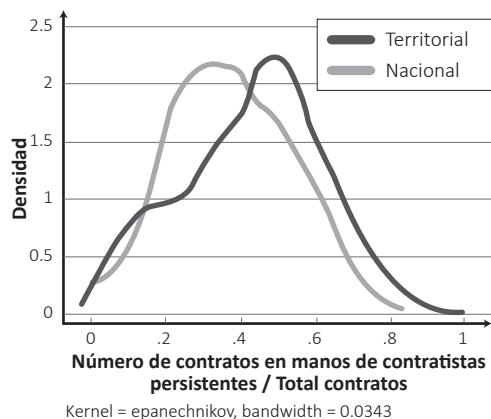
Hay persistencia de contratistas como factor de riesgo cuando un contratista celebra dos o más contratos con la misma entidad estatal en dos años consecutivos.

El análisis de la distribución del número de contratos de las entidades estatales en manos de contratistas persistentes muestra que hay entidades estatales del nivel territorial con contratistas persistentes para la totalidad de sus contratos entre 2014 y 2015, y entre 2015 y 2016 (gráfico L). Es decir, los valores máximos de la distribución en el nivel territorial son mucho mayores a los valores máximos de la distribución nacional.

Gráfico L. Distribución de las entidades estatales en el porcentaje de contratos en manos de contratistas persistentes 2015-2016: Nación vs Entidades Territoriales

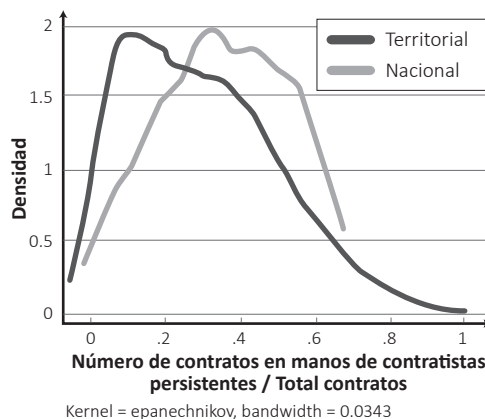
Panel A. 2014 - 2015

Persistencia contratistas en el número de contratos



Panel B. 2015 - 2016

Persistencia contratistas en el número de contratos



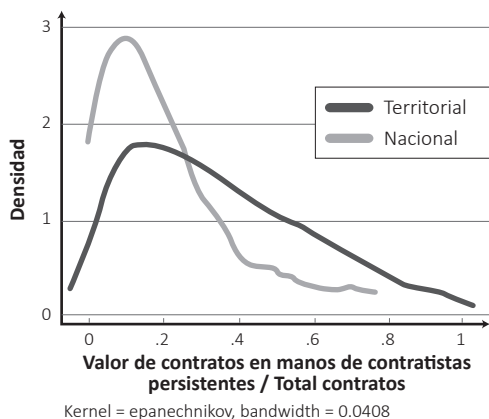
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2014-2016

Aunque el cambio es menos pronunciado que en el número de contratos, la distribución del valor de los contratos en manos de contratistas persistentes también pasa de localizarse de la derecha a la izquierda para las entidades del nivel territorial. En 2016, el valor de los contratos en manos de los contratistas persistentes como porcentaje del total del valor de la contratación aumentó pronunciadamente para las entidades estatales del nivel nacional, y disminuyó para las entidades del nivel territorial (gráfico M, panel B).

Gráfico M. Distribución de las entidades estatales Porcentaje del valor de los contratos en manos de contratistas persistentes 2015-2016: Entidades nacionales vs territoriales

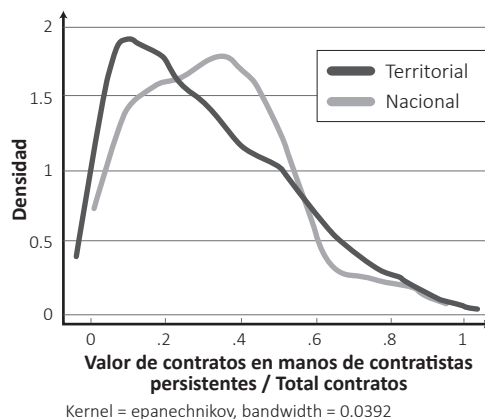
Panel A. 2014 - 2015

Persistencia contratistas en el número de contratos



Panel B. 2015 - 2016

Persistencia contratistas en el número de contratos



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2014-2016

Para entender mejor la persistencia de contratistas, desagregamos la información de contratistas persistentes de prestación de servicios personales y apoyo a la gestión de la de los demás contratistas y el resultado sugiere el uso de la contratación pública para beneficio electoral a través de (i) ampliación de la nómina vía contratos de prestación de servicios personales y apoyo a la gestión; y (ii) asignación directa de la contratación.

El análisis de la persistencia de contratistas requiere una profundización adicional para excluir algunos contratos de licenciamiento de software, software como servicio (*software as a service*) y otros contratos de tecnología de información y telecomunicaciones, que requieren de un mismo contratista durante un plazo considerable, y los contratos de arrendamiento.

CONCENTRACIÓN DE LA CONTRATACIÓN: ÍNDICE DE HERFINDAHL-HIRSCHMAN

Usamos el índice de Herfindahl-Hirschman para calcular el porcentaje de contratos de valor contratado por un contratista respecto del valor total y del número total de contratos. El índice se construye a nivel de la entidad que contrata y por categoría del objeto de la contratación de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios de Naciones Unidas.

La tabla C muestra que tanto en el nivel nacional como en el territorial hay concentración de contratistas. El valor máximo del índice en número de contratos y en el valor de los mismos es 10000. La concentración de contratistas en las entidades del nivel nacional es menor a la de las entidades del nivel territorial, pero es similar en ambos niveles de la administración pública.

Tabla C. Índice de concentración Herfindahl-Hirschman 2016: entidades del nivel nacional vs entidades del nivel territorial

HH por entidad y sectores 2016	Nivel	Media	Mediana	Desviación	Min	Max
Índice HH (Número contratos)	Nacional	3037	1405	3550	0	10000
	Territorial	4123	2800	3633	1	10000
Índice de HH (Valor contratos)	Nacional	4389	3525	3503	0	10000
	Territorial	4966	4181	3488	0	10000

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

El cálculo del índice de concentración por la categoría del objeto del proceso de contratación y por el nivel de la entidad estatal respecto del número de contratos, muestra una alta concentración de contratistas en las entidades del nivel nacional en todas las categorías, salvo en productos de uso final y servicios.

Respecto al valor de los contratos hay alta concentración de contratistas en todas las categorías de los objetos contractuales, salvo en servicios. Por su parte, en las entidades del nivel territorial, servicios es la única categoría con bajo índice de concentración promedio tanto en el número de contratos como en valor. El tipo más concentrado para ambos niveles es material vivo, animal y vegetal (tabla D). Es posible que material animal y vegetal esté sobre representado porque muchas entidades estatales clasifican mal sus procesos de contratación y este es el grupo que está en primer lugar en la lista desplegable del SECOP.

Tabla D. Índice de concentración Herfindahl-Hirschman promedio por categoría del objeto de la contratación 2016: Nación vs Entidades Territoriales

Sector 2016 Nacional	Panel A. Nación Panel		B. Entidades Territoriales	
	Promedio Índice HH (Número contratos)	Promedio Índice HH (Valor contratos)	Promedio Índice HH (Número contratos)	Promedio Índice HH (Valor contratos)
Material Vivo Animal y Vegetal	5155	6075	7710	8117
Materias Primas	4620	5991	5965	6896
Maquinaria, Herramientas, Equipo Industrial y Vehículos	4493	5930	5832	6838
Componentes y Suministros	4027	5481	4983	5843
Productos de Uso Final	1646	3625	3201	4070
Servicios	562	1496	1813	2522
Terrenos, Edificios, Estructuras y Vías	4962	5877	5772	6876

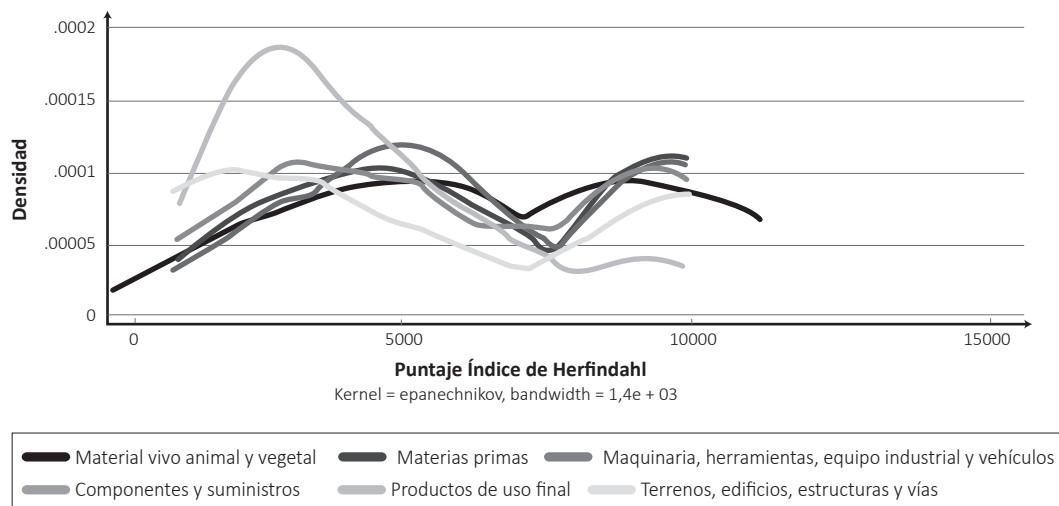
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

Al observar las distribuciones del índice de concentración para categorías del objeto de la contratación en las entidades del nivel nacional, vemos entidades estatales con niveles de concentración monopolícos en toda su contratación. También es interesante señalar cómo en la contratación de todas las categorías de los objetos contractuales hay dos picos. Uno en niveles de concentración moderados o altos, otro en niveles de concentración monopolícos (gráfico N).

Gráfico N. Distribuciones del índice de Herfindahl-Hirschman por categoría del objeto de la contratación: Nivel Nacional 2016 valor de los contratos

Nivel nacional 2016 - valor de los contratos

Concentración sectorial: valor contratos por sector



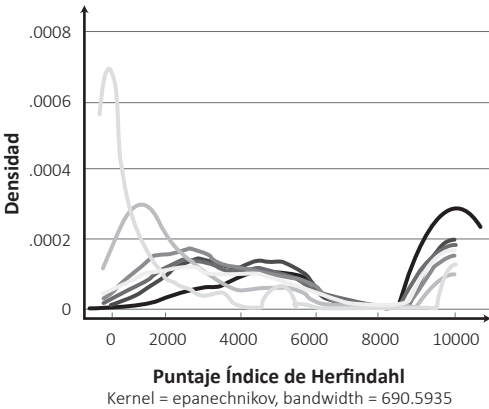
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

Las entidades estatales del nivel territorial muestran una concentración de contratistas más elevada en el valor de los contratos que en el número de contratos. Sin embargo, en ambos índices hay entidades del nivel territorial que enfrentan una concentración monopólica, muchas más en el índice para valor de los contratos. En todas las categorías de los objetos contractuales las entidades estatales del nivel territorial muestran altos niveles de concentración, excepto en servicios (gráfico O).

Gráfico O. Distribución de las Entidades contratantes: Índice de concentración Herfindahl-Hirschman por categoría del objeto de la contratación 2016: Nivel Territorial

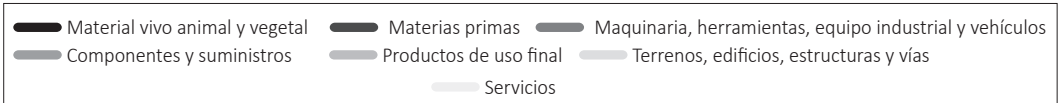
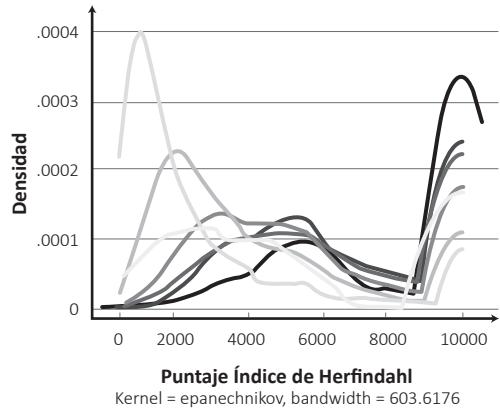
Panel A. Número total de contratos

Contratación sectorial: contratos por sector



Panel B. Valor total de contratos

Contratación sectorial: valor contratos por sector



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

ÍNDICE DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN (IRC) EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El riesgo de captura de recursos públicos en el sistema de compra pública es más alto en aquellos procesos sin competencia o con bajo nivel de competencia. La persistencia de los contratistas, la alta concentración de contratistas, la proporción de contratos en los cuales la modalidad de selección es la contratación directa, son manifestaciones usadas como indicadores para construir un índice de ausencia de competencia en los procesos de contratación y como aproximación para el riesgo de corrupción en la contratación pública.

Construimos un índice de riesgo de corrupción (IRC) en el que cada indicador se normaliza por su valor máximo para que su rango esté entre 0 y 1. El índice es una combinación lineal de los siguientes indicadores, los cuales tienen igual peso: (i) la contratación directa excluyendo la prestación de servicios personales y apoyo a la gestión como porcentaje del total de la contratación (tanto en el número como en el valor de los contratos); (ii) contratistas

persistentes 2015-2016 (en total de contratistas, en número de contratos, y en valor de los mismos); (iii) porcentaje de contratos con adiciones presupuestales y adiciones presupuestales como porcentaje de la cuantía del contrato; y (iv) el índice de concentración de contratistas (tanto en número como en valor de los contratos)³.

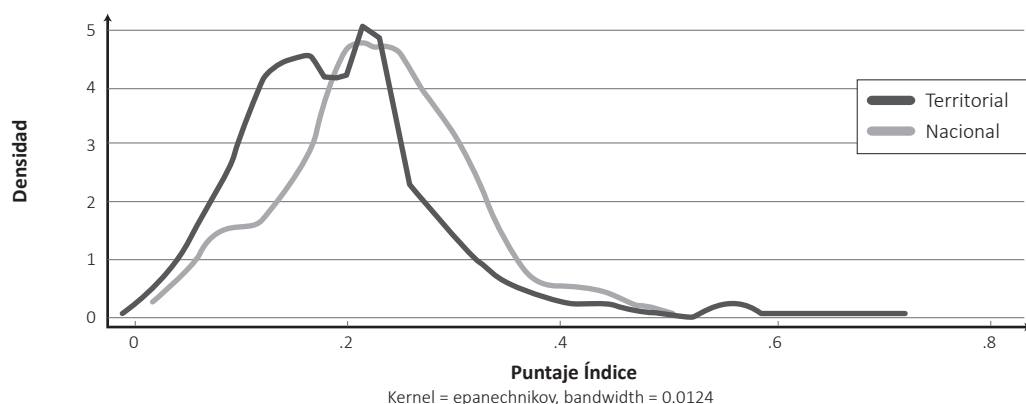
El cálculo del ICR es para cada entidad estatal, por lo cual no hay diferencias asociadas al presupuesto, el número de categorías en sus contrataciones y la complejidad en los procesos de contratación.

El gráfico P muestra que en promedio las entidades del nivel nacional tienen un riesgo más alto de acuerdo con el IRC que las entidades del nivel territorial. La diferencia de medias es estadísticamente significativa: 0.23 vs 0.19. Sin embargo, las entidades con un IRC más alto pertenecen al nivel territorial. La entidad de nivel nacional con mayor IRC tiene un puntaje de 0.49 y la del nivel territorial de 0.71. La entidad de mayor IRC en el nivel territorial está 2.4 desviaciones por encima de la entidad de nivel nacional con mayor IRC. La mediana de las entidades estatales del nivel nacional es mayor a la mediana del nivel territorial (0.22 vs 0.18).

Gráfico P. Distribución del Índice de riesgo de corrupción de las entidades estatales 2016: Nación vs Entidades Territoriales

Nación vs. Entidades Territoriales

Índice de Riesgo en la Contratación Pública 2016



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

3 La metodología se basa en la usada por Fazekas & Tóth (2012), Fazekas, Tóth & King (2013a), y Fazekas, Tóth & King (2013b).

El índice no muestra una correlación fuerte con el tamaño de las entidades estatales contratantes. En otras palabras, un mayor número de contratos o un valor contratado más elevado en promedio no está relacionado con algún nivel de riesgo en la contratación según el IRC.

Además de calcular el IRC por entidad contratante hicimos un esfuerzo por monetizar el riesgo con la siguiente fórmula:

$$E[\text{Recursos públicos en riesgo}] = \text{Pr}(\text{Corrupción}) * \text{Valor total de los contratos más adiciones}$$

Donde:

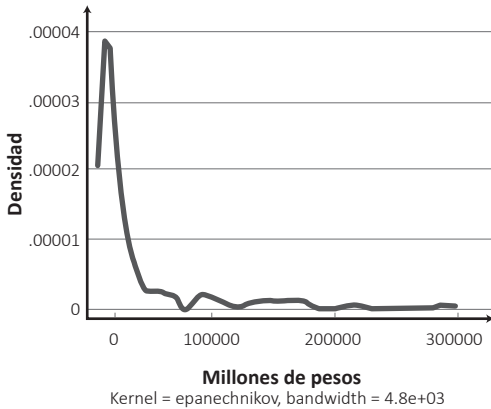
- *E[Recursos públicos en riesgo]*: Valor esperado del monto de los recursos destinados a la contratación pública en riesgo
- *Pr(Corrupción)*: Probabilidad de corrupción aproximada por medio del IRC
- *Valor total de los contratos más las adiciones*: Valor nominal de los contratos más las adiciones (millones de pesos)

El valor estimado de recursos en riesgo presenta una variación alta tanto a nivel nacional (141.000 millones de pesos de desviación estándar) como territorial (13.000 millones de pesos de desviación estándar). En promedio, las entidades contratantes pertenecientes al nivel nacional tienen en riesgo 38.000 millones de pesos (su mediana es de 6.178 millones de pesos), mientras que las entidades de nivel territorial 1.700 millones de pesos (y su mediana es de 43 millones de pesos) (gráfico Q). Lo cual es natural porque las entidades del nivel nacional tienen mayor presupuesto para ejecutar a través del sistema de compra pública, y es una motivación para concentrar el análisis en las entidades del nivel nacional, sin desestimar los efectos de bienestar que los recursos pueden tener en las entidades territoriales con menor presupuesto.

Gráfico Q. Distribución de las entidades estatales según el valor estimado de los recursos en riesgo de corrupción de las entidades estatales 2016: Nación vs Entidades Territoriales*

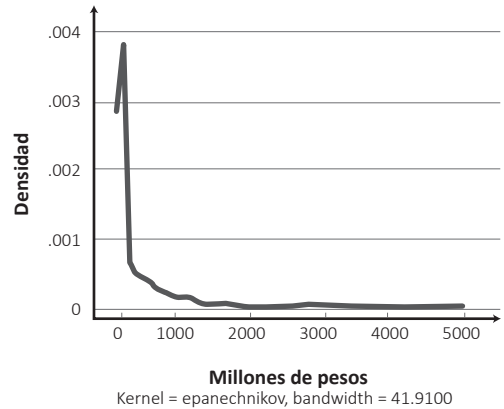
Panel A. Nación

IRCN en la contratación pública 2016: Nación



Panel B. Entidades Territoriales

IRCN en la contratación pública 2016: Territorio



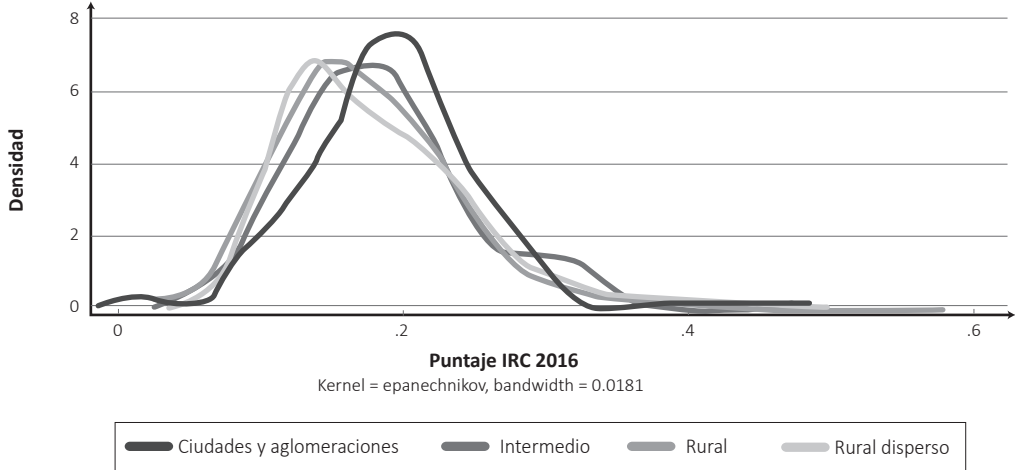
*Para mejor visualización de las distribuciones ambos paneles fueron acotados.

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

Finalmente revisamos el IRC de las alcaldías municipales del país e hicimos una clasificación por su ruralidad. Las ciudades y aglomeraciones tienen en promedio un riesgo de corrupción más alto (0.192) de acuerdo con el IRC, seguidos por intermedio (0.187), rural disperso (0.183) y rural (0.178). Los municipios con riesgos de corrupción más alto están en la clasificación rural, alcanzando valores de 0.58. Les siguen las ciudades y aglomeraciones con máximos de 0.47. El rango dentro del cual están los promedios por clasificación rural es menor a media desviación estándar (0.06).

Gráfico R. Distribución del IRC de las alcaldías municipales 2016: Clasificación de Ruralidad**Clasificación de la ruralidad**

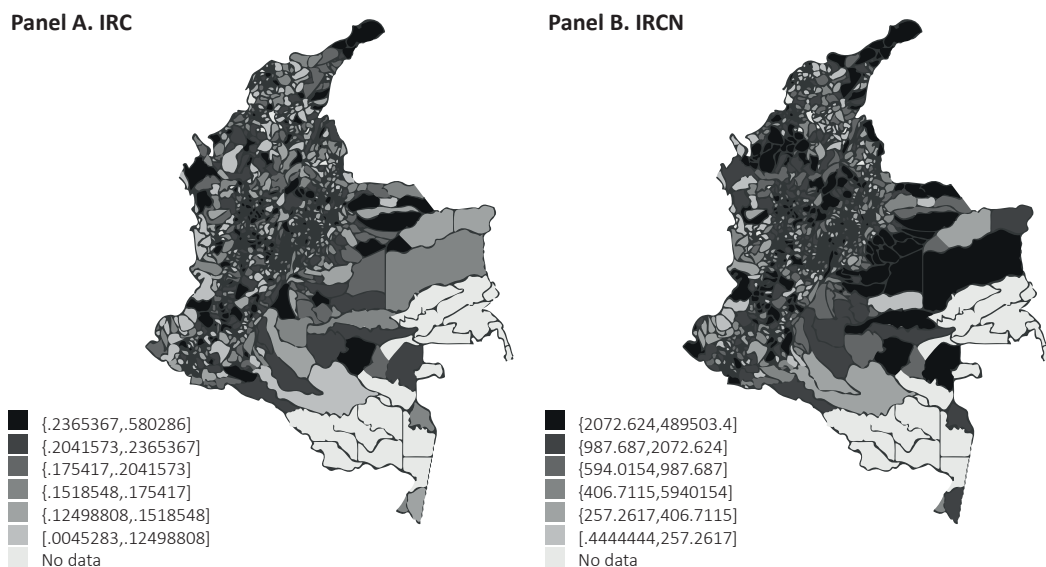
IRC por clasificación de Ruralidad (2016)



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016 y Misión para la Transformación del Campo 2015

Hicimos un ejercicio de georreferenciación del IRC y el IRC ponderado por valor en riesgo (IRCN) para 2016 que muestra municipios que a pesar de tener un IRC bajo, tienen un IRCN alto como consecuencia del valor de su presupuesto (figura A). El IRCN de los municipios de la Orinoquía tienen los mayores valores nominales en riesgo, seguidos por los de la región Caribe, mientras que las demás regiones muestran una alta heterogeneidad entre sus municipios.

Figura A. Georeferenciación del IRC y IRCN en Colombia 2016



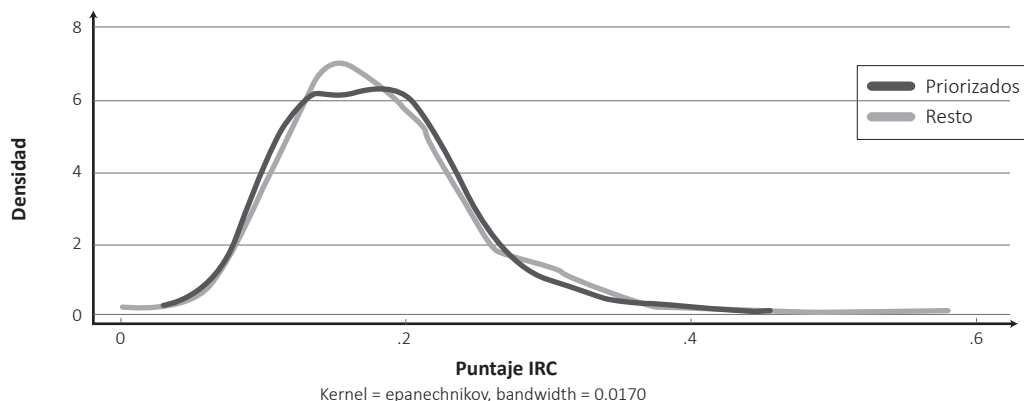
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016 y DANE

La comparación entre los municipios priorizados en el postconflicto y los demás municipios muestra que las medias no son estadísticamente diferentes, ambas muy cercanas a 0.18 (gráfico S). De igual forma, la distribución de ambos tipos de municipios es muy similar. La mediana de ambas distribuciones es 0.18, y su desviación estándar de 0.06. Lo anterior no es extraño pues en ambos grupos hay todo tipo de municipios, desde ciudades y aglomeraciones hasta rural disperso. A pesar de la similitud de las distribuciones, vale la pena resaltar que en los municipios priorizados hay IRC menores a los de los municipios no priorizados (0.44 vs 0.58), 2.3 desviaciones por debajo.

La comparación de los índices nominales muestra que hay mayor valor en riesgo en los municipios no priorizados para el postconflicto, lo cual es natural pues estos son los municipios con mayor presupuesto. En promedio los municipios no priorizados tienen en riesgo 3.200 millones de pesos, mientras que los priorizados en riesgo de 1.900 millones, de acuerdo con la metodología de cálculo explicada anteriormente.

Gráfico 5. Distribución del IRC de los municipios colombianos 2016: Municipios priorizados para el Post-Conflicto y resto de municipios

Municipios priorizados para el Post-Conflicto y resto de municipios



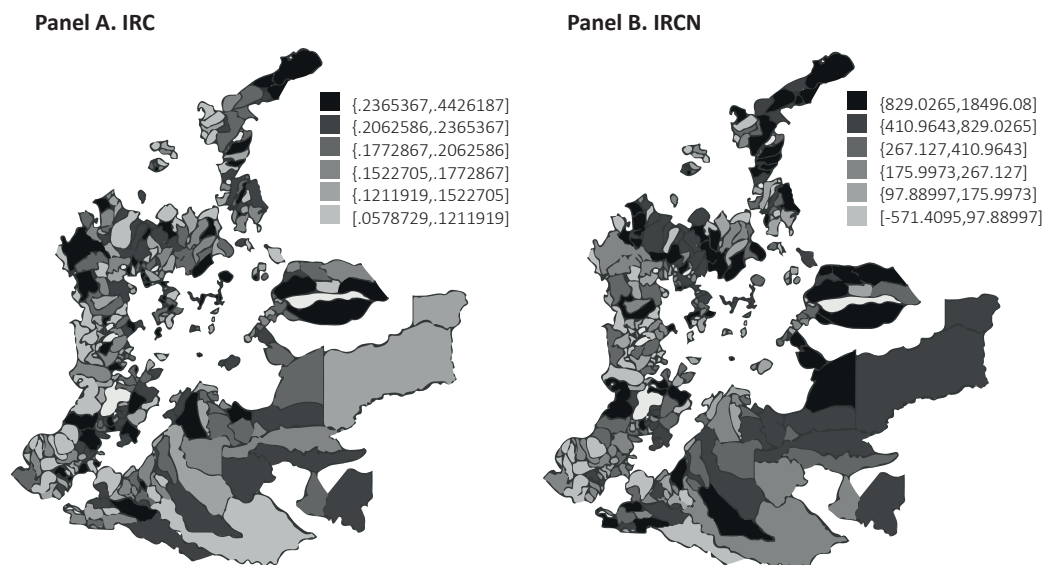
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

También es importante mirar con atención los recursos destinados a atender las obligaciones del Acuerdo de Paz. El Gobierno calculó en el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP) 2017 que las entidades territoriales destinarán cerca de 5.5 billones de pesos de recursos propios a lo largo de 15 años para atender estas obligaciones. Para este cálculo, el MFMP mide la capacidad de los gobiernos territoriales para invertir en proyectos dirigidos a la implementación de los acuerdos. Esta capacidad se determinó teniendo en cuenta los recursos que tienen a disposición las entidades territoriales después de cubrir sus gastos de funcionamiento y el pago de obligaciones financieras⁴. Al multiplicar esta capacidad de inversión por el IRC de cada entidad estatal de nivel territorial, vemos que sólo en el primer año habría aproximadamente 214 mil millones de pesos en riesgo, 58% del total de recursos propios aportados anualmente por todas las entidades territoriales.

En la figura B están ubicados geo-espacialmente los municipios priorizados para el postconflicto con su IRC y su IRCN para los recursos propios destinados a inversiones del postconflicto. Los municipios de los departamentos de Guajira, Cesar, Córdoba, Chocó, Arauca, y el municipio de Buenaventura son los municipios priorizados para el postconflicto con mayores recursos propios en riesgo.

⁴ La disponibilidad de los gobiernos territoriales para invertir se mide como su ahorro corriente. Este ahorro se define como la diferencia entre los ingresos y los gastos corrientes. Los ingresos están conformados por los recaudos tributarios y los ingresos no tributarios. Los gastos corrientes corresponden a la suma de gastos de funcionamiento y servicios de la deuda pública. Toda la información proveniente del FUT.

Figura B. Georreferenciación del IRC e IRCN de recursos propios para el post-conflicto: Municipios Priorizados



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016, FUT 2015 y DANE

CARACTERIZACIÓN DE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL DECIL DE MAYOR RIESGO

Finalmente hicimos una revisión de las entidades que están en el decil de mayor riesgo y las caracterizamos de acuerdo al nivel y el sector de la administración pública.

RECOMENDACIONES

El documento contiene recomendaciones para fortalecer el sistema de compra pública, las cuales surgen del análisis realizado en su elaboración, en las recomendaciones de la OCDE (2016) y de algunas de las contenidas en la propuesta de nuevo estatuto de contratación publicado por Colombia Compra Eficiente en 2016.

Las recomendaciones están agrupadas en los siguientes temas (a) registro de información y reportes; (b) mejorar el diseño del manejo de conflictos de intereses; (c) definir claramente las causales de la selección por contratación directa; (d) crear una categoría para los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión y tratarlos como un asunto de talento hu-

mano; (e) continuar ofreciendo instrumentos de agregación de demanda, ampliar la oferta y estudiar la posibilidad de agregación regional; (f) mejorar los instrumentos para promover los mecanismos competitivos; (g) entender el alcance y utilidad de los documentos estándar y organizar una oferta de ellos; (h) invertir recursos en la formación de los compradores públicos; (i) hacer revisiones y diagnóstico en detallado del comportamiento del sistema de compra pública por categorías del gasto; (j) mejorar los sistemas de control a partir de los registros del SECOP; (j) trabajar en el análisis de las controversias originadas en los procesos de selección de contratistas y estudiar soluciones para los requerimientos de los socios comerciales de Colombia; (k) seguir estudiando la influencia del ciclo electoral en el sistema de compra pública; y (l) hacer seguimiento al sistema de compra pública para la ejecución de recursos del posconflicto.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de 2007, el sistema de compra pública⁵ en Colombia ha tenido cambios normativos y desarrollos administrativos que han mejorado su eficiencia y transparencia. El próximo gobierno debe apuntar a cumplir cuatro objetivos 1) aumentar la transparencia del sistema, lo cual por sí mismo no reduce la corrupción pero ayuda a evidenciarla, investigarla y sancionarla; 2) generar eficiencia y ahorros en el gasto público; 3) promover mayor competencia en la selección de proveedores y contratistas y fomentar la participación de estos en el sistema de compra pública; y 4) adaptar el sistema para que aumente la formalización de los negocios en las zonas afectadas por el conflicto y la efectividad del gasto en compra pública en estas zonas. Para esto es imprescindible trabajar en dos líneas: tomar decisiones informadas basadas en los datos del sistema de compra pública y mejorar la calidad de sus registros, de los sistemas de información y de transacción; y aumentar la profesionalización de los compradores públicos y de todos los actores del sistema. Este documento ofrece un análisis del sistema de compra pública a partir de sus datos y presenta recomendaciones para avanzar en los cuatro objetivos enumerados.

El valor de las transacciones del sistema de compra pública, los intereses asociados a estas, la complejidad de los procesos, la cercanía entre compradores públicos y oferentes⁶ y la

5 La definición propuesta por Colombia Compra Eficiente de sistema de compra pública es la estructura conformada por los actores del mercado, las reglas y los procedimientos aplicables al mercado y sus actores, las autoridades encargadas de aplicar tales reglas y procedimientos, los sistemas de información y las relaciones entre los actores, las autoridades y las entidades estatales, en el cual las entidades estatales toman decisiones de gasto público para adquirir bienes y servicios, ejecutar obras, para garantizar su funcionamiento, cumplir su misión y poner a disposición bienes, obras y servicios. Es importante tener en cuenta que el concepto de sistema de compra pública incluye la contratación de obra pública y de asociaciones público privadas.

6 En el presente documento utilizamos los términos oferente y proponente con el mismo significado para nombrar a quien participa de un proceso competitivo para seleccionar un proveedor de bienes, servicios, el constructor de una obra o el concesionario de un bien público.

multiplicidad de actores, hacen que el riesgo de corrupción en el sistema de compra pública sea elevado. Los costos directos de la corrupción incluyen la pérdida de recursos estatales a través de asignación ineficiente o el mayor valor y menor calidad de los bienes y servicios (OCDE, 2015). Inflar los precios, cobrar por servicios no prestados, no cumplir con la calidad establecida en el contrato, o usar materiales de menor calidad son formas usuales de recuperar el pago de sobornos. La percepción de corrupción en el sistema de compra pública es generalizada en el mundo. A nivel global la compra pública es una de las actividades estatales con mayor riesgo de corrupción. Según, el reporte sobre Sobornos en el Extranjero (2014) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos-OCDE-, el 57% de los sobornos son pagados para conseguir la adjudicación de compras públicas, seguido por pagos en trámites de aduanas con el 12%.

En Colombia el sistema de compra pública compromete más de un tercio del Presupuesto General de Nación lo cual equivale a una cifra entre el 10 y 15% del PIB y la percepción de corrupción en el sistema es más alta que en los países desarrollados. En la Unión Europea la corrupción en la compra pública se estima en 120 mil millones de Euros (Comisión Europea, 2014), lo que representa el 1% del PIB de la Unión Europea. Es por esto que el fortalecimiento del sistema de compra pública es fundamental en la lucha contra la corrupción, además de que genera ahorros en el gasto público y mejora la entrega de bienes y servicios a los ciudadanos. Se ha estimado que una reducción del 0,5% anual del costo del 20% de la compra pública en un período de 10 años, puede generar un incremento anual en el PIB, empleo y consumo de 0,1% durante 5 años (Vogel, 2009).

Este documento hace recomendaciones para el fortalecimiento del sistema de compra pública en Colombia con base en el análisis de los registros de información de los procesos de contratación⁷ registrados en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública-SECOP- por las entidades que contratan con cargo a recursos públicos entre los años 2011 y 2016. Es importante anotar que el registro de la actividad contractual en el SECOP es una obligación legal de todas las entidades que contratan bienes, obra o servicios con cargo a recursos públicos y que la evolución del registro muestra que el SECOP tiene datos de más del 98% de las entidades estatales que deben publicar en el SECOP.

En el presente documento hay una revisión de la evolución y una caracterización del sistema de compra pública en Colombia; una descripción de los registros de compra pública a nivel nacional y territorial entre los años 2011 y 2016, una identificación de factores de riesgo

7 Término definido en el Decreto 1510 de 2013, compilado por el Decreto 1082 de 2015: *Proceso de Contratación* es el conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde.

como la persistencia y concentración de contratistas y el cálculo de un índice de riesgo de corrupción en las entidades estatales con base en los factores de riesgo, así como el análisis y la comparación del índice en el nivel nacional y territorial, y una revisión del índice de las alcaldías municipales de acuerdo con su tamaño, ruralidad y nivel de afectación por el conflicto (municipios focalizados en el Acuerdo Final con las FARC); y recomendaciones derivadas del diagnóstico contenido en este documento, las dos revisiones de la OCDE al sistema de compra pública en Colombia⁸ y la propuesta de reforma al estatuto de contratación pública formulada por Colombia Compra Eficiente.

El diagnóstico de la revisión del sistema de compra pública colombiano muestra (i) una gran dispersión normativa que genera riesgos de seguridad jurídica; (ii) mejoría en el registro de las transacciones del sistema de compra pública, aunque hay espacio para mejorar en calidad y oportunidad; (iii) restricciones en la gestión de los contratos asociadas a los mecanismos de imposición de multas; (iv) la figura de la contratación de servicios personales y apoyo a la gestión distorsiona la información del sistema de compra pública y muestra un problema del manejo del talento humano en la administración pública; (v) los convenios interadministrativos para la adquisición de bienes y servicios o la ejecución de obras restringen la competencia en el sistema de compra pública; (vi) la necesidad de revisar las causales de contratación directa pues en ellas hay negocios jurídicos que no corresponden al concepto de contratación directa; (vii) las capacidades y el comportamiento de las entidades estatales es diverso y no es correcto generalizar el comportamiento de las entidades estatales del nivel territorial en el sistema de compra pública; (viii) el abuso de los regímenes especiales para entidades estatales que no están en competencia en el mercado son un factor de opacidad en el sistema de compra pública y no representan mayor eficiencia; (ix) es necesario mejorar las capacidades y habilidades de los servidores públicos en la función de compra y en el uso de los datos registrados en el SECOP para sus estudios de mercado; (x) el SECOP debe ser fuente de la investigación criminal y el control fiscal y disciplinario con sistemas de alertas; y (xi) la oferta de instrumentos de agregación de demanda debe continuar creciendo y ser consistente con las categorías de gasto de más frecuente uso por parte de las entidades estatales.

Las recomendaciones contenidas en este documento están orientadas a mejorar el registro de la información y a usar los reportes del SECOP para el control y el análisis del gasto, mejorar los mecanismos competitivos del sistema de compra pública, regular los conflictos de interés y definir mejor las causales de la contratación directa. En este documento no hay análisis ni recomendación sobre la gestión de los contratos, tarea que es importante para

8 OCDE (2013), "Public procurement in Colombia", en Colombia: Implementing Good Governance, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202177-10-en> OECD (2016b), Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>

tener una mirada más amplia del sistema de compra pública pero requiere un trabajo adicional a la revisión de los registros pues la información disponible sobre la ejecución de los contratos es escasa.

Queremos llamar la atención sobre la oportunidad de revisar el marco normativo del sistema de compra pública y simplificarlo en el contexto del postconflicto para apoyar el tránsito a la legalidad en el sistema de compra pública en las regiones afectadas por el conflicto⁹ y para desarrollar mercados en estas regiones para atender la demanda de las entidades estatales.

El Punto 1.3.3.4 del Acuerdo Final con las FARC hace referencia a la creación de un nuevo campo colombiano – Reforma Rural Integral- y al diseño e implementación progresiva de “un mecanismo de compras públicas para atender la demanda de las entidades y programas institucionales, que, de manera descentralizada, fomente la producción local para apoyar la comercialización y absorción de la producción de la economía campesina, familiar y comunitaria”.

El Acuerdo Final con las FARC está reflejado en el Presupuesto General de la Nación 2018 con la aprobación de 2.4 billones de pesos para el postconflicto, lo cual obliga a revisar los instrumentos de ejecución de estos recursos.

Como parte de la estrategia de racionalización del gasto en otros procesos de paz como los de Sudáfrica, Sierra Leona, y Guatemala, hubo modificaciones al sistema de compra pública para buscar recuperar de manera fácil y visible la institucionalidad en las zonas más afectadas por el conflicto, lograr la inversión efectiva de los recursos públicos en los bienes y servicios requeridos para el postconflicto y generar mayor confianza en los donantes garantizando la ejecución transparente y eficiente de los recursos entregados para el postconflicto.

2. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA

La Ley 80 de 1993 buscó: (a) ser una norma de principios y reglas generales aplicables a todo el aparato estatal, la cual dispuso que el derecho privado debía regir los negocios jurídicos

9 Tschirgi, Necla (2004). Post-conflict peacebuilding revisited achievements, limitations, challenges. Prepared for the WSP International/ IPA peacebuilding forum conference, p 1-38.

Post conflict states and public procurement. Strategic, economic and legal challenges opportunities. Summary of the discussions (2015). *International Scientific conference*.

Rauch, J., & Van Der Spuy, E. (2006). Police reform in post-conflict Africa: A review. Institute for Democracy in South Africa (IDASA).

WITTIG, W. (1999). Building Value through Public Procurement. In A Focus on Africa. Paper presented to the 9th international Anti-Corruption conference (Available online at: www.legacy.transparency.org).

de las entidades estatales, salvo las materias particularmente reguladas las cuales señalan el límite a la autonomía de la voluntad para estos negocios jurídicos, y (b) alejarse de la tendencia reguladora por casos. El Conpes 3186 de 2002 definió una política de eficiencia y transparencia en la contratación. El Conpes 3249 del 2002 estableció las bases para la implementación de una plataforma electrónica para la compra y la contratación pública. La Ley 1150 de 2007 modificó la Ley 80 de 1993 con el objeto de hacer más eficiente y transparente la contratación pública, creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública-SECOP-, reglamentó ciertas actividades para la planeación de los contratos, creó modalidades de selección de contratistas buscando mecanismos distintos de acuerdo con la complejidad de los procesos y su cuantía, e incorporó herramientas para la definición del valor de las ofertas. La Ley 1474 de 2011 estableció normas para fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción y el decreto Ley 4170 de 2011 creó la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente- lo cual dio lugar a la mejoría en el registro en el SECOP, a la oferta de instrumentos de agregación de demanda, a la organización de la normativa y jurisprudencia del sistema de compra pública y a la oferta de manuales, guías y documentos estándar. El decreto 1510 de 2013¹⁰ simplificó los decretos del sistema y reglamentó algunas funciones de Colombia Compra Eficiente.

A pesar de lo anterior, el sistema de compra pública en Colombia no tiene un régimen legal único pues hay normas sobre compra pública en leyes y cuerpos normativos relativos a otros asuntos¹¹ y tanto por iniciativa del gobierno como parlamentaria, hay un número importante de entidades estatales a las cuales no les es aplicable el régimen general del sistema de compra pública. Lo anterior, genera ineficiencias en el funcionamiento del sistema de compra pública, facilita la comisión de errores, afecta la seguridad jurídica y exige tiempo extra a los actores del sistema en la definición del marco jurídico a aplicar en cada caso.

EVOLUCIÓN DEL REGISTRO DE PROCESOS DE CONTRATACIÓN Y SU VALOR

El SECOP es el único punto en el cual las entidades estatales¹² deben registrar la información de sus procesos de compra de bienes y servicios y de ejecución de obras, y es el único punto

10 Hoy integrado en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015.

11 Por ejemplo, Ley 30 de 1992, Ley 100 de 1993, Ley 115 de 1994, Ley 489 de 1998, Ley 610 de 2000, Ley 805 de 2003, Ley 1116 de 2006, Ley 1122 de 2007, Ley 1682 de 2013, Ley 1727 de 2014, Ley 1738 de 2014.

12 Entidad Estatal es un término definido por el decreto 1510 de 2013, hoy compilado en el decreto 1082 de 2015 como cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan. Es decir, el concepto incluye ministerios, alcaldías, gobernaciones, empresas públicas, la rama judicial, la fiscalía, entre otras.

de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía sobre las compras y los contratos efectuados con cargo a recursos públicos¹³. En consecuencia, las entidades que contratan con cargo a recursos públicos están obligadas a publicar su actividad contractual en el SECOP en la oportunidad definida en el reglamento para garantizar la participación de los interesados y a publicar el contrato definitivo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de la firma¹⁴. Las entidades estatales son responsables de: (a) cargar oportunamente la información; (b) revisar la calidad de la misma y (c) corregir los errores y tomar los correctivos necesarios para evitar estos errores.

El SECOP está conformado por tres plataformas: (i) SECOP I; (ii) SECOP II; y (iii) Tienda Virtual del Estado Colombiano. El SECOP II y la Tienda Virtual del Estado Colombiano son plataformas transaccionales.

Los registros oficiales en SECOP permiten caracterizar las compras públicas para lo cual los autores depuraron los datos registrados en el SECOP entre 2011 y 2016 y aplicaron filtros de acuerdo con lo explicado en el Anexo 1 del documento¹⁵.

El gráfico 1 muestra cómo entre 2011 y 2016 el crecimiento interanual promedio del número de procesos de contratación registrados en el SECOP por las entidades del nivel nacional fue de 30%, y del nivel territorial de 50% (panel A). Por su parte, el crecimiento interanual promedio del valor de los procesos de contratación del nivel nacional fue de 36%, y del nivel territorial de 30% (panel B). En promedio el nivel territorial celebró 317.000 contratos más que el nivel nacional. El crecimiento del registro no obedece a un mayor gasto público en compras y contratos, obedece a una mejoría en el registro. Sin embargo, en promedio, el nivel nacional contrató 10 billones de pesos más que el nivel territorial de acuerdo con la información registrada en el SECOP¹⁶.

13 Literal (b) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

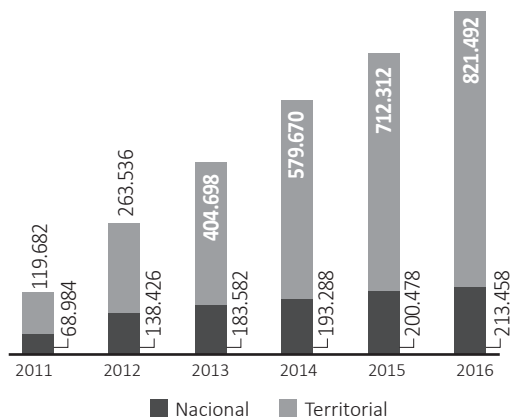
14 El SECOP es el único punto de ingreso de información y generación de reportes de las compras y los contratos para las entidades estatales y la ciudadanía, de acuerdo con la Ley 1150 de 2007, por esto se recomienda a control interno y a los organismos de control utilizar exclusivamente la información del SECOP lo cual mejorará la calidad y oportunidad del registro.

15 Las bases originales de SECOP además de errores no corregidos por quienes hacen los registros (valor de los contratos, modalidades de selección, objeto del contrato, identificación de las partes) tienen principalmente dos problemas: (i) contratos duplicados; (ii) inclusión de parte decimal como parte entera en el valor total de los contratos. En consecuencia, fue necesario hacer una depuración de los datos de acuerdo con la descripción contenida en el Anexo 1.

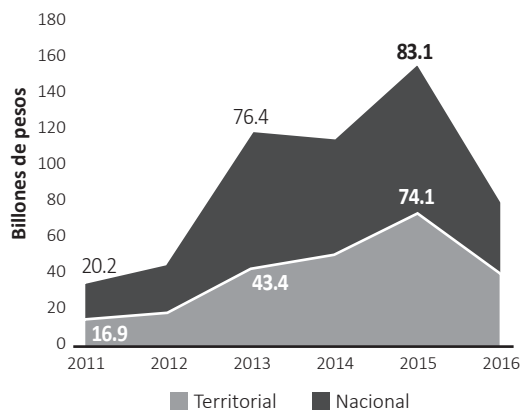
16 En sus tres plataformas.

Gráfico 1. Evolución del valor y número total de procesos de contratación registrados en SECOP 2011-2016

Panel A. Número total de contratos

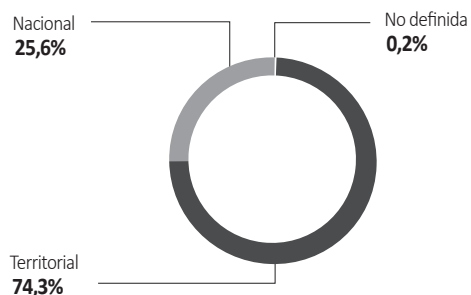
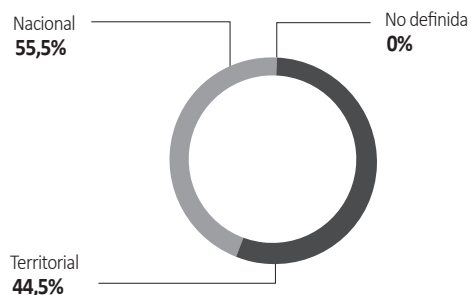


Panel B. Valor total de contratos



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

Entre 2011 y 2016 la participación de las entidades nacionales en el número total de contratos registrados decreció en 16 puntos porcentuales (p.p), mientras que su participación en el valor total de la contratación cayó en 5 p.p. Teniendo en cuenta la mejoría en el registro, esto puede indicar que el nivel nacional era más cumplido con su obligación de registrar en el SECOP su actividad en compras y contratos que los departamentos y municipios. En promedio entre 2011 y 2016 el nivel nacional tuvo una participación del 25% en el número de los contratos, y una participación del 56% en el valor total de la contratación (gráfico 2). En el año 2016 (el de mejor calidad de la información) se registraron contratos por un valor de \$81 billones de pesos en el SECOP, de los cuales \$39.8 billones corresponden a entidades del nivel nacional y \$41.4 billones a las entidades del nivel territorial. En total en 2016 el valor de las compras registrado en SECOP fue de 9,4% del PIB (vs 13% en el promedio de la OCDE), cifra equivalente al 38% del Presupuesto General de la Nación.

Gráfico 2. Participación promedio por nivel de la entidad estatal 2011-2016**Panel A. En total de contratos****Panel B. en valor total de contratos**

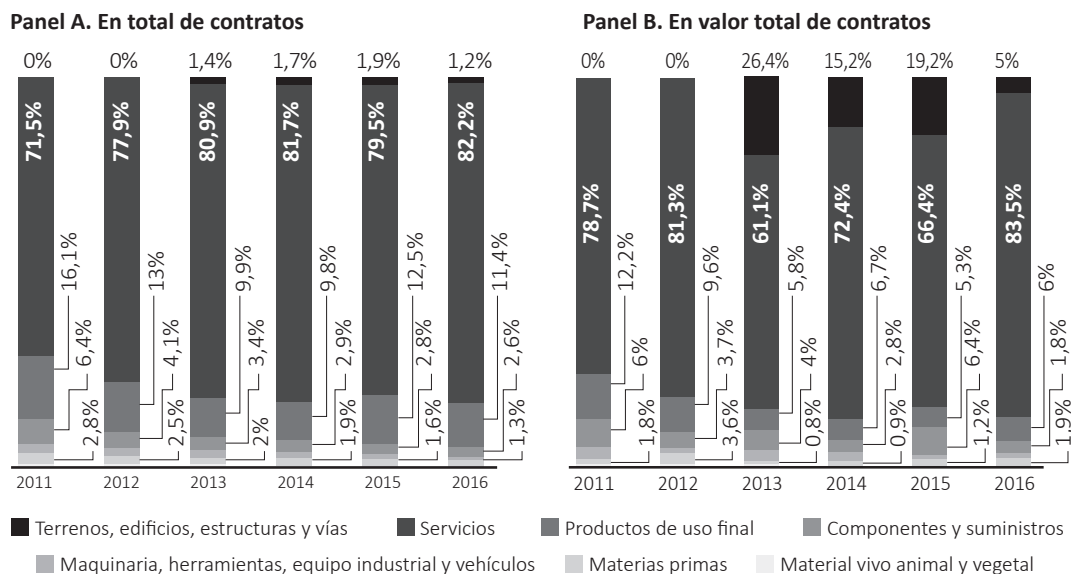
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016¹⁷

El análisis por categorías de los objetos de contratación es importante para entender el gasto público y buscar eficiencias a través de agregaciones de demanda, promoción de mercados, búsqueda de alternativas, entre otras, así como para identificar mercados con problemas de competencia y con altos niveles de conflictividad. A partir del año 2013 Colombia utiliza el clasificador de bienes y servicios de Naciones Unidas que permite estudiar estas categorías.

Como lo ilustra el gráfico 3 en el período 2011-2016 la categoría del objeto del contrato con mayor número de contratos y con mayor valor de contratos es «servicios», el cual aumentó su participación en el número total de contratos en 11 p.p. y 4 p.p en el valor total de los contratos. El concepto «servicios» incluye obra pública y en general todas las prestaciones de servicios¹⁸. La segunda categoría en importancia es «productos de uso final», la cual tiene una participación de 11.4% en el número total de contratos y de 6% en el valor total de la contratación para 2016. La participación en el total de contratos en la categoría productos de uso final cayó en 5 p.p y su participación en el valor total de contratos cayó en 6 p.p. Esta información es particularmente importante pues a pesar de no ser cierto hay un error común que es pensar que la obra pública es la categoría más representativa de la actividad contractual pública cuando representa menos del 25% en valor y menos del 0.5% en el número de contratos.

17 La categoría No definida corresponde a entidades que ejecutan recursos públicos pero no son Entidades Estatales en los términos de la definición contenida en el Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015.

18 Ver <https://www.colombiacompra.gov.co/clasificador-de-bienes-y-servicios>

Gráfico 3. Participación categorías objeto del gasto 2011-2016

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

El registro en el SECOP es un registro para que (i) el mercado conozca las oportunidades de negocio que tiene con el Estado, ofreciendo la misma información a todos los agentes, y (ii) las entidades estatales conozcan su propia demanda de bienes, obras y servicios y la forma en la cual la satisfacen. Los problemas en el registro, bien sean por su ausencia, registro incompleto o con errores, son una forma de negar el principio de transparencia, afectan la gestión del conocimiento del sistema de compra pública y son una barrera de la competencia pues incrementa los costos de transacción para conocer las oportunidades reales de negocio y los términos de la competencia, y desincentiva el uso de los datos públicos para conocer la demanda del Estado.

A pesar de que la ley es clara en señalar que el SECOP es único punto de registro de la información del sistema de compra pública y la única fuente de reportes, algunas entidades de control y organizaciones de la sociedad civil solicitan a las entidades estatales diligenciar información del sistema de compra pública en formatos o sistemas diferentes, creando un doble y hasta triple estándar para la información del sistema que es de acceso público.

Es necesario hacer un esfuerzo para mejorar la calidad del registro, utilizar apropiadamente los códigos del clasificador de bienes y servicios y hacer esfuerzos concluyentes para la in-

teroperación de las plataformas de gasto público (SIIF, Portal de Transparencia Económica y los ERP de los departamentos y municipios) con el SECOP para que estas se comuniquen en tiempo real.

Finalmente vale la pena mencionar el registro único de proponentes que está por fuera del SECOP lo cual genera costos de transacción muy altos.

SECOP II

A partir de 2015, Colombia Compra Eficiente invitó a las entidades estatales y a los proveedores a usar el Secop II, plataforma del SECOP que permite hacer los procesos en línea. Las características y beneficios del Secop II son: (i) cada entidad estatal define las funciones, atribuciones y responsabilidades de sus colaboradores en el manejo del proceso de compra y el flujo de aprobaciones propio del mismo; (ii) la entidad estatal puede tener una biblioteca única de documentos estándar para sus procesos de contratación; (iii) existe un directorio de proveedores, en el cual los proveedores administran su información, crean sus usuarios, gestionan la información de las oportunidades de negocio con las entidades estatales y estas pueden hacer búsquedas y obtener información del mercado; (iv) los documentos del proceso son manejados en línea, asegurando la reserva de la información antes de su publicación y llevando la trazabilidad de la cadena de elaboración y aprobación; (v) la disponibilidad de más y mejor información para la toma de decisiones durante el proceso de compra; (vi) las ofertas son presentadas en línea, así como las observaciones y respuestas entre los participantes; (vii) la gestión del contrato es en línea; (viii) la comunicación con los proveedores en línea; (ix) la utilización de herramientas en línea para analizar precios y comparar ofertas; (x) el sistema ofrece información para el mejoramiento al seguimiento interno a los procesos de compra; y (xi) la adopción de prácticas de cero papel para el sistema de compra pública.

El uso de Secop II puede mejorar sustancialmente la calidad de la información del sistema de compra pública y como es una plataforma transaccional obliga a la publicación oportuna de la información de los procesos. El despliegue del Secop II está aún en proceso y requiere el compromiso de las cabezas de las entidades estatales para asegurar el avance en todos los sectores de la administración pública.

PROCESOS DE AGREGACIÓN DE DEMANDA

Los acuerdos marco (*Framework Agreements*) son utilizados en el sector público y en el privado para agregar demanda. En Colombia la ley en 2007 contempló la posibilidad de

agregar demanda, sin embargo, solamente hasta la creación de Colombia Compra Eficiente y la expedición del decreto 1510 de 2013 fue posible hacerlo.

El objetivo de agregar demanda en el sistema de compra pública es que el Estado tenga un mayor poder de negociación y ofrecer un mecanismo de coordinación eficiente de las adquisiciones para generar mayor valor por dinero¹⁹. Los acuerdos marco permiten agregar bienes, obras y servicios que son heterogéneos, pero que tienen una alta demanda por parte de las Entidades Estatales (e.g. servicio de aseo y cafetería o compra de combustible) con lo cual es posible hacer compras agregadas o coordinadas.

Otro de los propósitos de los instrumentos de agregación de demanda es garantizar la calidad mínima en la prestación del servicio, el aprovisionamiento del bien, o la construcción de la obra. Lo que busca esta herramienta es estandarizar la calidad mínima, aprovechar las economías de escala y generar eficiencias en el proceso.

A partir de octubre de 2013 empezó a funcionar la Tienda Virtual del Estado Colombiano, plataforma en la cual operan los instrumentos de agregación de demanda (entre los cuales están los acuerdos marco), los cuales están a disposición de las entidades estatales de todos los niveles de la administración pública. La agregación de demanda ha permitido obtener ahorros importantes en dinero y en tiempo en la adquisición de bienes y servicios, como lo muestra la siguiente tabla:

Tabla 1. Procesos de agregación de demanda.

	Valor de las transacciones (miles de millones)	Ahorros (miles de millones)	Órdenes de compra
2013	1,42	211	10
2014	404,96	104,9	1208
2015	1.184,36	242,6	4915
2016	1.393,9	256,27	7159
Total Acumulado	2.984,64	814,775	13292

Fuente: Elaboración propia con base en Colombia Compra Eficiente

19 El mayor valor por dinero en el sistema de compra pública se traduce en el uso de los recursos de forma eficiente, eficaz y económica, evaluando los costos y beneficios del gasto, gestionando el riesgo y teniendo en cuenta la calidad, la sostenibilidad, oportunidad y el ciclo de vida de los productos, entre otros atributos no reflejados en el precio. El concepto del valor por dinero en el sistema de compra pública fue usado por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012 cuando afirmó: “La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión —especialmente de infraestructura— es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.” Corte Constitucional, Sentencia de 25 de abril de 2012, C-300 de 2012.

Colombia debe empezar a agregar demanda de bienes, obras y servicios de mayor complejidad como la consultoría²⁰ y la construcción de obras de infraestructura²¹.

Los acuerdos marco han sido también analizado como un mecanismo de reducir riesgos de corrupción al minimizar los puntos de interacción entidad estatal – oferente/proveedor y generar trazabilidad en línea.

MANUALES, GUÍAS Y DOCUMENTOS ESTÁNDAR

Los manuales, guías y documentos estándar son utilizados en muchas jurisdicciones para establecer con anticipación patrones de comportamiento de las entidades estatales en el sistema de compra pública. Son herramientas que generan eficiencias en el proceso de compra pública y en la medida en que son patrones de comportamiento del comprador público limitan su discrecionalidad lo cual hace que sean también instrumentos que previenen corrupción. Colombia Compra Eficiente ha expedido un número importante de manuales, guías y documentos estándar y ha coordinado un trabajo interinstitucional para la expedición de estos instrumentos.

Sin embargo, estos documentos no son omnicomprendivos, pues si bien establecen y comunican la estructura y el alcance de los documentos del proceso, estudios de mercado, documentos previos, pliegos de condiciones, formatos de oferta y de los contratos, hay información importante y relevante que requiere ser definida en cada caso en particular.

La mayoría de los documentos estándar que ofrece el mercado tienen la advertencia sobre la necesidad de entender el proyecto y seleccionar para cada caso particular qué es necesario y qué no del documento estándar. Los documentos FIDIC por ejemplo tienen la figura de las condiciones particulares que deben ser elaboradas y acordadas para cada caso en particular, de acuerdo con criterios, técnicos, financieros y legales.

Por ejemplo, los requisitos de capacidad financiera no pueden ser los mismos para la construcción de una vía secundaria de 3 kilómetros que para una vía secundaria de 300 kilómetros, así las especificaciones técnicas de la vía sean las mismas. Por tanto, los requisitos de capacidad financiera y experiencia exigidos a los proponentes no pueden ser establecidos en general sin tener en cuenta las especificidades del proyecto y del contrato. Esto hace que a pesar de existir pliegos estándar quien elabora los documentos del proceso tiene que fijar

20 <https://www.gov.uk/government/publications/consultancyone-framework-agreement-phase-i-suppliers>

21 <https://www.gov.uk/government/collections/education-funding-agency-contractors-framework>

estos requisitos lo cual puede dar lugar a favorecimientos y direccionamientos. Sobre este particular, el Departamento Nacional de Planeación y Colombia Compra Eficiente tienen una experiencia que vale la pena tener en cuenta, el apéndice de requisitos habilitantes para los documentos tipo de obra pública de los contratos plan²². En este apéndice de acuerdo con el tipo de obra fueron fijados rangos para los indicadores de capacidad financiera y para la experiencia exigida.

El documento el estándar para la selección del contratista que hace la construcción de una vía terciaria no es el mismo que para la construcción de andenes o de la plaza de mercado. La obra pública en salud es distinta a la de educación y distinta a la de deportes. Por esto, es necesario tener en cuenta los tipos de proyectos, la ubicación de los mismo y su valor, más allá de la categoría de obra pública.

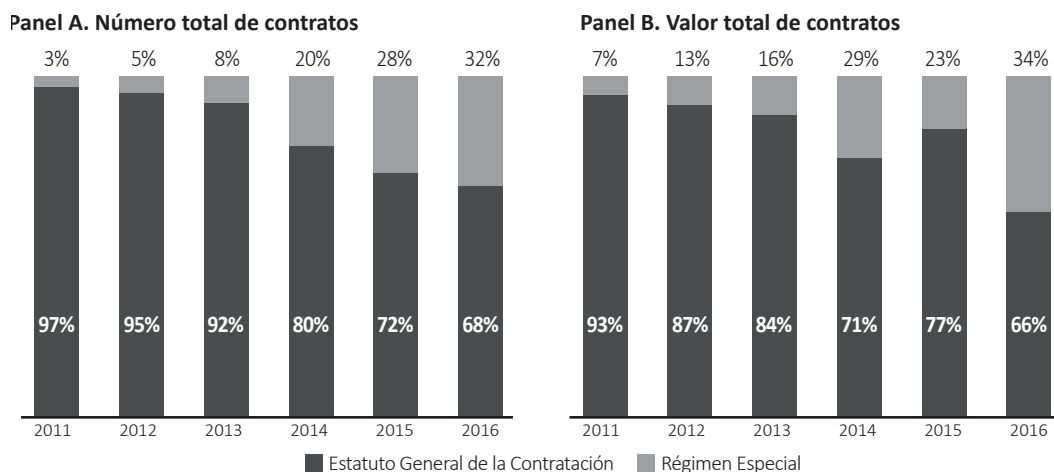
Otro punto que es importante tener en cuenta es que los documentos estándar hacen más transparente y predecible la selección de contratistas pero no pueden ser estáticos. Estos documentos deben ser enriquecidos de forma constante de acuerdo con las mejores prácticas locales, nacionales e internacionales y con las particularidades de los mercados. La rigidez en los documentos estándar produce dos efectos negativos: impide la celebración de cualquier proceso de contratación que tenga elementos diferentes a los previstos en los documentos tipo y no permite mejorar los procesos e innovar, pues frena la aplicación de nuevas buenas prácticas en estos documentos²³. La actualización de los documentos estándar debe tener procedimientos definidos y para esto la experiencia de la actualización de los documentos FIDIC es un precedente que debe tenerse en cuenta

REGÍMENES ESPECIALES

El Estatuto General de Contratación Pública lo conforman la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011 y algunas disposiciones del Decreto Ley 019 de 2012). Este estatuto debe regir la compra pública de las entidades estatales, salvo cuando estas estén en situación de competencia en el mercado. Sin embargo, hoy hay muchas entidades estatales que están exceptuadas del régimen general con la excusa de que requieren flexibilidad en su contratación. Como lo ilustra el gráfico 4, para 2016, el 34% del valor de los contratos en el período 2011-2016 fue contratado mediante un régimen especial. La participación en el total de contratos del Estatuto General decreció en 29 p.p. entre 2011 y 2016, mientras que su participación en el valor total de la contratación cayó en 27 p.p.

22 https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/20140828apendicecontratosplan_0.pdf

23 Zuleta, María Margarita (2017) La importancia de los documentos estándar en el Sistema de Compra Pública. Boletín Digital de Colombia Compra Eficiente de enero de 2017, reproducido en columnistas de la página web de la Presidencia de la República el 1 de febrero de 2017.

Gráfico 4. Participación del Régimen de contratación pública 2011-2016

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

Las entidades estatales exceptuadas del régimen general no muestran un mejor comportamiento en términos de eficiencia, competencia y economía, y generan dificultades y costos al sector privado y a la ciudadanía, al tener que hacer un esfuerzo adicional para obtener claridad sobre las reglas del juego aplicables a la contratación particular de cada caso. Colombia Compra Eficiente con base en la información registrada en el SECOP en 2014 calculó el tiempo de procesamiento de los procesos de compra por modalidad de selección de contratistas. El promedio para la licitación pública es de 59 días, para todas las demás modalidades de selección de contratistas y para el régimen especial es de 38. La particularidad en el caso del régimen especial es que la desviación estándar es de 16.2 días, mientras que en las demás modalidades es de 2. Lo anterior muestra, que, aunque en promedio el régimen especial toma 19 días menos, la incertidumbre sobre los tiempos es más elevada.

Antes de seguir creando regímenes excepcionales la reflexión debería ser sobre las mejoras que debe tener el régimen ordinario para asegurar que solamente las entidades que compiten en el mercado estén por fuera del régimen general del sistema de compra pública. Es importante tener en cuenta que la contratación de régimen especial es más opaca que la contratación de acuerdo con el Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) pues es más difícil conocer las reglas de selección de contratistas y hay menor publicidad de la actividad contractual.

Además de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, hay normas relativas al sistema de compra pública en muchos otros cuerpos normativos y es frecuente encontrar en distintas leyes artículos aislados que regulan aspectos del sistema de compra pública. Esta dispersión normativa genera un esfuerzo adicional a cargo de los partícipes del sistema de compra pública, crea ineficiencias en su funcionamiento, facilita la comisión de errores y afecta la seguridad jurídica.

3. RIESGOS EN LAS FASES DE LA CONTRATACIÓN

La OCDE identifica los riesgos en las fases del proceso de contratación como lo muestra la tabla 2.

Tabla 2. Matriz de riesgo en los procesos de contratación

Fase pre-contractual	Valoración de necesidad y estudio de mercado	Ausencia de una adecuada valoración de la necesidad
		Influencia de actores externos en las decisiones oficiales
		Acuerdo informal sobre el contrato
	Planeación y presupuestación	Deficiente planeación
		Compras no alineadas con el conjunto de decisiones sobre inversión
		Fallas en hacer propuestas realistas
	Desarrollo de especificaciones y requerimientos	Se hacen especificaciones diseñadas para un contratista en concreto
		Los criterios de selección no se definen de forma objetiva o no se definen anticipadamente
		Se piden muestras innecesarias de productos o servicios
		Se compra información sobre las especificaciones de la oferta
	Elección de mecanismo de contratación	No se justifica adecuadamente el motivo para no realizar procesos competitivos
		Se abusa de los mecanismos legales con base en excepciones legales: fraccionamiento de contratos, abuso de la urgencia manifiesta, modificaciones en los procesos no soportadas

Fase competitiva	Invitación a ofertas	Ausencia de publicidad a la invitación
		Criterios de evaluación no son anunciados
		Información sobre el proceso no se hacen pública
	Presentación de la oferta	Colusión en la oferta
		Conflictos de interés y corrupción en el proceso de evaluación a través de: Familiarización con los oferentes a lo largo del tiempo, interés personal a través de regalos o empleos futuros, no aplicación de principios de transparencia.
	Adjudicación del contrato	Los oferentes fallan en dar información sobre costos en la propuesta, lo que resulta en un mayor valor.
Conflictos de interés y corrupción en el proceso de selección (por ejemplo, no hay una adecuada separación de las evaluaciones jurídicas, financieras y técnicas de la oferta).		
Fase post-adjudicación	Supervisión del contrato	Abusos del oferente al ejecutar el contrato, en particular en relación con la calidad, los precios y los tiempos; cambios sustanciales en las condiciones del contrato para permitir un plazo mayor, o un mayor valor; sustitución del producto por algo inferior al estándar que no cumple con los términos del contrato; pérdida de productos finales antes del consumidor final; deficiencia en la supervisión por parte de servidores públicos por colusión con el contratista; subcontratistas y socios no se responsabilizan por la ejecución.
	Pagos	Deficiente separación de las obligaciones financieras y/o fallas en la supervisión de los servidores públicos que llevan a: contabilidad falsa o cambios en los registros de costos; pagos tardíos en las facturas Facturación falsa o pagos anticipados sin cumplimiento de requisitos.

Fuente: Preventing Corruption in Public Procurement. OECD 2016

En esta matriz no aparecen los riesgos asociados a las restricciones propias del sistema de compra pública de Colombia como son el establecimiento de cronogramas muy apretados para los procesos de selección o la fijación de plazos de contratos muy cortos como respuesta al incentivo de ejecutar recursos en una vigencia y que traen consigo en el primero de los casos una limitación a la competencia y en el segundo la necesidad de modificación de los contratos, dos factores que pueden dar lugar a prácticas corruptas. Tampoco está el riesgo asociado a la dificultad de aplicar multas por las restricciones establecidas en la ley para el efecto o los asociados a los incentivos que ofrece al contratista el concepto de equilibrio económico de los contratos.

Los siguientes son algunos de los riesgos identificados en el sistema de compra pública colombiano:

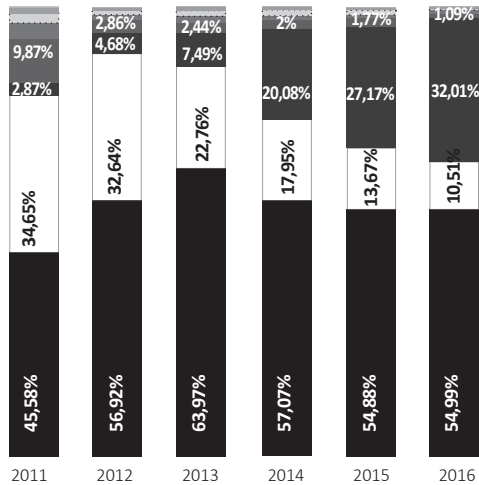
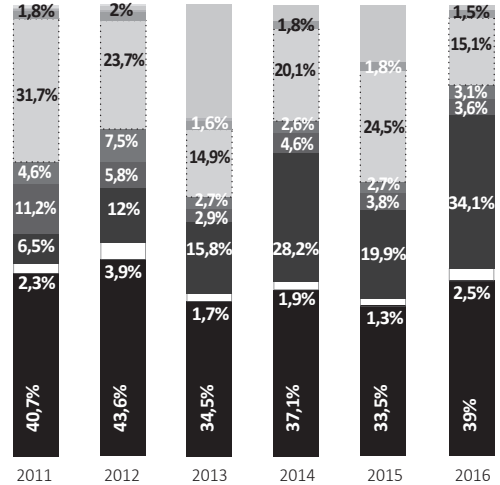
- La poca presencia de registros transaccionales en el sistema de compra pública colombiano aumenta los riesgos de corrupción en todas las fases, pues las entidades estatales pueden hacer registros de forma extemporánea, hay oportunidades de contacto personal entre competidores, y entre competidores y funcionarios. En la fase de la competencia la ausencia de registros electrónicos transaccionales aumenta el riesgo de manipulación del registro de recibo de las ofertas y de las ofertas propiamente dichas.
- La elevada contratación directa prende alarmas. Sin embargo, es necesario analizar las distintas causales de contratación directa para tener una dimensión clara del riesgo puesto que en la modalidad de contratación directa aparecen formas de contratar que no tienen riesgos de corrupción equivalentes como la contratación de servicios personales y apoyo a la gestión y los convenios interadministrativos que realmente lo son, es decir que el acuerdo entre dos entidades estatales para asociarse con el propósito de prestar conjuntamente servicios a su cargo o coordinar actividades comunes, en contraposición a la compra de bienes o servicios a otra entidad estatal o la contratación de obra con otra entidad estatal a la que nos referimos a continuación.
- Hay contratación directa de obra, bienes y servicios disfrazada de convenio interadministrativo, en lo cual hay una violación a la competencia como se menciona más adelante.
- La alta frecuencia de adiciones en los contratos está asociada a fallas en la etapa de planeación, inexistentes o insuficientes estudios de mercado que dan origen a problemas de presupuestación, así como fallas en la definición de las necesidades que las entidades pretenden satisfacer a través de los contratos. En la fase de ejecución los riesgos están asociados a la modificación de los contratos (alcance, valor y plazo), a la supervisión y al seguimiento de su ejecución.
- La existencia de regímenes especiales es un riesgo de seguridad jurídica y de corrupción. En ocasiones las reglas aplicables no son divulgadas y la falta de publicidad de la información de los procesos de compra incrementa los riesgos.
- La ausencia de competencia real por diseño de pliegos de condiciones que benefician a un agente en particular. Para medir este riesgo es necesario un trabajo dispendioso, más allá de la revisión de los datos estructurados del SECOP, para analizar los informes de evaluación de cada proceso competitivo y de los pliegos de condiciones cuando haya un solo proponente, un solo proponente habilitado, distancia en el puntaje que genere dudas o la identificación de redes de contratistas.

- La contratación con entidades sin ánimo de lucro sin procesos competitivos para la provisión de bienes y servicios y la construcción de obras, deformando el espíritu del artículo 355 de la Constitución Política.
- La falta de rigor en el registro de la gestión contractual. La falta de datos de la gestión contractual muestra una debilidad en la supervisión de los contratos.

4. EVOLUCIÓN DE LAS COMPRAS PÚBLICAS REALIZADAS POR CONTRATACIÓN DIRECTA

El gráfico 5 muestra los procesos de contratación de acuerdo con la modalidad de selección del contratista. En el período 2011-2016, la licitación pública tuvo una participación baja en el número total de contratos (entre 0.4 y 2.28%) pero su participación en el valor total de la contratación fue importante (entre 14.9 y 31.7%). Entre las licitaciones públicas están las Asociaciones Público-Privadas que tienen una participación muy baja en el número de contratos, pero representaron entre el 0 y 25.1% del valor contratado y por la importancia de su valor de la contratación para 2013 y 2015 la analizamos de manera separada al resto de la licitación pública. Por su parte, la participación de la contratación directa en el total de los procesos de contratación es del 55% y del 39% en el valor total de la contratación de 2016; los procesos de contratación de mínima cuantía representan el 10.5% del total de los contratos y el 2.5% del total del valor contratado en el mismo año.

En el período de estudio hay cambios en la participación de las modalidades de selección de contratistas: (i) la participación de la contratación de mínima cuantía en el total de contratos cayó en 24 p.p. entre 2011 y 2016, mientras que su participación en el valor total de la contratación se mantuvo inalterada; y (ii) la participación de la contratación directa en el número de contratos aumentó en 9 p.p, mientras que su participación en el valor total de la contratación decreció en 2 p.p, pasando de 41% en 2011 a 39% en 2016.

Gráfico 5. Participación tipo de proceso 2011-2016**Panel A. En total de contratos****Panel B. En valor total de contratos**

- Contratación directa (ley 1150 de 2007)
- Contratación mínima cuantía
- Régimen especial
- Selección abreviada de menor cuantía (Ley 1150 de 2007)
- Subasta
- Licitación pública

- Concurso de méritos abierto
- Concurso de méritos con lista corta
- Selección abreviada servicios de salud
- Selección abrev. del literal h numeral 2 art. 2 Ley 1150 de 2007
- Concurso de méritos con lista multiusos
- Asociación público privada

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

La contratación directa en la Ley 80 de 1993 es una modalidad excepcional del sistema de compra pública para escoger a un contratista, en contraposición a la regla general de la competencia. La Ley 1150 de 2007 consagró como causales expresas para la contratación directa las siguientes: (a) urgencia manifiesta; (b) contratación de empréstitos; (c) contratos interadministrativos; (d) contratos de bienes y servicios del sector defensa, DAS y que requieren reserva para su adquisición; (e) contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; (f) encargos fiduciarios celebrados por las entidades territoriales cuando inician Acuerdos de Reestructuración de Pasivos; (g) la inexistencia de pluralidad de oferentes; (h) prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión o que solamente puedan encomendarse a personas naturales determinadas; (i) arrendamiento o adquisición de inmuebles. Posteriormente, la Ley 1474 de 2011 dio alcance al literal (c) para establecer que el objeto del contrato debe estar relacionado con el objeto de la entidad estatal ejecutora, y la Ley 1753 de 2015 incluyó un literal (j) “contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.”

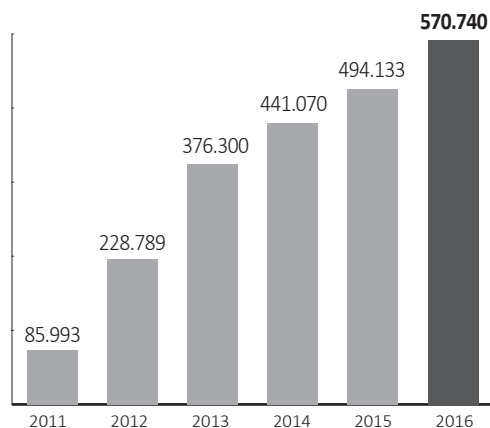
La contratación directa es alta. En 2016 más del 50% en número de contratos y cerca del 40% en el valor de los contratos registrados en el SECOP. Esto prende alarmas pues la contratación directa debe ser una modalidad de selección de contratista excepcional, en contraposición a la regla general de la competencia. Por esto, en el año 2014 Colombia Compra Eficiente con el apoyo del Banco Mundial estudió la contratación directa en el sistema de compra pública colombiano. Las conclusiones principales son: (a) la legislación colombiana llama contratación directa a formas de contratación que no lo son y (b) las entidades estatales abusan de la contratación sin competencia con la excusa de la dificultad de los procesos competitivos.

En sentido estricto solamente hay contratación directa en los casos de los literales (a) y (g) anteriores, es decir cuando hay una urgencia manifiesta y frente a la ausencia de pluralidad de oferentes. En el caso de los literales (d), (e) y (f) siempre debe haber un mecanismo competitivo, cualquiera que este sea y en el caso de los literales (b) y (c) no estamos frente a la adquisición de bienes y servicios o la ejecución de obra pública, a menos que el contrato interadministrativo sea usado para esconder una transacción comercial diferente, caso en el cual estamos en una violación de la competencia.

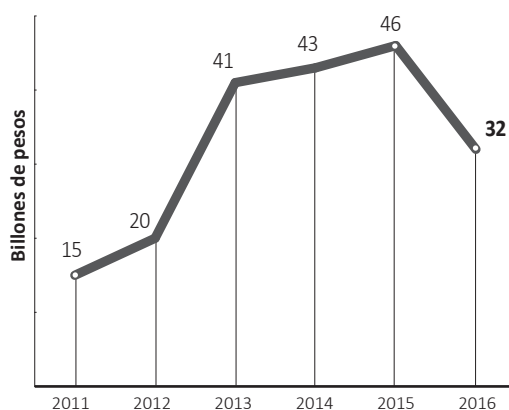
El gráfico 6 muestra la evolución de la contratación directa entre 2011 y 2016. La contratación directa tuvo su pico en 2015 con 46 billones de pesos. En este grupo de contratos están incluidos los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión lo cual es objeto de análisis más adelante.

Gráfico 6. Evolución de la contratación directa 2011-2016

Panel A. Número total de contratos



Panel B. Valor total de contratos



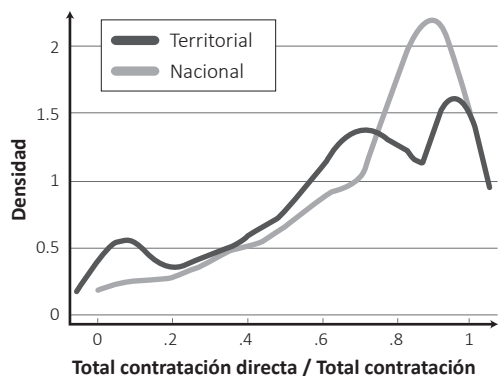
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

Al observar las cifras desagregadas por nivel territorial y nacional (gráfico 7) vemos en el nivel territorial tres intensidades: (i) las entidades estatales que usaron la modalidad de contratación directa para el 20% o menos de sus procesos de contratación (representan el 11% de las entidades estatales); (ii) el grupo en el que entre el 60 y 80% del total de los procesos de contratación fueron en la modalidad de contratación directa (27% del total de entidades); y (iii) un último grupo en el que cerca del 100% (27% del total) de los procesos de contratación fueron en la modalidad de contratación directa. En el nivel nacional vemos una concentración de entidades que contratan directamente entre el 75 y 100% del total de los contratos y entre el 60 y 85% del valor total de su contratación. La densidad en el Gráfico 7 muestra que hay mayor probabilidad de que las entidades estatales estén en los picos del gráfico, es decir donde un poco más del 80% de la contratación es directa en el Panel A. En el Panel B, la mayoría de entidades estatales del nivel nacional contrataron de forma directa alrededor del 80% de sus contratos, mientras que la mayoría de las entidades estatales del orden territorial más del 90%.

Gráfico 7. Distribución de las entidades estatales: Contratación directa como porcentaje del total de la contratación 2016

Panel A. Número total de contratos

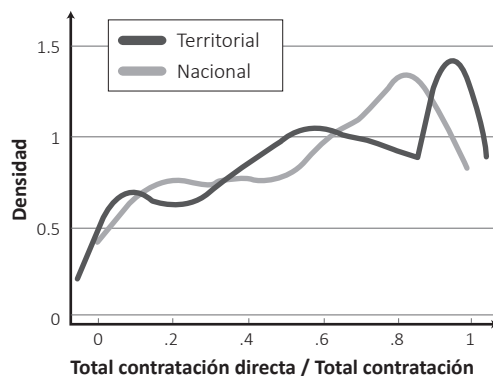
% de la contratación directa en número total



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0529

Panel B. Valor total de contratos

% de la contratación directa en número total



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0560

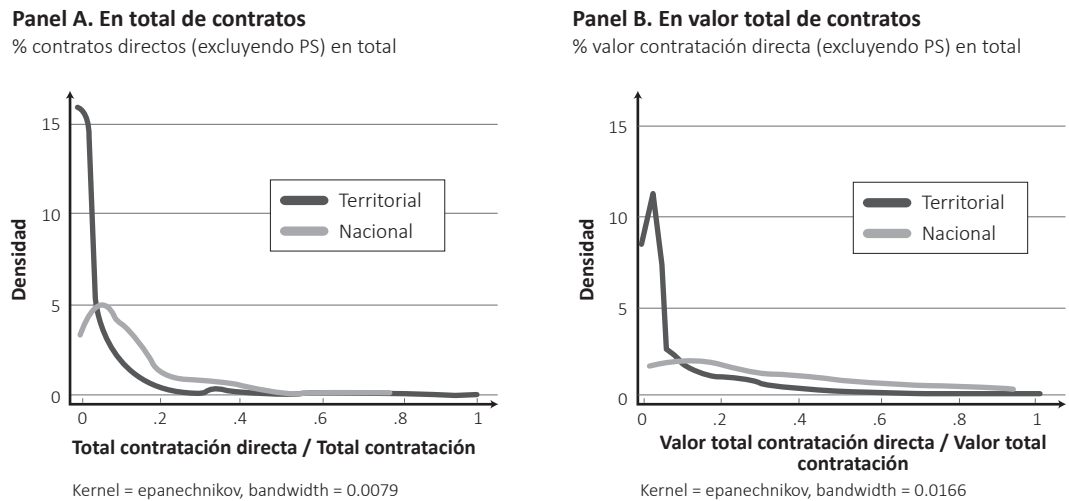
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

En el gráfico 8 excluimos los contratos de prestación de servicios personales y de apoyo a la gestión como un fenómeno independiente pues estos contratos en su mayoría tienen origen en las restricciones de nómina de las entidades estatales y por tanto deben ser estudiados desde el punto de vista del talento humano y no de la contratación de servicios. La diferencia

entre el gráfico 7 al gráfico 8 muestra el peso de la contratación de servicios personales y apoyo a la gestión y el cambio de la distribución de las entidades estatales en la modalidad de selección de contratación directa al excluir este tipo de contratos.

La mayoría de las entidades estatales está concentrada en los rangos más bajos de la distribución de la selección por contratación directa, sin embargo, hay entidades que contratan en un año más del 80% del total de los contratos y más del 80% del valor total de los contratos de forma directa.

Gráfico 8. Distribución de las entidades estatales: Contratación directa como porcentaje del total de la contratación (excluyendo prestación de servicios y apoyo a la gestión) 2016



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

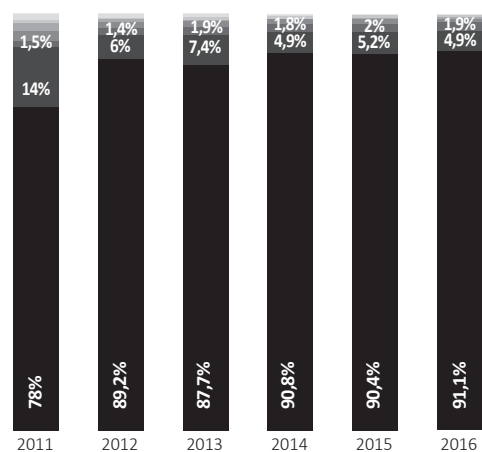
Para el período 2011-2016 los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión representaron entre el 78 y 91% del total de los contratos directos, y entre 20 y 43% del valor total de los contratos directos.

Los contratos interadministrativos son los que tienen mayor participación en el valor total de los contratos (entre 65 y 40%) de esta modalidad, a pesar de que entre 2011 y 2016 su participación cayó en 25 p.p (gráfico 9). Es importante aclarar que los contratos interadministrativos están referidos a los negocios jurídicos entre entidades estatales y es indispensable

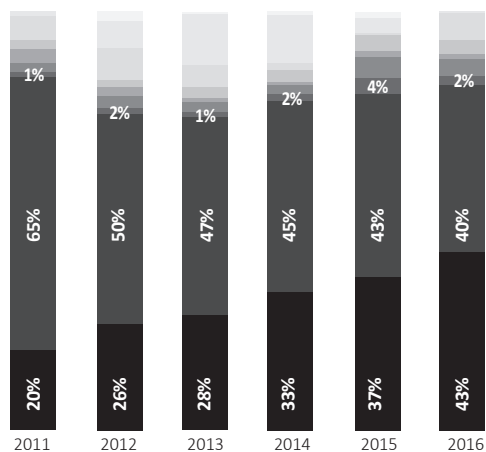
ble distinguir entre (i) los contratos entre entidades estatales en los cuales hay contraprestaciones mutuas; y (ii) los convenios interadministrativos en los cuales dos o más entidades estatales se asocian para cooperar en el cumplimiento de sus funciones administrativas o la prestación conjunta de servicios a su cargo. En el marco de la libre competencia, es claro que en el caso del ordinal (i) la selección del contratista debe ser a través de un proceso competitivo. No tiene sentido que la ley permita a las instituciones que compiten abiertamente en el mercado usar las normas del derecho privado en sus procesos pero que las privilegie eximiéndolas de la competencia cuando el comprador de sus bienes, obras o servicios es una entidad estatal, pues esto es una forma de restringir la competencia²⁴.

Gráfico 9. Participación de las causales de contratación directa 2011-2016

Panel A. En total de contratos



Panel B. En valor total de contratos



- Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión
- Contratos interadministrativos
- Arrendamiento o adquisición de inmuebles
- Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado
- Urgencia manifiesta
- Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas
- Contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el DAS
- Contratación de empréstitos
- Contratos de encargo fiduciario que celebren entidades territoriales

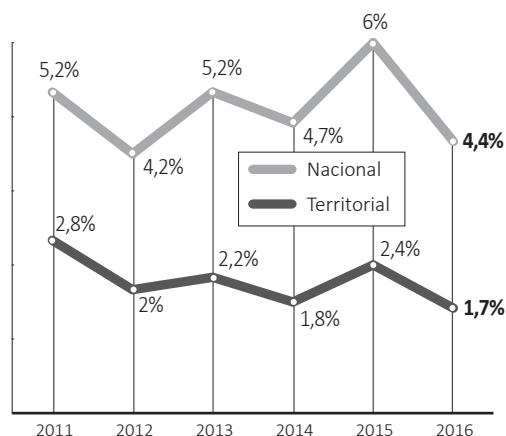
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

24 Extraído del proyecto de exposición de motivos preparado por Colombia Compra Eficiente para modificar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, el cual no ha sido presentado al Congreso.

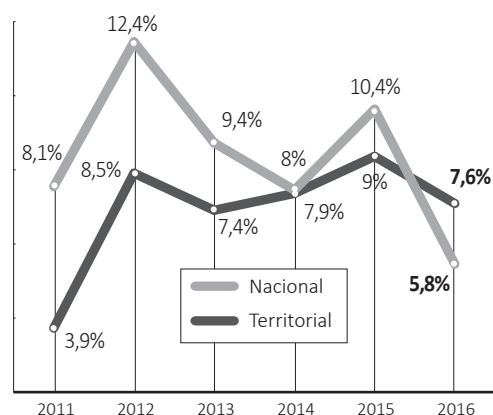
Para poder ver el peso de los procesos no competitivos en el sistema de compra pública, tomamos la contratación directa sin contratos interadministrativos, ni contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión, como proporción del número total de contratos (gráfico 10, panel A) y del valor total de los contratos (panel B). Las entidades estatales del orden nacional celebran un número mayor de contratos sin que la selección del contratista obedezca a un proceso competitivo en comparación con las entidades estatales del orden territorial. Al referirse a la proporción de los procesos no competitivos en el valor total de la contratación, vemos que, para la mayoría de años, las entidades estatales de orden nacional presentan un porcentaje mayor a las territoriales a excepción de 2014, cuando el valor de los dos grupos es equivalente, y de 2016 cuando el valor de los procesos no competitivos de las entidades estatales del orden nacional es menor que el de las entidades estatales del orden territorial. Este gráfico muestra que hay más competencia en el sistema de compra pública que lo que generalmente se reconoce aunque es necesario revisar el número de convenios o contratos interadministrativos que debieron ser sometidos a competencia y que equivalen al 14% de la contratación directa en 2011, 6% en 2012, 7,4% en 2013, 4,9% en 2014, 5,2% en 2015 y 4,9% en 2016 en relación con el valor de los contratos.

Gráfico 10. Procesos no competitivos como proporción del total de la contratación

Panel A. En total de contratos



Panel B. En valor total de contratos



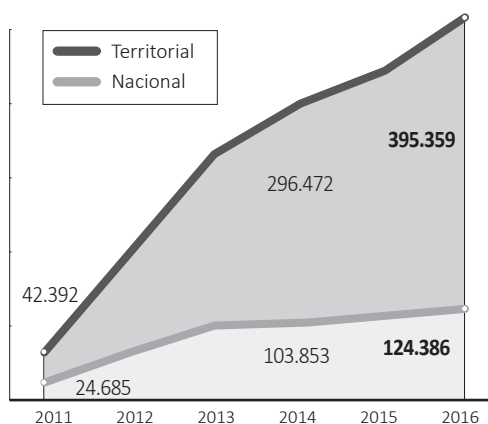
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

EL PAPEL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y APOYO A LA GESTIÓN EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA

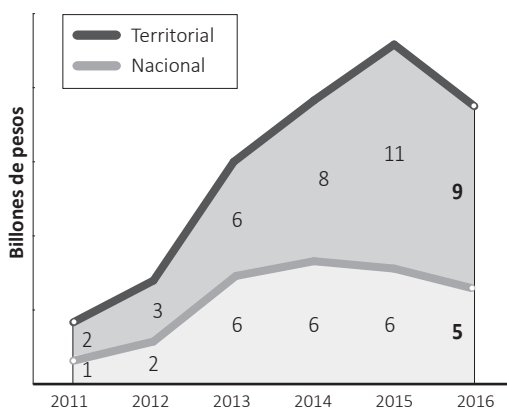
El crecimiento promedio interanual del número de contratos de servicios personales y apoyo a la gestión es acelerado tanto a nivel territorial como a nivel nacional con tasas de 71 y 48% respectivamente. Por su parte, el crecimiento promedio interanual del valor de estos en las entidades del nivel nacional es del 50% y en el nivel territorial del 42% (gráfico 11).

Gráfico 11. Evolución de la prestación de servicios y apoyo a la gestión 2011-2016

Panel A. Número total de contratos



Panel B. Valor total de contratos

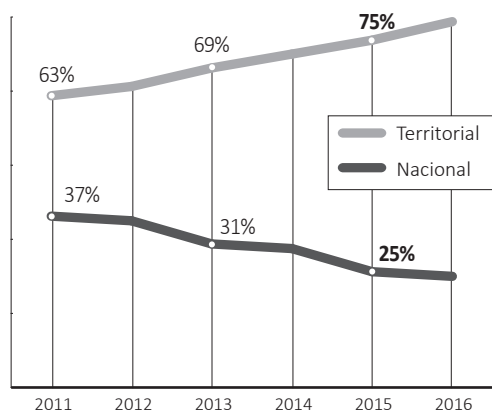


Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

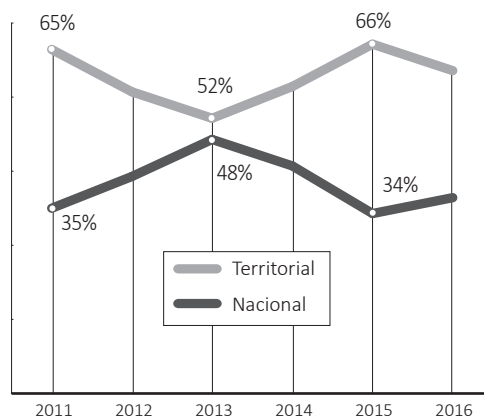
El porcentaje de los contratos de prestación de servicios personales y apoyo a la gestión de las entidades estatales del nivel territorial ha aumentado año a año (gráfico 12, panel A). La prestación de servicios personales y apoyo a la gestión a nivel nacional alcanza su pico en 2013, mientras que en el nivel territorial lo hace en 2015, lo cual coincide con el último año del mandato del presidente y de alcaldes y gobernadores respectivamente por lo cual parece ser claro que responde a los acuerdos electorales (gráfico 12, panel B).

Gráfico 12. Evolución de la participación nacional y territorial en la prestación de servicios y apoyo a la gestión 2011-2016

Panel A. Total de contratos



Panel B. Valor total de contratos

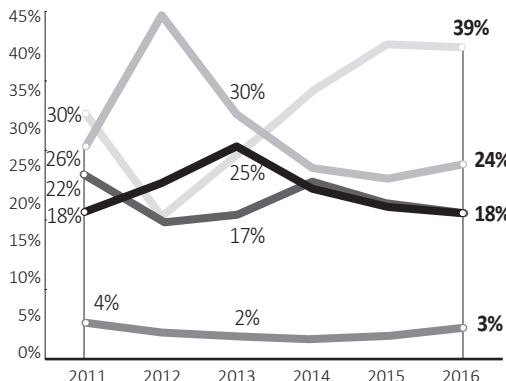


Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

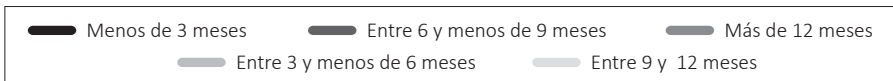
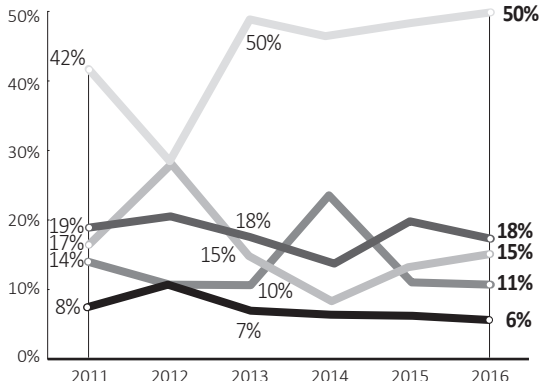
El plazo de los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión y su participación en el total de estos contratos nos confirma que esta es una contratación de talento humano. En las entidades del nivel nacional los contratos con duración entre 9 y 12 meses estabilizan su participación dentro del total a partir de 2015. Esto puede estar asociado al inicio del gobierno y cambios en el gabinete presidencial, en los establecimientos públicos nacionales y empresas públicas del orden nacional (gráfico 13).

Gráfico 13. Evolución de la participación por duración del contrato en total de contratos por prestación de servicios 2011-2016: Entidades del nivel nacional

Panel A. En número total de contratos



Panel B. En valor total de contratos

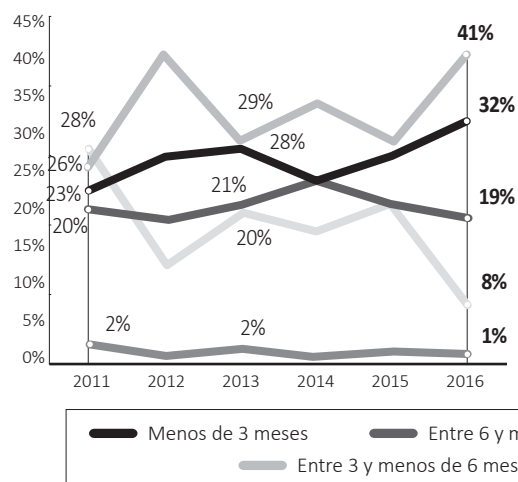


Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

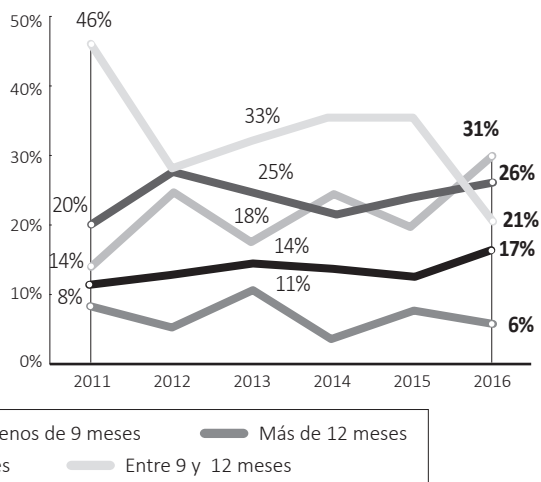
La mirada de los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión de acuerdo con su plazo y la distribución de estos en el tiempo ilustrada en el gráfico 14, muestra el crecimiento de contratos con plazo entre 3 y 9 meses entre 2015 y 2016, fenómeno asociado al fin del período de los alcaldes y a las prácticas electorales.

Gráfico 14. Evolución de la participación por duración del contrato en total de contratos por prestación de servicios 2011-2016: Entidades del nivel territorial

Panel A. En número total de contratos



Panel B. En valor total de contratos



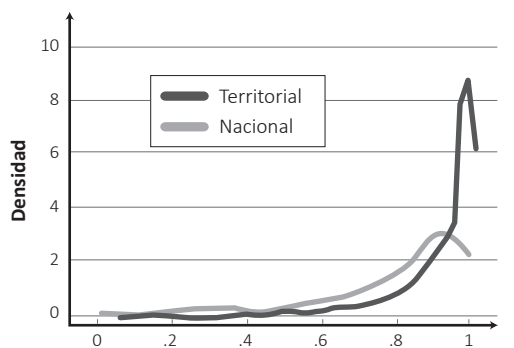
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2011-2016

Al observar la importancia de la prestación de servicios personales y apoyo a la gestión en el total de la contratación directa, a nivel territorial y a nivel nacional, vemos que más del 80% de la contratación directa corresponde a este tipo de contratos (gráfico 15). La contratación directa de servicios personales y apoyo a la gestión de las entidades estatales del nivel nacional es uniforme en términos de valor de los contratos, mientras que la de las entidades del nivel territorial está concentrada en el porcentaje de mayor valor de estos contratos.

Gráfico 15 Distribución de las entidades estatales: Prestación de servicios personales y apoyo a la gestión como porcentaje del total de la contratación directa 2016

Panel A. Número total de contratos

% de PS (sólo servicios) en contratación directa

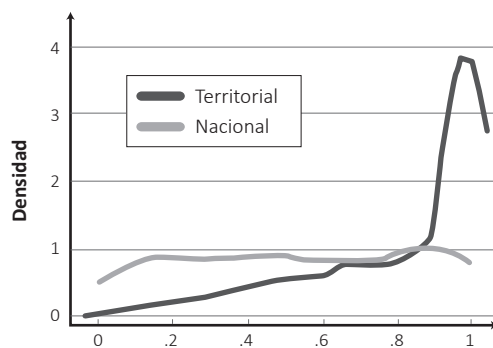


Total prestación de servicios / Total contratación directa

Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0177

Panel B. Valor total de contratos

% valor de PS (sólo servicios) en contratación directa



Total prestación de servicios / Total contratación directa

Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0438

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

En conclusión, la prestación de servicios personales y apoyo a la gestión es el componente más importante de la contratación directa y tiene una alta correlación con el ciclo electoral. No obstante, es imperativo señalar que una gran cantidad de estos contratos obedece a las restricciones de la planta de personal de las entidades estatales. El criterio de selección de este personal debe ser parte de la gestión de talento humano en las entidades estatales. Tratar la prestación de servicios de apoyo a la gestión como venta de servicios, distorsiona la información del sistema de compra pública.

5. ADICIONES A LOS CONTRATOS COMO FACTOR DE RIESGO

La adición de los contratos no es en sí misma una manifestación de corrupción, sin embargo, las adiciones del objeto de los contratos pueden ser un forma de contratar directamente algunas tareas o alterar las reglas iniciales de la competencia, por lo que indican riesgo de corrupción.

La tabla 3 muestra como las entidades estatales del nivel nacional tienen en promedio un mayor porcentaje de contratos con adiciones que las entidades del nivel territorial. Asimismo,

mo, en promedio, el valor de las adiciones como porcentaje de la cuantía original del contrato es mayor a nivel nacional. Las entidades estatales que más adicionan sus contratos están en el nivel territorial (valores extremos).

Tabla 3. Adiciones presupuestales 2015: Nación vs Entidades territoriales*

Variable 2015	Nivel	Media	Mediana	Desviación	Min	Max
Contratos con adiciones como % del total de contratos	Nacional	8,38%	5,4%	10.4 p.p	0%	72,5%
	Territorial	3,62%	0%	8.46 p.p	0%	100%
Adiciones como % del valor contratado	Nacional	3,83%	1,2%	8.38 p.p	0%	81%
	Territorial	2,06%	0%	36.21 p.p	0%	567%

*Los valores que siguen el máximo territorial de adiciones como porcentaje del valor contratado son: 521% y 505%.

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015

En los contratos cuyo objeto pertenece a las categorías de materias primas, maquinaria, herramientas y equipo industrial y vehículos, las entidades del nivel territorial hacen en promedio más adiciones al valor del contrato como porcentaje de su valor (tabla 4).

Tabla 4. Adiciones presupuestales a nivel categorías del objeto del contrato 2015: Entidades nacionales vs territoriales

Sector 2015 Nacional Promedio	Panel A. Entidades del nivel nacional		Panel B. Entidades del nivel territorial	
	Contratos con adiciones como % del total de contratos	Adiciones como % del valor contratado	Contratos con adiciones como % del total de contratos	Adiciones como % del valor contratado
Material Vivo Animal y Vegetal	7.5%	3.1%	3.4%	1.2%
Materias Primas	7.3%	3.4%	6.9%	4.6%
Maquinaria, Herramientas, Equipo Industrial y Vehículos	8.5%	5.7%	4.1%	7.5%
Componentes y Suministros	5.9%	2.5%	4.4%	2.5%
Productos de Uso Final	4.9%	5.0%	3.2%	1.9%
Servicios	8.9%	4.2%	3.9%	2.2%
Terrenos, Edificios, Estructuras y Vías	10.9%	4.3%	5.6%	2.1%

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015

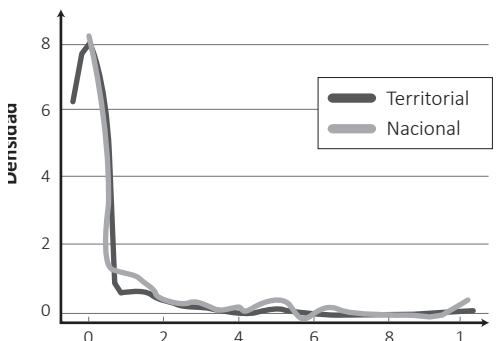
En la categoría de terrenos, edificios, estructuras y vías (en el cual está el 39% del valor total de la obra pública), las entidades del nivel nacional en promedio tienen una mayor participación de contratos con adiciones en el total de contratos que las entidades del nivel territorial (10.9% vs 5.6%), lo mismo ocurre con el valor de las adiciones frente al valor original de los contratos. En servicios (donde se encuentra el otro 61% del valor total de la obra pública), el nivel nacional tiene en promedio 8.9% de sus contratos con adiciones, mientras que en nivel territorial es de apenas 3.9%. Asimismo ocurre para el valor de las adiciones como porcentaje del valor original de los contratos (4.2% vs 2.2%).

En promedio las entidades del nivel nacional alcanzan una razón de 4.3% mientras que las entidades del nivel territorial de 2.1% de contratos con adiciones. En los dos niveles, al menos la mitad de los contratos no tiene adiciones presupuestales, hay entidades estatales cuyas adiciones equivalen al 100% del valor contratado, lo cual está en contra de la disposición legal que establece que los contratos sujetos al Estatuto General de Contratación pueden ser adicionados solamente hasta en el 50% de su valor original (gráfico 16).

Gráfico 16. Distribución de las entidades estatales: Contratos con adiciones y valor de las adiciones 2015

Panel A. En número total de contratos

% de contratos con adiciones

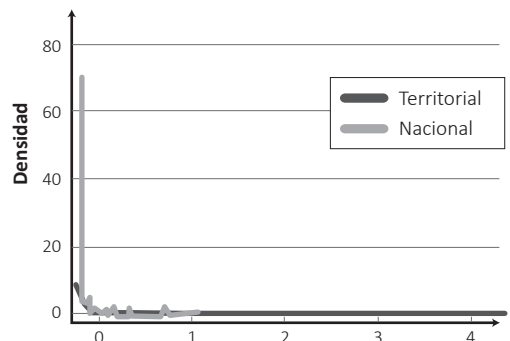


Total prestación de servicios / Total contratación directa

Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0340

Panel B. En valor total de contratos

Adiciones como % del valor contratado



Total prestación de servicios / Total contratación directa

Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0269

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015

6. PERSISTENCIA DE CONTRATISTAS COMO FACTOR DE RIESGO

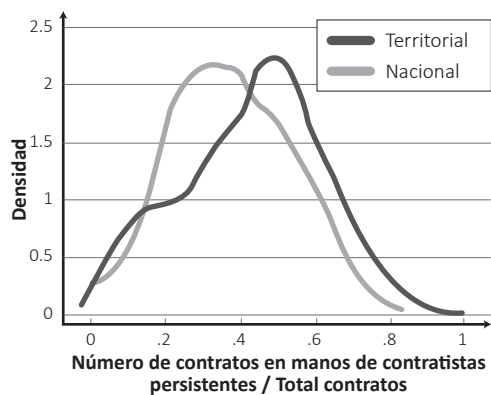
Hay persistencia de contratistas como factor de riesgo cuando un contratista celebra dos o más contratos con la misma entidad estatal en dos años consecutivos. Al construir diferentes medidas de la persistencia de los contratistas en la contratación pública a nivel de entidad estatal vemos un cambio en la distribución entre 2015 y 2016. La moda de la distribución a nivel territorial de los distintos indicadores pasa de estar localizada de la derecha a la izquierda de la moda de la distribución del nivel nacional, lo cual puede estar asociado con el fin del período de alcaldes y gobernadores.

El análisis de la distribución del número de contratos de las entidades estatales en manos de contratistas persistentes muestra que hay entidades estatales del nivel territorial con contratistas persistentes para la totalidad de sus contratos entre 2014 y 2015, y entre 2015 y 2016 (gráfico 17), es decir, los valores máximos de su distribución son mucho mayores a los valores máximos de la distribución nacional.

Gráfico 17. Distribución de las entidades estatales Porcentaje de contratos en manos de contratistas persistentes 2015-2016: Nación vs Entidades Territoriales

Panel A. 2014 - 2015

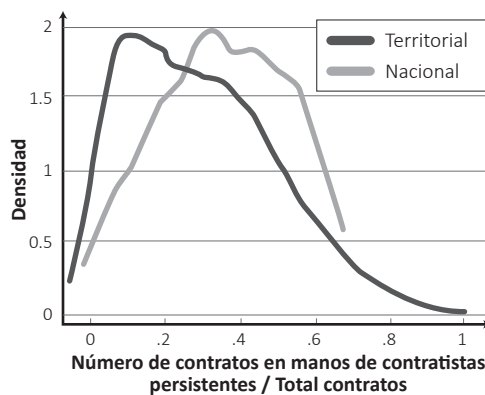
Persistencia contratistas en el número de contratos



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0343

Panel B. 2015 - 2016

Persistencia contratistas en el número de contratos



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0343

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2014-2016

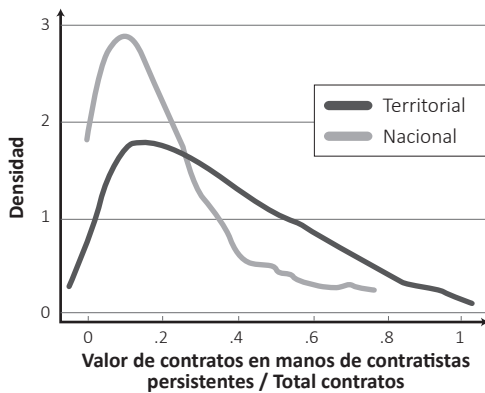
Aunque el cambio es menos pronunciado que en el número de contratos, la distribución del valor de los contratos en manos de contratistas persistentes también pasa de localizarse de la derecha a la izquierda para las entidades del nivel territorial. En 2016, el valor de los

contratos en manos de los contratistas persistentes como porcentaje del total del valor de la contratación aumentó pronunciadamente para las entidades estatales del nivel nacional, y disminuyó para las entidades del nivel territorial (gráfico 18, panel B).

Gráfico 18. Distribución de las entidades estatales Porcentaje del valor de los contratos en manos de contratistas persistentes 2015-2016: Entidades nacionales vs territoriales

Panel A. 2014 - 2015

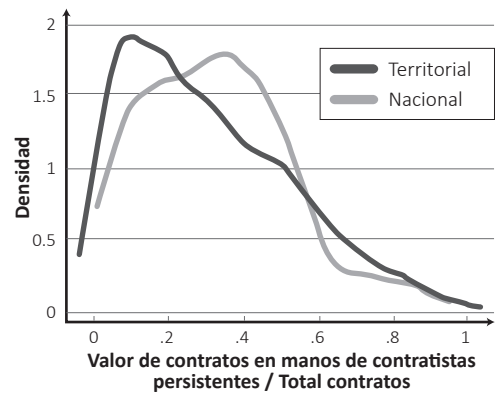
Persistencia contratistas en el número de contratos



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0408

Panel B. 2015 - 2016

Persistencia contratistas en el número de contratos



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0392

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2014-2016

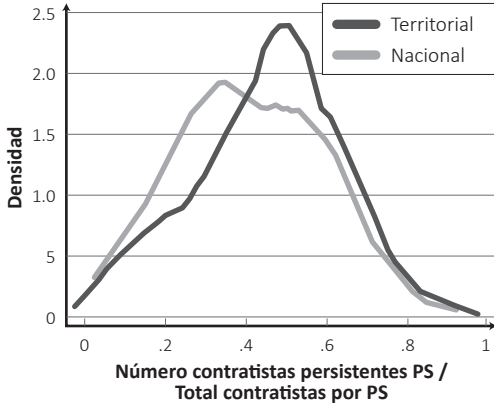
Para entender mejor la persistencia de contratistas, desagregamos la información de contratistas persistentes de prestación de servicios personales y apoyo a la gestión de la de los demás contratistas. El gráfico 19 ilustra que el cambio de las distribuciones se mantiene para ambos componentes. Esto sugiere el uso de la contratación pública para beneficio electoral a través de (i) ampliación de la nómina vía contratos de prestación de servicios personales y apoyo a la gestión; y (ii) asignación directa de la contratación.

El análisis de la persistencia de contratistas requiere una profundización adicional para excluir algunos contratos de licenciamiento de software, software como servicio (*software as a service*) y otros contratos de tecnología de información y telecomunicaciones, que requieren a un mismo contratista durante un plazo considerable, y los contratos de arrendamiento.

Gráfico 19. Desagregación Contratistas persistentes como porcentaje del total 2015-2016: Nación vs Entidades Territoriales

Panel A: Prestación de Servicios 2014 - 2015

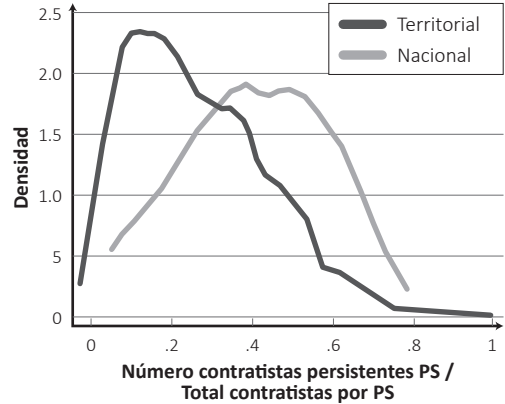
Persistencia contratistas PS en el número de contratistas



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0367

Panel B: Prestación de Servicios 2015 - 2016

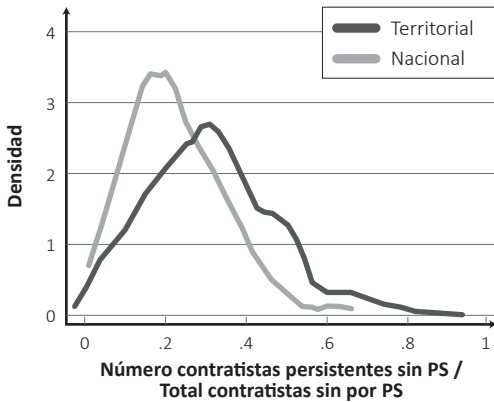
Persistencia contratistas PS en el número de contratistas



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0346

Panel C: Remanente 2014 - 2015

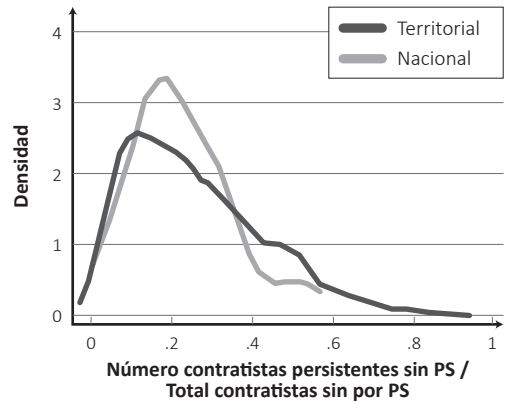
Persistencia contratistas sin PS en el número de contratistas



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0286

Panel D: Remanente 2015 - 2016

Persistencia contratistas sin PS en el número de contratistas



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0303

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2014-2016

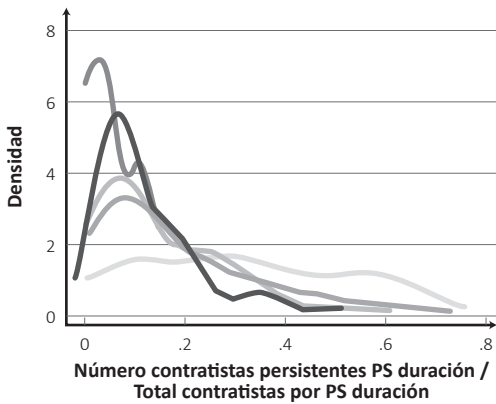
Para continuar con la exploración de los contratistas persistentes de prestación de servicios personales y apoyo a la gestión, se desagrega la distribución por el plazo del contrato. Este ejercicio muestra una disminución en la persistencia de contratistas con contratos menores

a 6 meses en las entidades del nivel nacional entre 2015 y 2016 y un aumento para los demás rangos de plazo del contrato (gráfico 20).

Gráfico 20. Desagregación Contratistas persistentes por prestación de servicios 2015-2016: Nación

Panel A: Prestación de Servicios 2014 - 2015

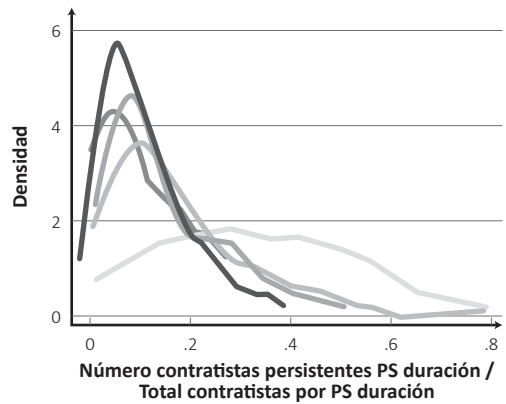
Persistencia contratistas PS por duración contrato: Nación



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0303

Panel B: Prestación de Servicios 2015 - 2016

Persistencia contratistas PS por duración contrato: Nación



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0278

- | | | |
|-------------------------------|--------------------------------|--------------------|
| 1. Menos de 3 meses | 3. Entre 6 y menos de 9 meses | 5. Más de 12 meses |
| 2. Entre 3 y menos de 6 meses | 4. Entre 9 y menos de 12 meses | |

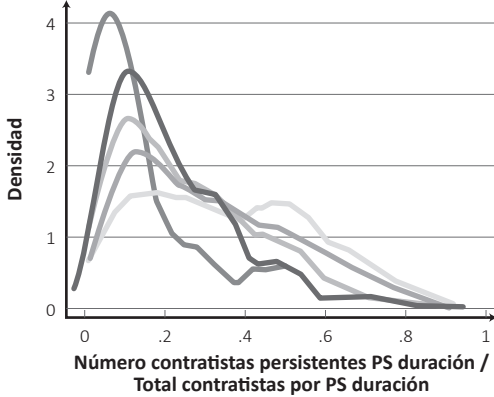
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2014-2016

Al realizar el mismo ejercicio para el nivel territorial, vemos que la persistencia de contratistas de prestación de servicios personales y apoyo a la gestión disminuye para todos los rangos de plazo del contrato a excepción de los contratos con plazo mayor a 12 meses (gráfico 21).

Gráfico 21. Desagregación Contratistas persistentes por prestación de servicios y apoyo a la gestión 2015-2016: Entidades estatales de nivel territorial

Panel A: Duración contrato 2014 - 2015

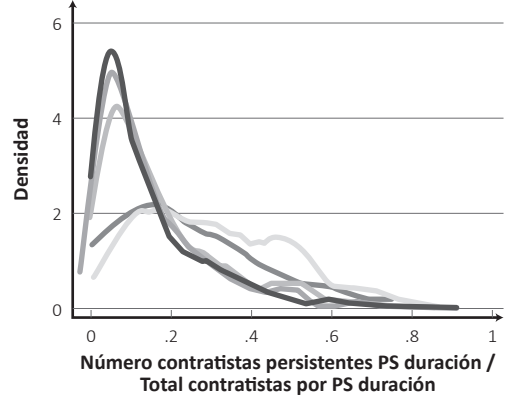
Persistencia contratistas PS por duración contrato:
Territorio



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0342

Panel B: Duración contrato 2015 - 2016

Persistencia contratistas PS por duración contrato:
Territorio



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 0.0259

- | | | |
|-------------------------------|--------------------------------|--------------------|
| 1. Menos de 3 meses | 3. Entre 6 y menos de 9 meses | 5. Más de 12 meses |
| 2. Entre 3 y menos de 6 meses | 4. Entre 9 y menos de 12 meses | |

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2014-2016

7. CONCENTRACIÓN DE LA CONTRATACIÓN: ÍNDICE DE HERFINDAHL-HIRSCHMAN

El índice de Herfindahl-Hirschman se calcula a partir de las cuotas de mercado, es decir el porcentaje de contratos de valor contratado por un contratista respecto del valor total y del número total de contratos. El índice es la suma al cuadrado de las cuotas de mercado de todos los participantes.

$$H = \sum_{i=1}^n S_i^2$$

Donde S_i es igual a la cuota de mercado del contratista dentro del total de la contratación de la entidad estatal.

El índice varía entre valores mayores a 1 y 10000, siendo 10000 un monopolio. Si el índice es 10000 la cuota del monopolista es del 100%, y 100 al cuadrado es igual a 10000.

El índice se construye a nivel de la entidad que contrata y por categoría del objeto de contratación, de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios de Naciones Unidas son: (i) material vivo, animal y vegetal; (ii) materias primas; (iii) maquinaria, herramientas, equipo industrial y vehículos; (iv) componentes y suministros; (v) productos de uso final; (vi) servicios; (vii) terrenos, edificios, estructuras y vías.

La tabla 5 muestra que tanto en el nivel nacional como en el territorial hay concentración de contratistas. El valor máximo del índice en número de contratos y en el valor de los mismos es 10000. La concentración de contratistas en las entidades del nivel nacional es menor a la de las entidades del nivel territorial, pero es similar en ambos niveles de la administración pública.

Tabla 5. Índice de concentración Herfindahl-Hirschman 2016: entidades del nivel nacional vs entidades del nivel territorial

HH por entidad y sectores 2016	Nivel	Media	Mediana	Desviación	Min	Max
Índice HH (Número contratos)	Nacional	3037	1405	3550	0	10000
	Territorial	4123	2800	3633	1	10000
Índice de HH (Valor contratos)	Nacional	4389	3525	3503	0	10000
	Territorial	4966	4181	3488	0	10000

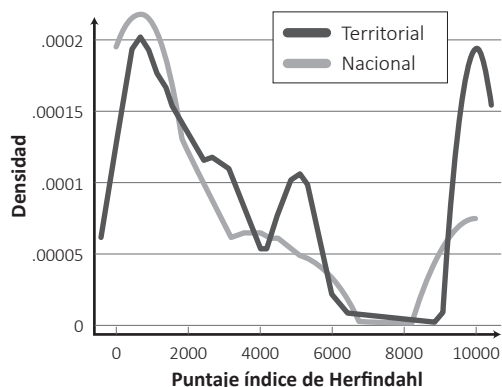
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

El gráfico 22 muestra la distribución del índice de concentración para el nivel nacional y territorial. La mayoría de entidades estatales muestran niveles medios de concentración. No obstante, hay un alto número de entidades con índices que muestran una concentración excesiva, sobre todo en las entidades de nivel territorial. Hay entidades estatales que enfrentan una concentración monopólica (panel A) y en los dos niveles de la administración pública existe una mayor concentración de contratistas en el valor de los contratos que en el número de contratos (panel B). Esto puede ocurrir por (i) ausencia de registro de las entidades territoriales y (ii) errores en el registro.

Gráfico 22. Distribución de las entidades estatales: Índice de concentración Herfindahl-Hirschman promedio por categoría del objeto del contrato 2016: Nación vs Entidades Territoriales

Panel A. En total de contratos

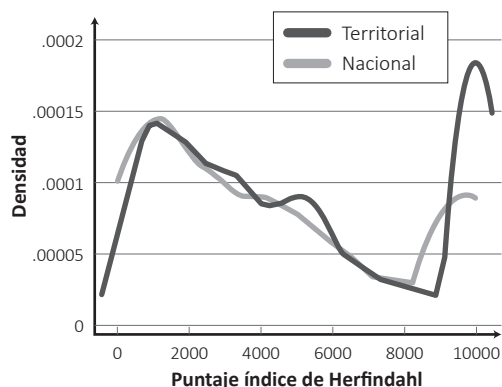
Concentración Sectorial: número de contratos



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 415.5417

Panel B. En total de contratos

Concentración Sectorial: número de contratos



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 436.3870

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

El cálculo del índice de concentración por la categoría del objeto del proceso de contratación y por el nivel de la entidad estatal respecto del número de contratos, muestra una alta concentración de contratistas en las entidades del nivel nacional en todas las categorías de los objetos del contrato, salvo en productos de uso final y servicios. Respecto al valor de los contratos hay alta concentración de contratistas en todas las categorías, salvo en servicios. Por su parte, en las entidades del nivel territorial, servicios es la única categoría con bajo índice de concentración promedio tanto en el número de contratos como en valor. La categoría con más concentración para ambos niveles es material vivo, animal y vegetal (tabla 6). Es posible que material animal y vegetal esté sobre representado porque muchas entidades estatales clasifican mal sus procesos de contratación y este es el grupo que está en primer lugar en la lista desplegable del SECOP.

Tabla 6. Índice de concentración Herfindahl-Hirschman promedio por categoría del objeto de la contratación 2016: Nación vs Entidades Territoriales

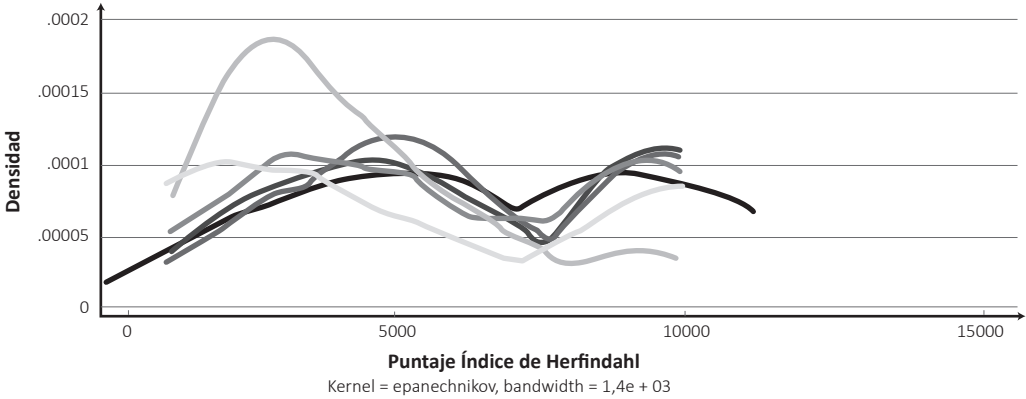
Sector 2016 Nacional	Panel A. Nación Panel		B. Entidades Territoriales	
	Promedio Índice HH (Número contratos)	Promedio Índice HH (Valor contratos)	Promedio Índice HH (Número contratos)	Promedio Índice HH (Valor contratos)
Material Vivo Animal y Vegetal	5155	6075	7710	8117
Materias Primas	4620	5991	5965	6896
Maquinaria, Herramientas, Equipo Industrial y Vehículos	4493	5930	5832	6838
Componentes y Suministros	4027	5481	4983	5843
Productos de Uso Final	1646	3625	3201	4070
Servicios	562	1496	1813	2522
Terrenos, Edificios, Estructuras y Vías	4962	5877	5772	6876

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

Al observar las distribuciones del índice de concentración para la categoría del objeto de la contratación en las entidades del nivel nacional, vemos entidades estatales con niveles de concentración monopolícos en toda su contratación. También es interesante señalar cómo en la contratación de todas las categorías hay dos picos. Uno en niveles de concentración moderados o altos, otro en niveles de concentración monopolícos (gráfico 23).

Gráfico 23. Distribuciones del índice de Herfindahl-Hirschman por categoría del objeto de la contratación: Nivel Nacional 2016 valor de los contratos

Concentración sectorial: valor contratos por sector



- Material vivo animal y vegetal
- Materias primas
- Maquinaria, herramientas, equipo industrial y vehículos
- Componentes y suministros
- Productos de uso final
- Terrenos, edificios, estructuras y vías

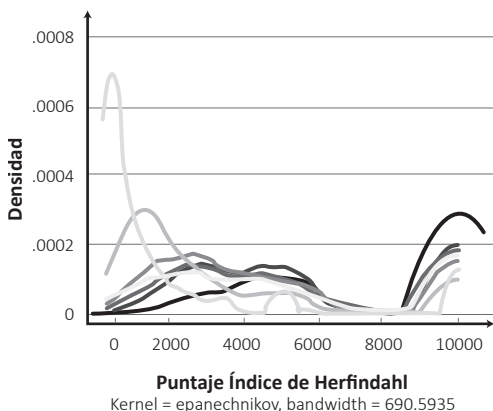
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

Las entidades estatales del nivel territorial muestran una concentración de contratistas más elevada en el valor de los contratos que en el número de contratos. Sin embargo, en ambos índices hay entidades del nivel territorial que enfrentan una concentración monopólica, muchas más en el índice para valor de los contratos. En todas las categorías de los objetos de contratación, las entidades estatales del nivel territorial muestran altos niveles de concentración, excepto en servicios (gráfico 24).

Gráfico 24. Distribución de las Entidades contratantes: Índice de concentración Herfindahl-Hirschman por categoría del objeto de la contratación 2016: Nivel Territorial

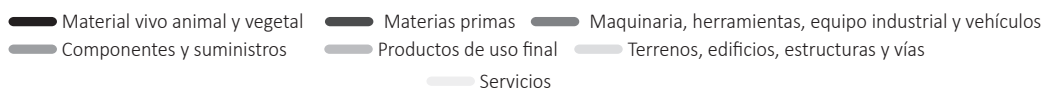
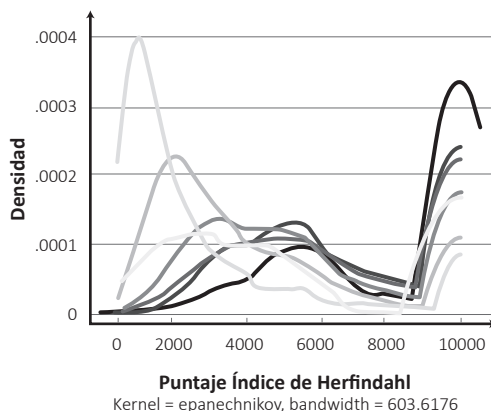
Panel A. Número total de contratos

Contratación sectorial: contratos por sector



Panel B. Valor total de contratos

Contratación sectorial: valor contratos por sector



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2016

8. ÍNDICE DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN (IRC) EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El riesgo de captura de recursos públicos por parte de privados en el sistema de compra pública es más alto en aquellos procesos sin competencia o con bajo nivel de competencia. Por esta razón, construimos un índice que permita observar la ausencia de competencia en los procesos de contratación a nivel de entidad contratante a partir de la distribución de los contratos suscritos. La persistencia de los contratistas, la alta concentración de contratistas, la proporción de contratos en los cuales la modalidad de selección fue la contratación directa, son las manifestaciones usadas como indicadores para construir un índice de ausencia de competencia en los procesos de contratación y como aproximación para el riesgo de corrupción en la contratación pública.

Para construir el índice de riesgo de corrupción (IRC) cada indicador se normaliza por su valor máximo para que su rango esté entre 0 y 1. El índice es una combinación lineal de los indicadores en la cual estos tienen igual peso. Los siguientes son los indicadores: (i) la

contratación directa excluyendo la prestación de servicios personales y apoyo a la gestión como porcentaje del total de la contratación (tanto en el número como en el valor de los contratos); (ii) contratistas persistentes 2015-2016 (en total de contratistas, en número de contratos, y en valor de los mismos); (iii) porcentaje de contratos con adiciones presupuestales y adiciones presupuestales como porcentaje de la cuantía del contrato; y (iv) el índice de concentración de contratistas (tanto en número como en valor de los contratos)²⁵.

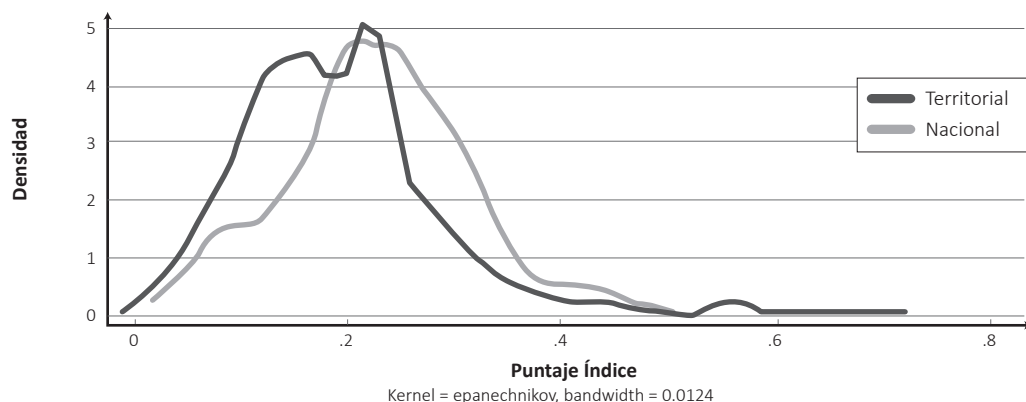
Es importante mencionar que el cálculo del ICR es para cada entidad estatal por lo cual no hay diferencias asociadas al presupuesto, el número de categorías en sus contrataciones y la complejidad en los procesos de contratación.

El gráfico 25 muestra que en promedio las entidades del nivel nacional tienen un riesgo más alto de acuerdo con el IRC que las entidades del nivel territorial. La diferencia de medias es estadísticamente significativa: 0.23 vs 0.19. Sin embargo, las entidades con un IRC más alto pertenecen al nivel territorial. La entidad de nivel nacional con mayor IRC tiene un puntaje de 0.49 y la del nivel territorial de 0.71. La entidad de mayor IRC en el nivel territorial está 2.4 desviaciones por encima de la entidad de nivel nacional con mayor IRC. La mediana de las entidades estatales del nivel nacional es mayor a la mediana del nivel territorial (0.22 vs 0.18).

Gráfico 25. Distribución del Índice de riesgo de corrupción de las entidades estatales 2016: Nación vs Entidades Territoriales

Nación vs. Entidades Territoriales

Índice de Riesgo en la Contratación Pública 2016



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

25 La metodología se basa en la usada por Fazekas & Tóth (2012), Fazekas, Tóth & King (2013a), y Fazekas, Tóth & King (2013b). Para ver diferentes variaciones del índice referirse al Anexo 2.

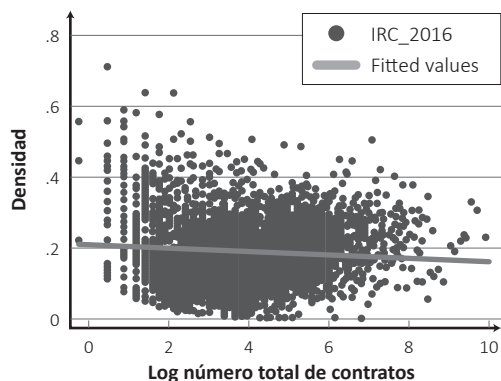
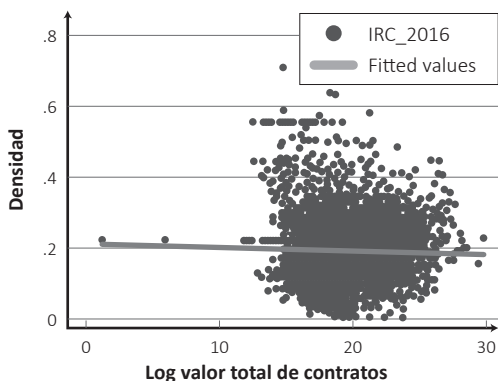
El cálculo del IRC promedio por niveles de la administración pública (nacional centralizado, nacional descentralizado, departamental centralizado, departamental descentralizado, municipal centralizado y distrito capital centralizado), muestra que la diferencia máxima en el promedio de cada nivel es aproximadamente media desviación estándar (0.09). El grupo de entidades estatales del nivel nacional centralizado tiene un mayor IRC promedio (0.23), mientras que el distrito capital y los municipios de categoría 3 tienen un IRC promedio más bajo (0.17).

Tabla 7. Índice de riesgo promedio por orden de entidad contratante 2016

Orden Entidad	IRC Promedio 2016
Distrito Capital	0,17
Nacional Centralizado	0,23
Nacional Descentralizado	0,20
Territorial Departamental Centralizado	0,17
Territorial Departamental Descentralizado	0,19
Territorial Municipal 1	0,22
Territorial Municipal 2	0,20
Territorial Municipal 3	0,17
Territorial Municipal 4	0,19
Territorial Municipal 5	0,19
Territorial Municipal 6	0,19

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

El índice no muestra una correlación fuerte con el tamaño de las entidades estatales contratantes. En otras palabras, un mayor número de contratos o un valor contratado más elevado en promedio no está relacionado con algún nivel de riesgo en la contratación según el IRC (gráfico 26).

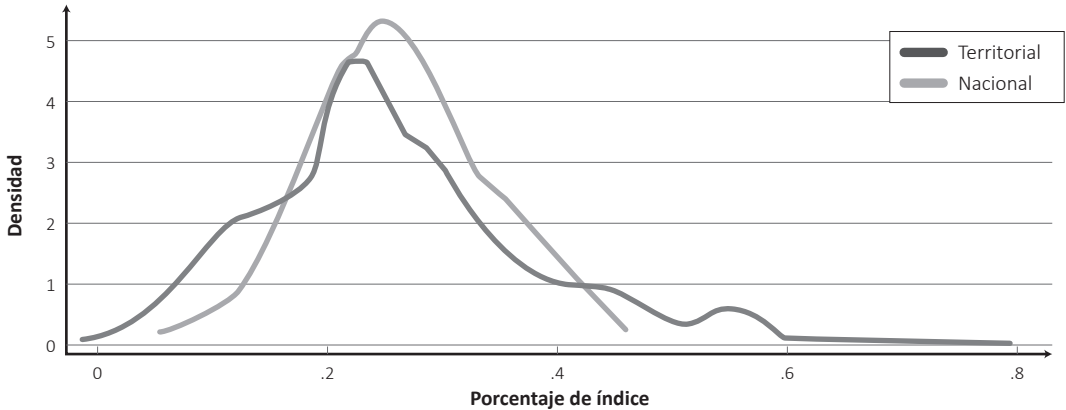
Gráfico 26. Puntaje IRC y tamaño de las entidades contratantes 2016**Panel A. Logaritmo del número total de contratos****Panel B. Logaritmo del valor total de contratos**

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

El cálculo del IRC para 2015 muestra que los promedios para los niveles territoriales (departamental centralizado, departamental descentralizado, municipal y distrito capital) no son estadísticamente diferentes a los del nivel nacional. Es decir, las entidades del nivel nacional en promedio presentan los mismos riesgos de acuerdo con el ICR que las entidades del nivel territorial (0.26). Sin embargo, en las entidades del nivel territorial la mediana del índice fue menor al de las entidades del nivel nacional (0.18 vs 0.21). En 2015 las entidades con mayor riesgo en su contratación son del nivel territorial, con una puntuación máxima de 0.78, la cual se encuentra a 3.5 desviaciones estándar de la entidad del nivel nacional de mayor riesgo de acuerdo con el ICR (gráfico 27).

Gráfico 27. Distribución del Índice de riesgo de corrupción de las entidades estatales 2015: Nación vs Entidades Territoriales

Índice de riesgo en la contratación pública 2015



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2014-2015

El cálculo del IRC promedio por orden (nacional centralizado, nacional descentralizado, territorial centralizado, territorial descentralizado, territorial municipal y distrito capital) para 2015 muestra que las entidades del nivel territorial municipal de categoría 1 tuvieron el IRC promedio más alto. Le siguen las entidades del orden territorial de sexta categoría, y las entidades del orden nacional centralizado (tabla 8). De 2015 a 2016 las entidades del nivel nacional centralizado pasaron de tener el tercer IRC promedio más alto a ser las entidades pertenecientes al nivel con mayor riesgo promedio de acuerdo con el IRC.

Tabla 8. Índice de riesgo promedio por orden de entidad contratante 2015

Orden Entidad	IRC Promedio 2015
Distrito Capital	0,25
Nacional Centralizado	0,26
Nacional Descentralizado	0,26
Territorial Departamental Centralizado	0,22
Territorial Departamental Descentralizado	0,26
Territorial Municipal 1	0,27
Territorial Municipal 2	0,25
Territorial Municipal 3	0,24
Territorial Municipal 4	0,25
Territorial Municipal 5	0,24
Territorial Municipal 6	0,26

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2014-2015

Además de calcular el IRC por entidad contratante consideramos importante monetizar el riesgo. Para ello, se estima el valor de los recursos en riesgo mediante la siguiente fórmula:

$$E[\text{Recursos públicos en riesgo}] = \text{Pr}(\text{Corrupción}) * \text{Valor total de los contratos más adiciones (1)}$$

Donde:

- $E[\text{Recursos públicos en riesgo}]$: Valor esperado del monto de los recursos destinados a la contratación pública en riesgo
- $\text{Pr}(\text{Corrupción})$: Probabilidad de corrupción aproximada por medio del IRC
- *Valor total de los contratos más adiciones*: Valor nominal de los contratos más las adiciones (millones de pesos)

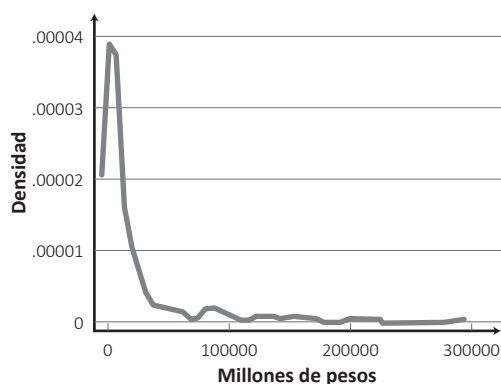
El valor estimado de recursos en riesgo presenta una variación alta tanto a nivel nacional (141.000 millones de pesos de desviación estándar) como territorial (13.000 millones de pesos de desviación estándar). En promedio, las entidades contratantes pertenecientes al nivel

nacional tienen en riesgo 38.000 millones de pesos (su mediana es de 6.178 millones de pesos), mientras que las entidades de nivel territorial 1.700 millones de pesos (y su mediana es de 43 millones de pesos) (gráfico 28). Lo cual es natural porque las entidades del nivel nacional tienen mayor presupuesto para ejecutar a través del sistema de compra pública; y es una motivación para concentrar el análisis en las entidades del nivel nacional, sin desestimar los efectos de bienestar que los recursos pueden tener en las entidades territoriales con menor presupuesto.

Gráfico 28. Distribución de las entidades estatales según el valor estimado de los recursos en riesgo de corrupción de las entidades estatales 2016: Nación vs Entidades Territoriales*

Panel A. Nación

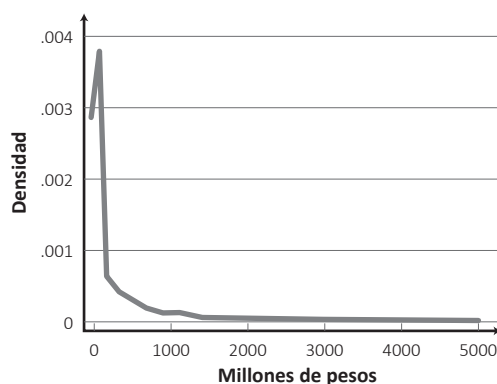
ICRN en la contratación pública 2016: Nación



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 4.8e03

Panel B. Entidades Territoriales

ICRN en la contratación pública 2016: Nación



Kernel = epanechnikov, bandwidth = 4.8e03

*Para mejor visualización de las distribuciones ambos paneles fueron acotados.

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

9. CARACTERIZACIÓN DE LOS MUNICIPIOS POR EL IRC

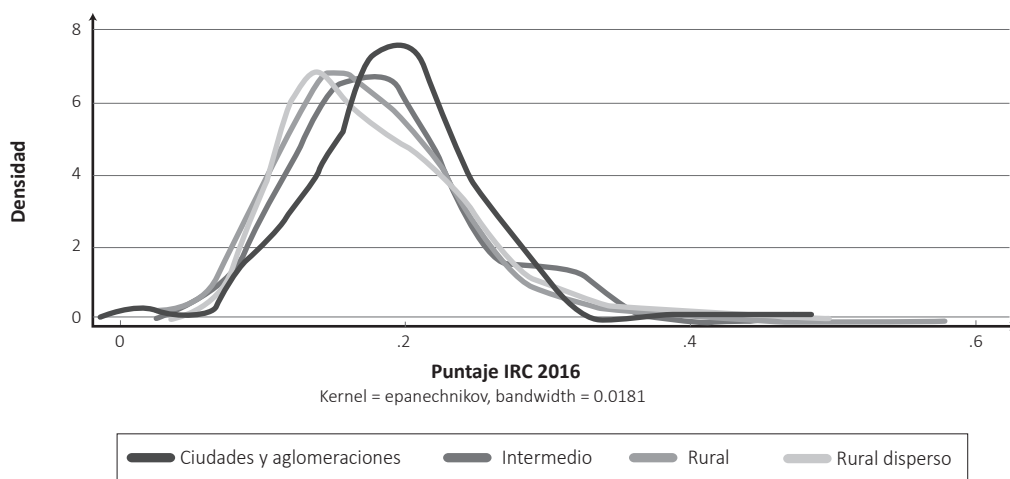
El IRC promedio de las alcaldías municipales del país es 0.18, con una mediana 0.18, y una desviación estándar 0.06. El gráfico 29 muestra la distribución del IRC de los municipios por clasificación de su ruralidad. Las ciudades y aglomeraciones tienen en promedio un riesgo de corrupción más alto (0.192) de acuerdo con el IRC, seguidos por intermedio (0.187), rural disperso (0.183) y rural (0.178). Los municipios con riesgos de corrupción más alto están en

la clasificación rural, alcanzando valores de 0.58. Les siguen las ciudades y aglomeraciones con máximos de 0.47. El rango dentro del cual están los promedios por clasificación rural es menor a media desviación estándar (0.06).

Gráfico 29. Distribución del IRC de las alcaldías municipales 2016: Clasificación de Ruralidad

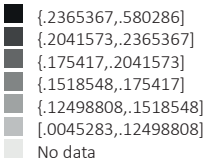
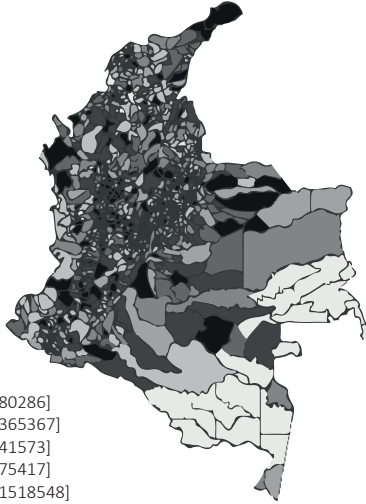
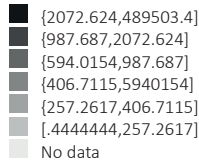
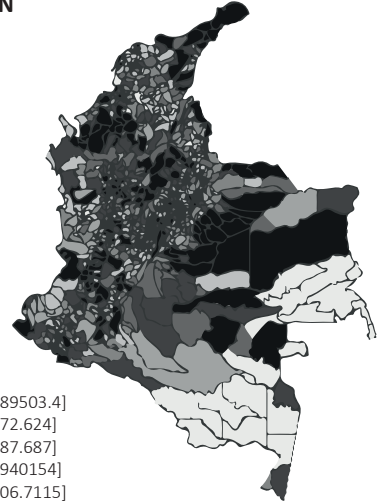
Clasificación de la ruralidad

IRC por clasificación de Ruralidad (2016)



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016 y Misión para la Transformación del Campo 2015

Georeferenciar el IRC y el IRC ponderado por valor en riesgo (IRC�) para 2016 muestra municipios que a pesar de tener un IRC bajo, tienen un IRC� alto como consecuencia del tamaño del presupuesto de estos municipios (figura 1). De acuerdo con el IRC� la región de la Orinoquía es la región con mayores valores nominales en riesgo, seguida por la región Caribe, mientras que las demás regiones muestran una alta heterogeneidad entre sus municipios.

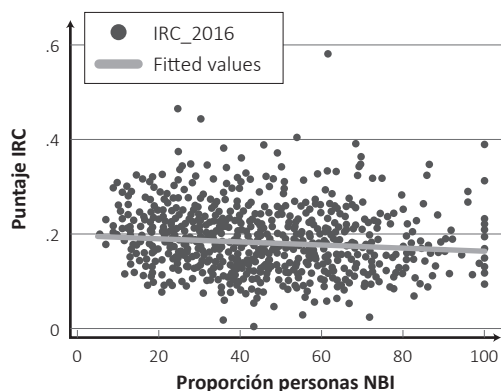
Figura 1. Georeferenciación del IRC y IRCN en Colombia 2016**Panel A. IRC****Panel B. IRCN**

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016 y DANE

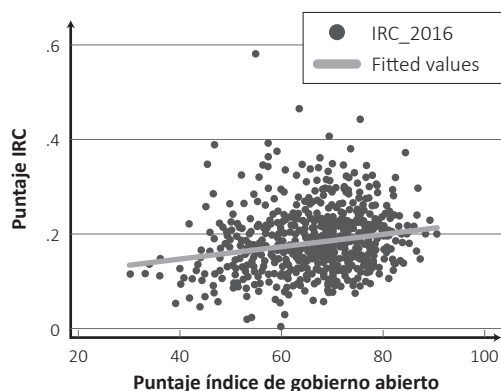
Vale la pena analizar si el IRC de las alcaldías está asociado con su nivel de pobreza. El gráfico 30 panel A muestra que la proporción de personas con necesidades básicas insatisfechas del municipio no explica su IRC. La relación del IRC con el Índice de Gobierno Abierto –IGA– que calcula la Procuraduría General de la Nación, el cual tiene propósito similar, muestra en el Panel B del gráfico 30 una relación positiva, aunque el coeficiente de correlación no es muy alto (0.2), pero sí es estadísticamente significativo. En resumen, los niveles de pobreza de los municipios no están asociados con el IRC y el IRC tiene una relación limitada con el IGA. Los esfuerzos de transparencia no se traducen en una mejor planeación y gestión contractual.

Gráfico 30. Índice de Riesgo de Corrupción (IRC) de los municipios colombianos, Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) e Índice de Gobierno Abierto (IGA): 2016

Panel A. IRC y NBI



Panel B. IRC e IGA



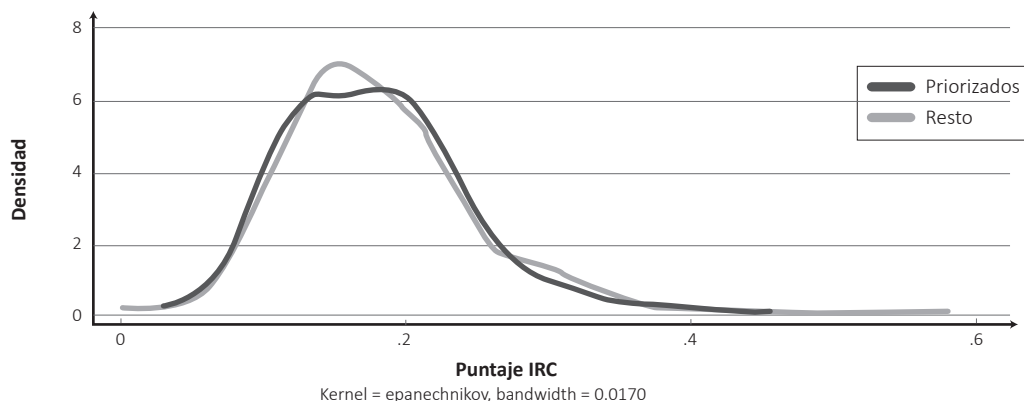
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016, DANE 2016, y Procuraduría General de la Nación 2015

Mirar de cerca qué ocurre en los municipios priorizados para el postconflicto es importante por el flujo de recursos que está por llegar, como ya se anotó. La comparación entre los municipios priorizados en el postconflicto y los demás municipios muestra que las medias no son estadísticamente diferentes, ambas muy cercanas a 0.18 (gráfico 31). De igual forma, la distribución de ambos tipos de municipios es muy similar. La mediana de ambas distribuciones es 0.18, y su desviación estándar de 0.06. Lo anterior no es extraño pues en ambos grupos hay todo tipo de municipios, desde ciudades y aglomeraciones hasta rural disperso. A pesar de la similitud de las distribuciones, vale la pena resaltar que en los municipios priorizados hay IRC menores a los de los municipios no priorizados (0.44 vs 0.58), 2.3 desviaciones por debajo.

La comparación de los índices nominales muestra que hay mayor valor en riesgo en los municipios no priorizados para el postconflicto, lo cual es natural pues estos son los municipios con mayor presupuesto. En promedio los municipios no priorizados tienen en riesgo 3.200 millones de pesos, mientras que los priorizados en riesgo de 1.900 millones, de acuerdo con la metodología de cálculo explicada anteriormente.

Gráfico 31. Distribución del IRC de los municipios colombianos 2016: Municipios priorizados para el Post-Conflicto y resto de municipios

Municipios priorizados para el Post-Conflicto y resto de municipios



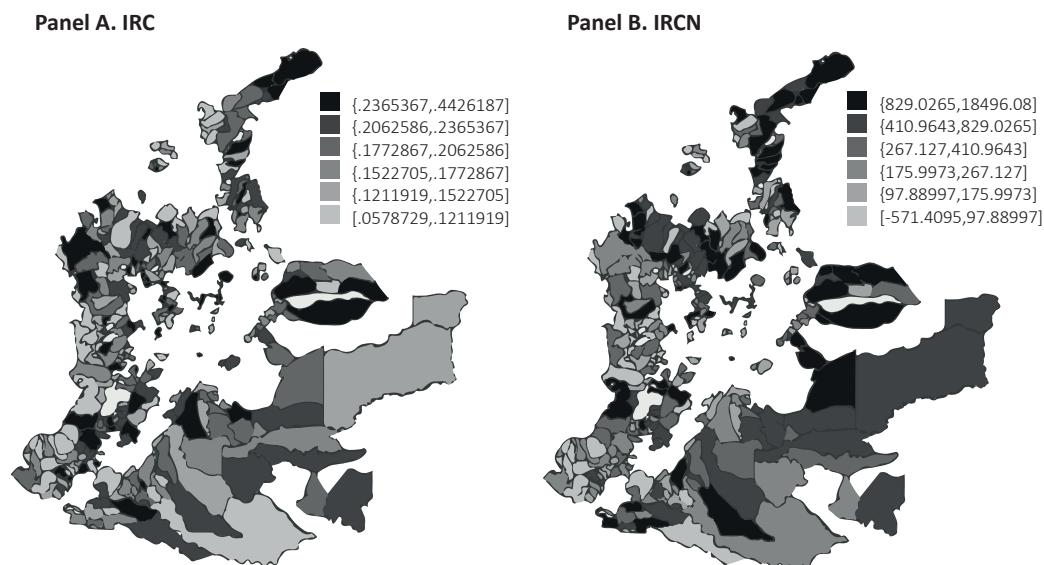
Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

También es importante mirar con atención los recursos destinados a atender las obligaciones del Acuerdo de Paz. El Gobierno calculó en el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP) 2017 que las entidades territoriales destinarán cerca de 5.5 billones de pesos de recursos propios a lo largo de 15 años para atender estas obligaciones. Para este cálculo, el MFMP mide la capacidad de los gobiernos territoriales para invertir en proyectos dirigidos a la implementación de los acuerdos. Esta capacidad se determinó teniendo en cuenta los recursos que tienen a disposición las entidades territoriales después de cubrir sus gastos de funcionamiento y el pago de obligaciones financieras²⁶. Al multiplicar esta capacidad de inversión por el IRC de cada entidad estatal de nivel territorial, vemos que sólo en el primer año habría aproximadamente 214 mil millones de pesos en riesgo, 58% del total de recursos propios aportados anualmente por todas las entidades territoriales.

En la figura 2 están ubicados geo-espacialmente los municipios priorizados para el postconflicto con su IRC y su IRCN para los recursos propios destinados a inversiones del postconflicto. Los municipios de los departamentos de Guajira, Cesar, Córdoba, Chocó, Arauca, y el municipio de Buenaventura son los municipios priorizados para el postconflicto con mayores recursos propios en riesgo.

²⁶ La disponibilidad de los gobiernos territoriales para invertir se mide como su ahorro corriente. Este ahorro se define como la diferencia entre los ingresos y los gastos corrientes. Los ingresos están conformados por los recaudos tributarios y los ingresos no tributarios. Los gastos corrientes corresponden a la suma de gastos de funcionamiento y servicios de la deuda pública. Toda la información proveniente del FUT.

Figura 2. Georefenciación del IRC y IRCN de recursos propios para el post-conflicto: Municipios Priorizados

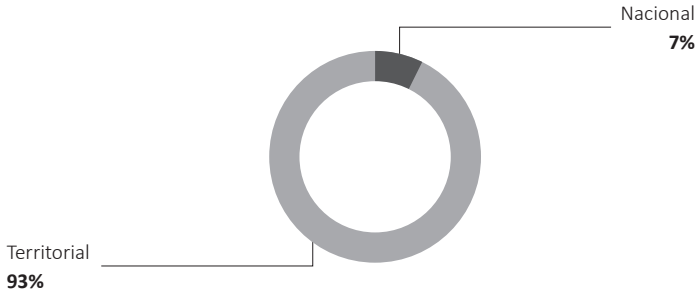


Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016, FUT 2015 y DANE

10. CARACTERIZACIÓN DE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL DECIL DE MAYOR RIESGO

El análisis del comportamiento promedio de las entidades estatales y algunos momentos de la distribución, muestran la necesidad de ahondar en los valores máximos del IRC. Para ello, examinamos únicamente las entidades que pertenecen al decil con mayor riesgo en el IRC. El decil más riesgoso está compuesto por todas las entidades contratantes que tienen un IRC mayor a 0.3. El gráfico 32 muestra que la participación de las entidades del nivel nacional en el decil de más alto riesgo es del 7%, mientras que la de las entidades estatales del nivel territorial es del 93%. Sin embargo, es importante mencionar que el 18% del total de las entidades del nivel nacional son entidades de mayor riesgo de acuerdo con el IRC, mientras que tan sólo el 10% de las entidades del nivel territorial tienen este denominador. En total hay 41 entidades estatales del nivel nacional en el decil de mayor riesgo y 521 entidades del nivel territorial.

Gráfico 32. Participación por nivel territorial dentro del decil más riesgoso

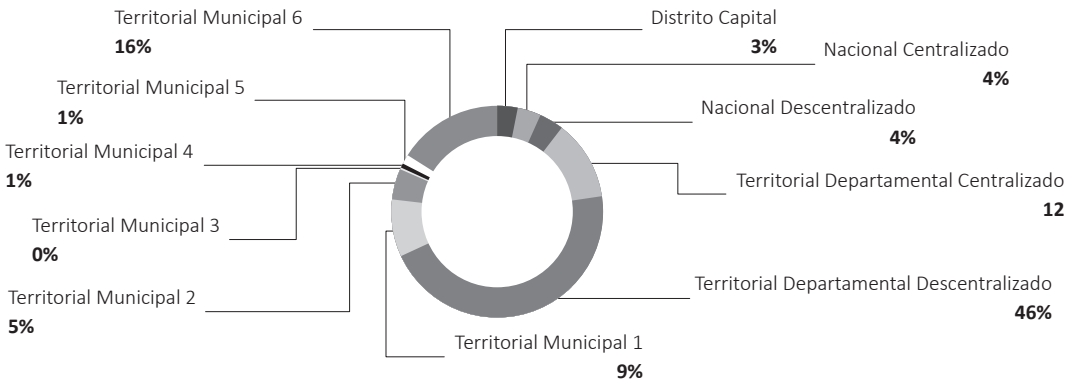


Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

Al observar la distribución del decil de mayor riesgo del IRC de acuerdo con el nivel de la administración pública de las entidades estatales, vemos que el nivel territorial departamental descentralizado tiene una participación del 46%, seguido por el nivel territorial municipal de categoría 6 del 16%, y el nivel territorial departamental centralizado del 12% (gráfico 33).

La tabla 9 muestra que en el decil de mayor riesgo están 17% del total de las entidades del nivel nacional centralizado, el 15% de las entidades del nivel territorial municipal de categoría 1, 11% del nivel nacional descentralizado, y el 11% del nivel territorial descentralizado.

Gráfico 33. Decil de mayor riesgo por orden territorial (2016)



Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

Tabla 9. Porcentaje del orden dentro del decil de mayor riesgo

Orden Entidad	Número de entidades dentro de las más riesgosas	% del orden dentro de las entidades más riesgosas
Distrito Capital	18	9%
Nacional Centralizado	20	17%
Nacional Descentralizado	21	11%
Territorial Departamental Centralizado	68	10%
Territorial Departamental Descentralizado	256	11%
Territorial Municipal 1	49	15%
Territorial Municipal 2	27	8%
Territorial Municipal 3	1	3%
Territorial Municipal 4	4	5%
Territorial Municipal 5	8	7%
Territorial Municipal 6	90	8%

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

Al analizar los municipios que se localizan en el decil de más alto riesgo vemos que los departamentos de Antioquia y Santander son los que tienen un mayor número de municipios en el decil más alto. No obstante, teniendo en cuenta que Arauca y Risaralda son departamentos con pocos municipios, tienen un mayor porcentaje de sus municipios entre los de más alto riesgo. De otra parte, son pocos los municipios priorizados para el postconflicto que están entre los municipios de más alto riesgo. De acuerdo con el IRC, apenas el 4.7% del total de municipios priorizados (tabla 10). Dichos municipios son: Bolívar, Caicedonia, Caldono, Cravo Norte, La Jagua de Ibirico, Los Andes, Mercaderes, Morelia, Morroa, Puerto Guzmán, San José de Uré, San Pedro, Santo Domingo, Tame y Yondo.

Tabla 10. Análisis departamental de los municipios más riesgosos

Departamento	Población Promedio	Número de Municipios	% de municipios del departamento entre más riesgosos	Promedio % personas con necesidades básicas insatisfechas	Promedio % de personas en miseria	Número de municipios prioritizados para el pos-conflicto entre más riesgosos	IGA Promedio	IRC Promedio	IRCN Promedio (Millones de pesos)
Antioquia	22548	12	10%	25	7	3	73	0,32	4330
Arauca	28280	2	29%	77	62	2	67	0,36	768
Atlántico	26989	1	4%	25	8	0	63	0,47	1430
Bolívar	14338	3	7%	67	40	0	50	0,37	680
Boyacá	7019	4	3%	41	14	0	74	0,33	4960
Caldas	9380	2	7%	29	10	0	71	0,32	860
Caqueta	3836	1	6%	40	14	1	68	0,36	447
Cauca	24967	4	10%	62	29	2	68	0,34	1860
Cesar	30091	2	8%	53	24	1	67	0,33	4810
Córdoba	16604	2	7%	79	41	1	61	0,32	1810
Cundinamarca	10366	3	3%	34	10	0	63	0,32	2260
Magdalena	36202	2	7%	63	33	0	62	0,46	947
Nariño	19772	1	2%	68	32	1	57	0,39	29
Putumayo	15478	2	15%	62	52	1	53	0,38	358
Risaralda	24236	4	29%	27	6	0	76	0,32	1050
Santander	4741	6	7%	49	19	0	69	0,32	880
Sucre	14583	1	4%	61	29	1	66	0,33	2990
Tolima	30165	1	2%	28	5	0	79	0,31	1440
Valle Del Cauca	21518	2	5%	23	8	2	74	0,38	741

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

Al hacer una desagregación de los municipios en el decil de más alto riesgo entre la clasificación de ruralidad, vemos que 42% del total de los municipios es de nivel intermedio, 31% de rural disperso 31%, 22% rural y 5% ciudades y aglomeraciones (tabla 11).

Tabla 11. Desagregación del decil más riesgoso por clasificación de ruralidad

Clasificación Ruralidad	Número de municipios	% de la clasificación dentro de los municipios más riesgosos	Participación
Ciudades y aglomeraciones	3	3%	5%
Intermedio	23	7%	42%
Rural	12	3%	22%
Rural disperso	17	6%	31%

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

La desagregación por sectores de la administración de las entidades estatales de nivel nacional de más alto riesgo de acuerdo con el IRC muestra que el sector de ambiente (incluye las corporaciones autónomas regionales) es el que tiene un más alto número de entidades dentro del decil. Le siguen Hacienda y Crédito Público, Minas y Energía e Interior. Todos los sectores administrativos tienen representación dentro de las entidades con más alto riesgo (tabla 12).

Tabla 12. Desagregación del decil más riesgoso por sectores administrativos²⁷

Sectores Administrativos Nivel Nacional	Total entidades	Número de entidades dentro de las más riesgosas	Participación
Ambiente	9	5	12%
Hacienda y Crédito Público	19	4	10%
Ninguna	-	4	10%
Minas y Energía	12	3	7%
Interior	7	3	7%

27 En el sector "Ninguna" están la Cámara de Representantes, la Rama Judicial, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Sectores Administrativos Nivel Nacional	Total entidades	Número de entidades dentro de las más riesgosas	Participación
Planeación	4	2	5%
Defensa	15	2	5%
Inclusión Social y Reconciliación	4	2	5%
Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural	17	2	5%
Educación	27	2	5%
Presidencia de la República	5	1	2%
Función Pública	2	1	2%
Ciencia y Tecnología	1	1	2%
Deporte	1	1	2%
Inteligencia estratégica y contrainteligencia	1	1	2%
Tecnologías de la Información y las comunicaciones	7	1	2%
Comercio Industria y Turismo	11	1	2%
Relaciones Exteriores	3	1	2%
Vivienda Ciudad y Territorio	4	1	2%
Trabajo	7	1	2%
Transporte	8	1	2%
Justicia y del Derecho	5	1	2%

Fuente: Elaboración propia con base en SECOP 2015-2016

11. RECOMENDACIONES

A continuación hacemos una serie de recomendaciones para fortalecer el sistema de compra pública, las cuales surgen del análisis realizado en la elaboración de este documento, de las recomendaciones de la OCDE (2016) y de algunas de las contenidas en la propuesta de nuevo estatuto de contratación publicado por Colombia Compra Eficiente en 2016.

A. REGISTRO DE LA INFORMACIÓN Y REPORTES

El Estado colombiano ha mejorado sustancialmente en el registro de la información del sistema de compra pública y en hacerlos disponibles al público en general en formato de datos abiertos. Sin embargo, aún hay duplicidad de registros y problemas serios de calidad de los datos. El tránsito de las plataformas de información a las de transacción inició y el gobierno y los organismos de control deben promover que todas las entidades estatales hagan el tránsito. Finalmente, es necesario que las entidades estatales en general y en particular que los organismos de control honren lo establecido en el literal (b) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y no creen sistemas paralelos pues el SECOP “servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía”. Esto es fundamental para honrar la obligación de transparencia y acceso a la información de forma clara, fácil y directa, simplificando al ciudadano la búsqueda de información.

Las siguientes propuestas buscan mejorar la oportunidad y calidad del registro de la información del sistema de compra pública:

- I. Los organismos de control deben auditar y revisar exclusivamente la información registrada en el SECOP para evitar diferencias en la información disponible al público, a los agentes del mercado y la entregada a los organismos de control y para fomentar el registro de información de forma oportuna y veraz. Control interno debe también usar exclusivamente el SECOP para sus auditorías.
- II. El gobierno debe establecer un cronograma obligatorio para que las entidades estatales adopten el SECOP II. En 2008 el gobierno nacional estableció vía un decreto un cronograma para el inicio del registro de la actividad contractual en el SECOP I luego de un tiempo prudencial para que las entidades estatales conocieran la herramienta el cual empezó en 2004. Recomendamos fijar un plazo cierto y cercano para que las entidades estatales estén obligadas a utilizar exclusivamente plataformas transaccionales del SECOP, salvo algunos pocos municipios que aún tienen problemas de conectividad.
- III. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe hacer un esfuerzo para garantizar la interoperabilidad de los sistemas de presupuesto y gasto con el SECOP.
- IV. El Departamento Nacional de Planeación debe hacer un esfuerzo para garantizar la interoperación de sus sistemas de información del presupuesto de inversión con el SECOP.
- V. Colombia Compra Eficiente debe trabajar con el Distrito Capital, Medellín, Barranquilla y Cali (teniendo en cuenta el valor de la contratación) para la interoperación de sus sistemas de presupuesto y gasto y el SECOP y diseñar las metodologías para el trabajo de interoperación de los sistemas de todas las entidades territoriales con base en la experiencia con estas ciudades.

- VI. Eliminar la duplicidad de registros o la existencia de registros paralelos que crean dobles estándares como el sistema de la Auditoría General de la República que creó un doble estándar de la calidad de la información de algunas entidades del nivel territorial.
- VII. Revisar el registro único de proponentes el cual no está integrado al SECOP y cuya información no hace parte del sistema de compra pública, lo cual genera costos de transacción para el sistema.
- VIII. Colombia Compra Eficiente debe construir métricas para mostrar el impacto del SECOP II en términos de tiempo, número de competidores, reducción en uso de papel, reducción en espacio de archivo, entre otras y continuar mostrando el impacto del uso de la Tienda Virtual del Estado Colombiano.
- IX. Colombia Compra Eficiente debe establecer reportes de información estándares con base en los registros del SECOP II para que los agentes del mercado, el público en general y los organismos de control tengan acceso a ellos.
- X. Colombia Compra Eficiente debe calcular anualmente, publicar y divulgar los indicadores de desempeño del sistema de compra pública. En la página web está el resultado del cálculo para 2014 y 2015, los del año 2016 debieron ser publicados en el segundo semestre de 2017 y lo de 2017 deben ser calculados y publicados en el segundo semestre de 2018 para garantizar la periodicidad y el uso de los mismos.
- XI. Colombia Compra Eficiente debe trabajar con la Fiscalía, los Organismos de Control y la Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF- para que los investigadores conozcan el SECOP y las posibilidades de investigación que ofrece.
- XII. La Superintendencia de Industria y Comercio debe conocer mejor el SECOP para hacer estudios y análisis de concentración de contratistas y comportamiento de los oferentes en los procesos de selección.
- XIII. Colombia Compra Eficiente debe hacer un seguimiento continuo del uso del SECOP II y estudiar el impacto de su uso en los indicadores del Sistema de Compra Pública.
- XIV. Colombia Compra Eficiente debe estudiar la posibilidad de integrar la información del SECOP II con las matrices de riesgo y desarrollar alertas de administración en tiempo real.
- XV. El gobierno debe crear incentivos para que los proveedores usen la información del SECOP para el desarrollo de sus negocios.
- XVI. Colombia Compra Eficiente debe continuar honrando el compromiso hecho por Colombia en el *UK Anticorruption Summit 2016* relativo a la disponibilidad de los registros del SECOP en formato de datos abiertos con una tardanza de no más de una hora de efectuado el registro.

B. CONFLICTOS DE INTERÉS

El artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 por medio de la cual fue expedido el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo establece que los servidores públicos que estén en una situación de conflicto de interés deben declararse impedidos y la posibilidad de que los interesados en las actuaciones administrativas a cargo de un servidor público lo recusen. La norma citada establece las causas del conflicto de intereses. El artículo 12 de la Ley 1437 establece el trámite para los impedimentos y recusaciones. En nuestra opinión estas normas no son la solución adecuada al conflicto de intereses en el sistema de compra pública por cuanto: (a) el conflicto es justamente la contradicción de intereses que no ha sido establecida como una prohibición legal; (b) el funcionario ad hoc debe tener ciertas características para que la fórmula realmente solucione el conflicto de intereses; y (c) los plazos son muy largos para el manejo de un proceso de compra.

La recomendación es establecer legalmente que el servidor público que esté en una situación de conflicto de intereses en un proceso de compra deba abstenerse de participar en deliberación o decisión alguna relativa al proceso. Para el efecto hay conflicto de intereses de los servidores públicos en los procesos de compra cuando hay una contradicción entre: (a) el interés general; y (b) el interés particular del servidor público, la cual no haya sido descrita taxativamente en la ley. Si la persona es quien tiene funciones propias para tomar decisiones del proceso de compra (representante legal ordenador del gasto, estructurador, evaluador, entre otros), la entidad estatal debe encargar un funcionario ad hoc quien debe ser un par del servidor público en conflicto. Si el servidor público en conflicto es la cabeza de la entidad estatal, el funcionario ad hoc debe ser un par por fuera de la entidad estatal y este funcionario ad hoc debe garantizar la independencia del equipo de trabajo del proceso de compra.

El derecho blando ha sido utilizado en otras jurisdicciones para establecer políticas y lineamientos para el manejo de conflictos de intereses y esto puede ser aplicado en Colombia con:

- I. Mecanismos positivos, como el desarrollo de un código de conducta para los servidores públicos (y actores asociados al proceso como proveedores, comisionistas, subcontratistas, y personal temporal o contratistas de las entidades estatales) encargados de la compra públicas y el desarrollo de entrenamiento y capacitación. Estos mecanismos pueden ser efectivos si se desarrolla una cultura interna de reporte, potencialmente incluyendo roles para el sector privado y la sociedad civil.
- II. El desarrollo de un sistema de declaración de bienes y rentas y conflictos de interés específico para los perfiles de alto riesgo que participan en los procesos de contrata-

ción. Sobre las declaraciones de intereses debe haber validaciones de la completitud de la información y consistencia.

- III. Mecanismos de protección adicional para las personas que denuncien casos de corrupción (whistleblowers) y la creación de un sistema de denuncias centralizado en procesos de compra pública que incluye una línea de atención.
- IV. Desarrollar una “declaración sobre posibles conflictos de interés” y una “declaración de integridad” por parte de los oferentes cuyo incumplimiento tenga consecuencias onerosas en términos económicos y de reputación.

Si bien en este documento no hay mención expresa al conflicto de intereses en el sistema de compra pública, la OCDE en sus revisiones ha mencionado la necesidad de reformar el manejo legal existente.

C. DEFINIR DE FORMA PRECISA LAS CAUSALES DE CONTRATACIÓN DIRECTA

Excluir del concepto de contratación directa aquellas contrataciones que no pueden ser consideradas directas como lo hace la propuesta de Colombia Compra Eficiente de 2016.

D. CREAR UNA CATEGORÍA PARA LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y APOYO A LA GESTIÓN Y TRATARLOS COMO UN ASUNTO DE TALENTO HUMANO

Tratar la prestación de servicios personales y apoyo a la gestión como compra venta de servicios distorsiona la información del sistema de compra pública, particularmente la de la contratación directa.

De otro lado, la selección de estos contratistas debe tener en cuenta criterios de talento humano para su gestión adecuada lo cual está a cargo del sector de Función Pública. Por esto, la propuesta es crear una categoría especial para efectos del registro y fijar unos criterios de selección propios del talento humano.

E. CONTINUAR OFRECIENDO INSTRUMENTOS DE AGREGACIÓN DE DEMANDA, AMPLIAR LA OFERTA Y ESTUDIAR LA POSIBILIDAD DE AGREGACIÓN REGIONAL

Colombia Compra Eficiente debe continuar diseñando instrumentos de agregación de demanda para los bienes y servicios que puedan ser agregados y que representen mayores

oportunidades de generar mayor valor en términos de eficiencia del proceso, de reducción de precios de la adquisición y reducción de riesgos de corrupción. También debe empezar a agregar demanda de bienes, obras y servicios de mayor complejidad como la consultoría y la construcción de obras de infraestructura. Adicionalmente debe mantener un proceso continuo de revisión de satisfacción de los usuarios de los acuerdos marcos y fortalecer los procesos de análisis de la ejecución de órdenes de compra y mantener procesos claros para la imposición de multas y sanciones.

Colombia Compra Eficiente debe empezar a estudiar las oportunidades de agregación de demanda regionales y profundizar la oferta en salud y educación (en particular en el Programa de Alimentación Escolar).

Colombia Compra Eficiente debe estudiar con los organismos de control un sistema para incentivar a las entidades estatales de nivel territorial el uso de los instrumentos de agregación de demanda.

F. MEJORAR LOS MECANISMOS COMPETITIVOS

Es importante revisar las recomendaciones del proyecto preparado por Colombia Compra Eficiente y las recomendaciones OCDE, estudiar el comportamiento de los procesos competitivos por categorías del objeto del contrato para entender y superar las restricciones. En particular, es importante terminar los regímenes especiales para las entidades estatales que no están en situación de competencia en el mercado.

De otra parte, es importante revisar el uso de los mecanismos para incentivar la participación de la micro, pequeña y mediana empresa (mipyme), hacer seguimiento de la existencia o no de convocatorias limitadas a para procesos de contratación por valor a USD125 mil (no hay evidencia en SECOP) posibilidad que ofrece la normativa, y estudiar desde el punto de vista de la formación y sostenibilidad de la mipyme la eficacia del incentivo y hacer los correctivos que sean del caso.

G. ENTENDER EL ALCANCE Y UTILIDAD DE LOS MANUALES, GUIAS Y DOCUMENTOS ESTÁNDAR Y ORGANIZAR UNA OFERTA DE ELLOS

El gobierno nacional debe elaborar documentos estándar particulares de acuerdo con un orden de prioridad derivado de la frecuencia de la contratación por tipo de proyecto, valor de los proyectos y grados de dificultad. Una parte fundamental de estos documentos estándar es un estudio robusto de mercado que permita identificar la oferta de bienes y servicios y de

construcción de obra, establecer con claridad los requerimientos del proyecto para poder tener bases suficientes para determinar los requisitos que el pliego exigirá a los proponentes, los mejores mecanismos para las ofertas y su evaluación.

Adicionalmente, con base en los indicadores del sistema de compra público sobre tipos de procesos y de contratación y categorías de los objetos contractuales, el gobierno debe continuar elaborando nuevos manuales y guías, y actualizar los existentes.

H. CAPACITAR A LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Las decisiones de gasto público para adquirir bienes y servicios y ejecutar obras requiere de un pensamiento más estratégico y mucho menos operacional. La simple revisión del manejo de plazos de los procesos de selección de contratistas y de los plazos de los contratos muestra la necesidad de mejorar la planeación y la gestión de los contratos. La falta de información de la gestión de los contratos en el SECOP muestra la desarticulación entre quien es el responsable/usuario misional o administrativo del contrato y el grupo de compra encargado de la gestión operativa. Los errores de registro, tanto de digitación como conceptuales, muestran la necesidad de insistir en la formación en compra pública y en una mirada estratégica del sistema como medio de implementación de la política pública. Por esto es necesario mejorar las competencias de los servidores públicos y buscar una orientación en las capacitaciones que estos reciben.

La propuesta del programa de formación del comprador público de formar expertos por categorías de los objetos de los contratos, cobra relevancia al desagregar cada una de las categorías de los objetos contractuales de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios de Naciones Unidas (segmentos, familias, clases y productos) lo cual puede generar conocimiento y eficiencia en el manejo del gasto público.

Es importante estudiar los resultados de la formación en aprovisionamiento estratégico y la transformación de la función de compra pública que tuvo lugar desde finales de 2016 en Medellín y fortalecer este programa que solamente ha sido desplegado en Medellín.

I. HACER REVISIONES Y DIAGNÓSTICO EN DETALLADO DEL COMPORTAMIENTO DEL SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA POR CATEGORÍAS DEL GASTO

Recomendamos profundizar el diagnóstico contenido en el presente documento con ejercicios adicionales para las categorías de gasto y modalidades de selección de contratistas y

con un análisis de pliegos y evaluaciones de ofertas que permita identificar problemas de competencia.

J. MEJORAR LOS SISTEMAS DE CONTROL

Las actividades de auditoría y control del sistema de compra pública, además de no estar basados en la información disponible en las bases de datos públicas, están generalmente enfocadas en el simple cumplimiento de formalidades y no a mejorar los resultados administrativos y misionales de las entidades estatales.

Las oficinas de control interno, las contralorías y la procuraduría deben hacer un esfuerzo para mejorar las habilidades y competencias de sus funcionarios, garantizar que usan el SE-COP para el efecto y que su seguimiento está orientado a revisar si la necesidad que busca satisfacer el proceso de contratación fue atendida y la eficiencia, eficacia y economía del proceso, así como la igualdad en el trato a los proponentes y la competencia.

Los controles fiscales y disciplinarios pueden llevar a conductas adversas al riesgo evitando que se lleguen a situaciones con mejores resultados (posible menor responsabilidad fiscal por errores), esto se puede resolver mediante entrenamiento y orientación al personal de compras públicas con participación de los organismos de control.

K. CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

Los litigios que surgen durante la selección de contratistas entre proponentes y las entidades estatales duran muchos años. Es usual oír a los proponentes decir que no vale la pena demandar una adjudicación pues la decisión judicial llegará cuando el servicio, la obra o el bien hayan sido entregados.

De otro lado, en la negociación de algunos acuerdos comerciales los socios comerciales solicitaron a Colombia crear un tribunal de solución de conflictos del sistema de compra pública, originados antes de la celebración del negocio jurídico²⁸. En otras jurisdicciones hay un tribunal administrativo (similar a lo que son hoy en día las superintendencias) que toma

28 “Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, Colombia trabajará con miras a implementar lo previsto en el Artículo 8.16.4, en un plazo máximo de ocho años contados a partir de la entrada en vigor del presente Protocolo Adicional. Dentro de este plazo y de conformidad con lo previsto en el Artículo 8.23.2 (a), Colombia informará al Comité con relación a la adopción de tales medidas”. Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico. La discusión también ha estado presente en la negociación con la Unión Europea.

decisiones vinculantes, de obligatorio cumplimiento para las Entidades Estatales y los oferentes, decisiones que además deben ser tenidas en cuenta por las Entidades Estatales en futuros procesos de contratación, sin perjuicio, de que la decisión pueda ser posteriormente cuestionada por la vía judicial.

La situación fiscal hace poco probable la creación de este tribunal. Sin embargo, es importante revisar el funcionamiento de estos tribunales en otras jurisdicciones, examinar las ventajas de una vía gubernativa a través de un órgano central que pueda resolver conflictos durante la selección de contratistas de una forma rápida, lo cual es garantía para la competencia y reduce la litigiosidad judicial del sistema de compra pública, para efectos de diseñar en el futuro próximo esta instancia.

Para mejorar la velocidad de la solución de conflictos del sistema de compra pública es importante revisar los artículos 152 y 153 de la Ley 1437 de 2011 para que los tribunales administrativos conozcan de las controversias originadas en decisiones anteriores a la firma del contrato cuando el valor estimado del contrato exceda de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y si el valor estimado del contrato es menor conoce el juez administrativo en primera instancia, para así agilizar estos procesos.

Otra de las causas de la velocidad con la que los conflictos del Sistema de Compra Pública son resueltos en la jurisdicción contencioso administrativa es la falta de especialización de los magistrados de tribunales y del Consejo de Estado en el sistema de compra pública. El magistrado que conoce de las controversias en el sistema de compra pública, también conoce de las demandas de responsabilidad del Estado, que representan un volumen muy alto de litigios en el cual hay un gran porcentaje de controversias relacionadas con el conflicto armado. Una posible solución es elegir magistrados para los tribunales encargados exclusivamente de la solución de conflictos del sistema de compra pública que tienen origen antes de la firma del contrato.

Independientemente de la solución que el Estado tome, la propia administración de justicia debe buscar fórmulas para que las decisiones a los conflictos que se presentan antes de la firma de los contratos sean decisiones oportunas.

A pesar de que en este documento no hicimos un análisis del tiempo que toman los litigios del sistema, apoyamos las recomendaciones de OCDE y de Colombia Compra Eficiente aquí mencionadas.

L. INFLUENCIA DEL CICLO ELECTORAL Y SUS RESULTADOS EN EL SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA

Es importante seguir estudiando la influencia del ciclo electoral y sus resultados en el sistema de compra pública. Revisar el flujo de recursos desde el nivel nacional y departamental a los municipios y la contratación directa antes del inicio de la prohibición establecida en la Ley de Garantías Electorales, por una parte y por la otra los cambios en las redes de contratistas con ocasión del cambio de mandatarios.

M. SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA PARA LA EJECUCIÓN DE RECURSOS DEL POSCONFLICTO

La ejecución de recursos públicos destinados para el posconflicto requiere especial atención, un equipo de apoyo para el ejecutor en los municipios priorizados y un seguimiento constante de las etapas del proceso de contratación, particularmente de la planeación y la ejecución del contrato. La eficacia de estos contratos es determinante para el éxito de los programas y para la generación de confianza en las instituciones en estos municipios.

REFERENCIAS

- Colombia Compra Eficiente (2016) Propuesta de Modificación Integral del Estatuto General de Contratación.
- Mihály Fazekas & István János Tóth (2012). Public Procurement, Corruption and State Capacity in Hungary – Objective Measures and new insights. Corruption Research Center. Corvinus University of Budapest.
- Mihály Fazekas, István János Tóth, Lawrence Peter King (2013a). Corruption manual for beginners: “Corruption techniques” in public procurement with examples from Hungary. Corruption Research Center. Working Paper Series: CRCB-WP/2013:01.
- Mihály Fazekas, István János Tóth & Lawrence Peter King (2013b). Anatomy of Grand Corruption: A composite corruption index based on objective data. Corruption Research Center. Working Paper Series: CRC-WP/2013:02.
- MFMP (2017). Marco Fiscal de Mediano Plazo 2017. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- OECD (2016a). Preventing Corruption in Public Procurement. Governance and Ethics Brochure.
- OECD (2016b). Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference. OECD Public Governance Reviews.
- OECD (2015). Compendium of Good Practices for Integrity in Public Procurement. Public Governance Committee.
- OECD (2014). Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia. A Secretariat Report on Colombian Procurement Laws and Practices.
- OECD (2015). Public procurement in Colombia. En “Colombia: Implementing Good Governance”. OECD Publishing.
- Vogel, L. (2009). *Macroeconomic effects of cost savings in public procurement* (No. 389). Directorate General Economic and Financial Affairs (DG ECFIN), European Commission.

Anexo disponible en: <http://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3642>

II. DESCENTRALIZACIÓN Y CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Víctor Saavedra | Fabián Conde

RESUMEN EJECUTIVO

No es el objetivo de este documento responder a si la descentralización fiscal y política aumentó la corrupción en el país. Se busca en cambio caracterizar en tipologías a las entidades territoriales entre diversos niveles de riesgo (y la relación de esto con una baja capacidad estatal y mayor pobreza) y evaluar si los organismos de control y la Fiscalía y el gobierno nacional han incorporado esas diferencias en sus mecanismos de control y/o sanción. Esta aproximación busca ofrecer herramientas para fortalecer el sistema existente. La conclusión del capítulo es que los organismos de control y la fiscalía y el gobierno nacional no están focalizando su trabajo en las entidades más riesgosas. Esta conclusión debe ser tomada en cuenta tanto en las estrategias de supervisión y sanción como en los programas de fortalecimiento del Estado a nivel local.

Este capítulo describe la disponibilidad de recursos estatales a nivel local y la evolución de la descentralización fiscal, la relación entre variables de capacidad local, riesgo de corrupción y pobreza-a nivel departamental y municipal- y con esto proponer una clasificación de niveles de riesgo. También se muestra la evolución y concentración geográfica de las sanciones fiscales, penales y disciplinarias, y por último el esquema de supervisión del gobierno nacional sobre los recursos del SGP y de regalías.

Correlación entre pobreza, riesgo de corrupción y desempeño institucional

La descentralización se ha desarrollado de forma heterogénea en el país. Hay diferencias en el desempeño institucional, el riesgo de corrupción y las condiciones de vida entre regiones y departamentos, y una correlación entre estas variables tanto a nivel departamental como municipal.

Al analizar estos indicadores, se observa que en Colombia los departamentos con mayor riesgo de corrupción son también los más pobres y los que tienen peor desempeño institucional.

Teniendo en cuenta estas similitudes y diferencias se categoriza a las entidades territoriales en grupos comparables. Esto con el fin de clasificar unas tipologías del riesgo. Así, se categorizaron municipios y departamentos en tres grupos: Grupo 1, Grupo 2 y Grupo 3. Al Grupo 1 pertenecen aquellas entidades territoriales con las mejores condiciones de desempeño institucional y menor riesgo de corrupción; mientras que en el Grupo 3 están aquellas con peores condiciones en estas dos dimensiones. Las tipologías se hicieron con la información de 2015¹, teniendo en cuenta la siguiente regla:

Tabla A. Regla de Clasificación de las Entidades Territoriales

Tipología de riesgo	Desempeño Institucional	Riesgo de Corrupción
Riesgo bajo	Se cumplen dos o tres de las siguientes condiciones:	Se cumplen las dos siguientes condiciones:
	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gestión de Regalías: Desempeño medio o sobresaliente - Índice de Desempeño Fiscal: Desempeño sostenible o solvente - Índice de Desempeño Integral: Desempeño satisfactorio o sobresaliente 	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gobierno Abierto: Riesgo medio o bajo - Índice de Transparencia: Riesgo medio o bajo
Riesgo medio	Se cumplen dos o tres de las siguientes condiciones (y no pertenecen al grupo 1):	Se cumplen al menos 1 de las dos siguientes condiciones (y no pertenecen al grupo 1):
	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gestión de Regalías: Desempeño medio o sobresaliente - Índice de Desempeño Fiscal: Desempeño vulnerable, sostenible o solvente - Índice de Desempeño Integral: Desempeño medio, satisfactorio o sobresaliente 	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gobierno Abierto: Riesgo medio o bajo - Índice de Transparencia: Riesgo moderado, medio o bajo

1 Para el Índice de Gestión de Proyectos de Regalías se usó la información del primer trimestre de 2016.

Tipología de riesgo	Desempeño Institucional	Riesgo de Corrupción
	Se cumplen una o ninguna de las siguientes condiciones:	Se cumplen al menos 1 de las dos siguientes condiciones:
Riesgo alto	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gestión de Regalías: Desempeño medio o sobresaliente - Índice de Desempeño Fiscal: Desempeño vulnerable, sostenible o solvente - Índice de Desempeño Integral: Desempeño medio, satisfactorio o sobresaliente 	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gobierno Abierto: Riesgo medio o bajo - Índice de Transparencia: Riesgo medio o bajo

Fuente: Elaboración propia.

Al llevar a cabo este ejercicio, como resultado se obtiene que cada uno de grupos está conformado por los siguientes departamentos:

Tabla B. Resultados de la Clasificación Departamental

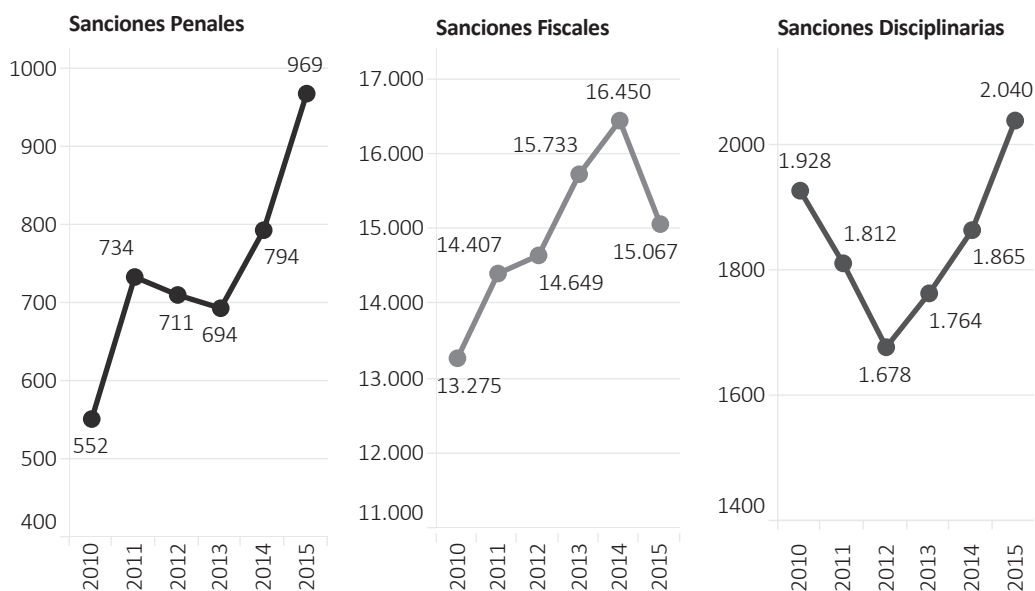
Región	Riesgo bajo	Riesgo medio	Riesgo alto
Caribe	Atlántico	Bolívar Córdoba	Cesar La Guajira Magdalena San Andrés Sucre
Centro Oriente	Cundinamarca	Boyacá Norte de Santander Santander	
Centro Sur		Huila Putumayo Tolima	Amazonas Caquetá
Eje Cafetero	Antioquia Caldas Risaralda	Quindío	
Llano		Arauca Casanare Meta Vichada	Guainía Guaviare Vaupés
Pacífico	Valle del Cauca	Cauca Nariño	Chocó

Fuente: Elaboración propia

Sanciones a los Funcionarios Públicos

En primer lugar, en los últimos años las sanciones penales, disciplinarias y fiscales han tenido una tendencia creciente, a excepción de la caída para el 2015 de las últimas. Al analizar la información para las tres tipologías propuestas de departamentos, se encuentra que las sanciones penales han aumentado en el grupo 2 pero no en el 1 o 3 y lo mismo es cierto para las sanciones fiscales. El efecto es menos pronunciado en cuanto a las sanciones disciplinarias.

Gráfica A. Sanciones Penales, Fiscales y Disciplinarias - Número de Sanciones (2010-2015)



Fuente: Elaboración propia con información de Contraloría General de la República y Fiscalía General de la Nación.

Las sanciones fiscales se concentran en los departamentos del Grupo 2 y 3, consistentemente con el riesgo de corrupción y desempeño institucional. Sin embargo, esto no sucede con las sanciones penales, que se concentran en el Grupo 1 y 2 y no en el grupo con mayor riesgo de corrupción y desempeño institucional (Grupo 3). Finalmente, las sanciones disciplinarias se distribuyen de forma uniforme en las tipologías sugeridas.

El aumento más grande en las sanciones penales por delito ha sido en peculado y prevaricato para los grupos 1 y 2 y el cohecho en grupo 2. El cohecho no tiene tendencia en el grupo 1.

Mecanismos de supervisión gobierno nacional

En el marco de una organización estatal con entidades fiscalmente descentralizadas, resulta fundamental que el gobierno cuente con mecanismos de monitoreo, seguimiento e intervención a los recursos que son transferidos a las entidades.

En lo que respecta a los recursos del Sistema General de Participaciones, este mecanismo es el Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control a los recursos del Sistema General de Participaciones.

Al analizar las medidas de la estrategia de seguimiento, monitoreo y control para cada una de las tipologías de riesgo de las entidades territoriales entre 2009 y 2017, se encuentra que, a nivel departamental, las medidas están orientadas hacia los departamentos más riesgosos. Tanto en salud como en educación, a pesar de que los departamentos del grupo 3 son tan sólo el 14% del total, el número de medidas aplicadas a estos son similares año a año (con la excepción del sector salud para el año 2016) a las medidas aplicadas a departamentos del grupo 2-que concentra el 55% de los departamentos. Esto es consistente con el hecho que el grupo 1 es el grupo en el que menos se han aplicado medidas a pesar de que representa el 31% de los municipios.

Esto no sucede a nivel municipal. En este caso, se evidencia que a pesar de que la participación de cada una de las tipologías de riesgo es homogénea en el total de municipios, las medidas se concentran en el grupo 2, seguido del grupo 3 y finaliza el grupo 1. Esto sucede para el sector educación, agua potable y saneamiento básico. Sin embargo, llama la atención que para el sector salud, los municipios con mayor riesgo son aquellos en donde menos se aplican estas medidas (se aplican más incluso en los municipios con menor riesgo- grupo 1).

En el caso de los recursos del Sistema General de Regalías, el mecanismo estipulado por la ley 1530 de 2012 es el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de los recursos del Sistema General de Regalías. El sistema está a cargo de la Subdirección de Control del Departamento Nacional de Planeación. Este adopta dos tipos de medidas que buscan prevenir o corregir el uso inadecuado, ineficiente e ineficaz o sin el cumplimiento de requisitos legales de los recursos de regalías, y son: 1. Medidas Preventivas y 2. Medidas Correctivas y Sancionatorias.

Al observar cómo han evolucionado cada uno de estos procesos (preventivo, y correctivo y sancionatorio) se observa que el primero está más alineado con las tipologías de riesgo propuestas en este documento que el segundo. En el caso del proceso preventivo en los primeros años (2013 y 2014) los procesos estuvieron casi exclusivamente orientados a los

departamentos de mayor riesgo (grupo 3), y disminuyeron en el tiempo; de tal forma que en 2017 el 21% de las medidas se han aplicado en departamentos de menor riesgo cuando el 14% de los municipios están en esta categoría.

En conclusión:

Es importante entender que a nivel global la decisión de descentralizar o centralizar competencias o recursos es políticamente motivada. Por lo que “en esta influyen múltiples actores y las consideraciones técnicas tienen un rol secundario” (World Development Report del Banco Mundial, 2017). Así, los resultados de la descentralización resultan del equilibrio político de los intereses que están en juego. Hay un elemento técnico central y es la optimización del sistema actual. En cuanto a este la forma en la que se focaliza el trabajo considerando el riesgo de las entidades territoriales es un asunto en el que se puede tener un avance significativo en los próximos años.

Sobre el trabajo de supervisión y sanción se concluye que:

1. En lo que respecta a sanciones a funcionarios públicos, se evidencia que el posible aumento de las operaciones contra la corrupción (aumento en las sanciones) no es homogéneo por las tipologías de riesgo. Las sanciones disciplinarias y fiscales están alineadas con tipologías de riesgo; lo que no sucede con las sanciones penales. El aumento de las sanciones penales y fiscales entre 2010 y 2015 se concentró en la tipología 2 de departamentos. No ha habido aumento en la tipología 3 en las sanciones y el número de sanciones penales per cápita es 4 veces más grande que en el grupo 2 que en el 3.
2. Los departamentos con mayor riesgo de corrupción (según las tipologías sugeridas) tienen mayor riesgo de corrupción en sus contralorías departamentales. Lo que es consistente con que menor proporción del total de sanciones fiscales se haga por parte de las contralorías departamentales en estos departamentos.
3. El Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control del SGP en cabeza del gobierno nacional no está alineado con tipologías de riesgo a nivel municipal (sí lo hace a nivel departamental).
4. En cuanto al Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de los recursos del Sistema General de Regalías, el procedimiento correctivo y sancionatorio no está alineado con las tipologías de riesgo, mientras que el preventivo sí lo hace.

Hay un grupo de departamentos con un elevado riesgo de corrupción (grupo 3) y en cual están los departamentos de Cesar, La Guajira, Magdalena, Sucre, y Chocó, entre otros. Para

éstos y su equivalente municipal es necesario diseñar un esquema de monitoreo y acompañamiento especial. El fortalecimiento institucional y el monitoreo de los organismos de control, la fiscalía y el gobierno nacional deben tener una elevada prioridad para el próximo gobierno.

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia se ha cuestionado la descentralización fiscal y política como un elemento asociado a mayor riesgo de corrupción. Esto debido a la captura del Estado local en zonas del país por parte de organizaciones políticas. Así, desde la Constitución de 1991 ha habido casos de desviación de recursos públicos y cooptación del Estado entre otros, en Córdoba, Sucre, La Guajira, Arauca, Putumayo, Valle del Cauca, Cartagena, Santa Marta, Bogotá (con Samuel Moreno), Bucaramanga, y Buenaventura. En esta última, por ejemplo, los tres pasados alcaldes han enfrentado procesos penales y no han concluido sus períodos. Por otra parte, ha habido ejemplos de descentralización exitosa como lo son Medellín, Pasto, Bogotá bajo las administraciones de Mockus y Peñalosa, Barranquilla, Antioquia, y Cali (recientemente).

Un motivo para fortalecer la descentralización fiscal en Colombia es porque esta ha sido identificada por la literatura de las finanzas públicas como una fuente de aumento en la eficacia en la prestación de los servicios públicos. Los gobiernos locales tienen más información por lo que pueden adaptar y prestar de forma más adecuada los bienes y servicios públicos. Además, enfrentan la competencia de sus vecinos, lo que ejerce presión para la ejecución más eficiente de sus funciones (Tanzi, 2000). Sin embargo, para que esto ocurra deben estar claramente definidas las responsabilidades de los diversos niveles de gobierno y debe haber sanciones por un desempeño inadecuado. Para evitar el clientelismo y la captura a nivel local, los ciudadanos y la élite gobernante deben tener los mecanismos e incentivos para garantizar la rendición de cuentas a nivel local.

No existe consenso sobre la dirección o magnitud de la relación entre descentralización y corrupción. Hay estudios que sustentan una relación positiva² y otros negativa³, lo que sugiere que el efecto es condicional a factores idiosincráticos. Por ejemplo, Enikolopov y Zhuravskaya (2007) encontraron que el efecto de la descentralización fiscal sobre la corrupción

2 Estache y Sinha (1995), Goldsmith (1999), Treisman (2000).

3 Huther y Shah (1998), Fisman y Gatti (2002), Arikan (2004), y Ivanya y Shah (2010).

no es homogéneo, sino que depende de qué tan consolidadas estén las instituciones en las entidades territoriales⁴.

En el caso de Colombia, el camino hacia la descentralización fiscal⁵ modificó la estructura de poder territorial del Estado resultando en un cambio en el modelo de intermediación entre el Gobierno Central y las élites regionales y locales. Se pasó de un modelo de intermediación bipartidista a uno de “intermediación extorsiva”, menos jerárquica y más ligada a individuos específicos, cuyas redes de decisión son más cortas, menos atadas a vínculos partidistas y que generalmente no salen del entorno local o regional (Gutiérrez, 2010). Una de las consecuencias de este nuevo clientelismo fue el aumento de espacios para que los gobiernos subnacionales fueran permeados por organizaciones electorales ilegales y corruptas, limitando así los resultados de la descentralización fiscal en términos de desarrollo regional. Hubo debilitamiento del Gobierno Central a costa de los operadores locales, que ya no dependen de los gobernadores para ser elegidos, y al mismo tiempo disponen de más recursos y menos visibilidad; lo que llevó a una de las formas más marcadas del nuevo clientelismo, la asignación de contratos. Esto se ha dado de forma diferenciada a lo largo del país, lo que ha impactado en el desarrollo económico, el desempeño de las instituciones, las condiciones de vida, la efectividad de la inversión entre otros (Gutiérrez, 2007).

No es el objetivo de este documento responder a si la descentralización fiscal y política aumentó la corrupción en el país. Se busca en cambio tipificar a las entidades territoriales según sus niveles de riesgo de corrupción, observar la relación de este riesgo con la capacidad estatal y los niveles de pobreza, así como evaluar si la Fiscalía, demás organismos de control y el gobierno nacional han incorporado esas diferencias en el riesgo en la aplicación de sus mecanismos de control y/o sanción. Esta aproximación busca ofrecer herramientas para fortalecer el sistema existente. La conclusión del capítulo es que no se está focalizando el trabajo de control en las entidades territoriales más riesgosas. Esta conclusión debe ser tomada en cuenta tanto en las estrategias de supervisión y sanción como en los programas de fortalecimiento del Estado a nivel local.

4 Este efecto condicional de la descentralización lo explica Rose-Ackerman (2007) para los casos de China y Rusia. En el primer caso, la descentralización logró disminuir la corrupción, mejorar la oferta de infraestructura a nivel subnacional, e impulsar un acelerado crecimiento de la economía a comienzos de la década de 1980. Esto se dio en gran medida porque la autonomía fiscal de los gobiernos subnacionales estuvo acompañada de fuertes restricciones presupuestales y acompañamiento del Gobierno Central para no proteger empresas ineficientes a nivel local. Además, los gobiernos locales eran evaluados sobre la base de su éxito en la promoción de los objetivos del centro. En Rusia, por el contrario, la autonomía y los incentivos fiscales en las entidades subnacionales agravaron las externalidades negativas. Los gobiernos locales coludieron con la industria local para protegerlos de los impuestos y regulaciones federales e imponer barreras al comercio interregional.

5 Este proceso se profundizó a partir de 1991, con el impulso de la descentralización política por parte de la Constitución Política. A partir de ahí, siguieron reformas con el fin de reglamentar descentralización administrativa y fiscal con las Leyes 388 de 1997 (ordenamiento territorial), Ley 715 de 2001 (Sistema General de Participaciones), 1176 de 2007 (reforma al SGP), 1454 de 2001 (Orgánica de ordenamiento territorial), y los actos legislativos que crean y modifican el SGP 01 de 2001 y 04 de 2007.

2. DESCENTRALIZACIÓN FISCAL EN COLOMBIA

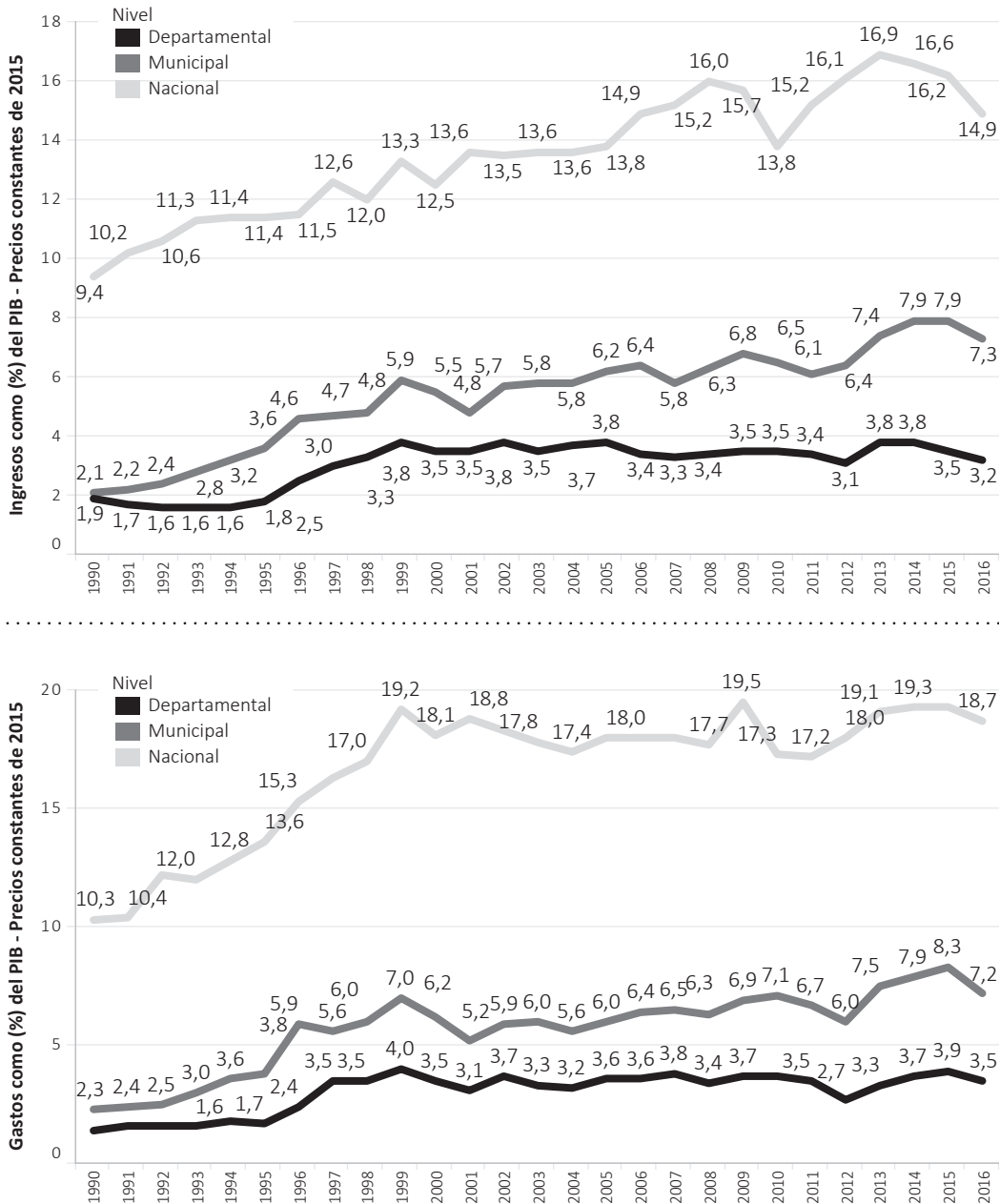
Un primer factor de riesgo de la descentralización en Colombia ha sido el aumento en la disponibilidad de recursos y en particular de recursos de inversión, así como la autonomía de las entidades territoriales⁶. Lo anterior en la medida en que “se transfirieron gradualmente más de la mitad de los ingresos corrientes de la nación a las entidades territoriales, y se modificaron las competencias y responsabilidades de las mismas” (Sánchez y Zenteno, 2010).

A nivel de América Latina, Colombia es el cuarto país con mayor gasto de las entidades subnacionales financiado con transferencias del Gobierno Central como porcentaje del PIB (sólo por debajo de Brasil, Argentina y México)⁷. En el caso colombiano, a partir de comienzos de la década de 1990 los ingresos de las entidades territoriales, tanto municipales como departamentales, aumentaron rápidamente. A nivel departamental pasaron de ser 4,7 billones de pesos en 1991 a 27,7 billones de pesos en 2015, lo que equivale aproximadamente a duplicar su participación en el PIB, que pasó del 1,7% al 3,2%. A nivel municipal los ingresos pasaron de ser 6,1 billones de pesos a 62 billones de pesos en 2015, lo que equivale a pasar del 2,2 al 7,3 como porcentaje del PIB en este período (3,3 veces). El mismo comportamiento se observa en los gastos totales de las entidades territoriales (Gráfico 1).

6 En el caso colombiano la descentralización fiscal llegó con la misión Bird-Wiesner en 1981. Esta misión concluyó que en las entidades territoriales-tanto municipios como departamentos- existía pereza fiscal y que el gasto estaba mal estructurado. Atendiendo las recomendaciones de la misión, se promulgó la ley 14 de 1983 buscando fortalecer el recaudo de recursos. Adicionalmente, con la Ley 12 de 1986, se profundizó en fortalecer los fiscos de los municipios, fomentar la eficiencia administrativa y fiscal en los municipios al incrementar los recaudos en sus impuestos, y dar impulso a entidades de apoyo a los municipios en capacitación, asistencia técnica y crédito.

7 Banco Interamericano de Desarrollo (2015).

Gráfica 1. Ingresos y Gastos totales del Gobierno Central y de las Entidades Territoriales (1990-2016)



Fuente: Elaboración propia con información del Sisfut y del Banco de la República.

Los ingresos en las entidades territoriales han aumentado principalmente por las transferencias del Gobierno Central. Además, desde 2012 las regalías han aumentado su participación en el total de ingresos de las entidades territoriales.

En lo que respecta a los gastos, entre 1990 y 2015 se observa una caída del gasto en funcionamiento como porcentaje del total. Pasó del 57% a 13% a nivel departamental y del 55% al 13% en los municipios. Además, hubo un aumento de los gastos de capital entre 1990 y 2015 de 43% a 86% del gasto total en los departamentos y de 38% a 87% en los municipios.

Para dimensionar la descentralización fiscal se puede observar el peso de las compras públicas de los gobiernos locales con respecto al gobierno nacional. La información de compras públicas registrada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública-SECOP, muestra que las entidades territoriales contrataron en 2016 el 51% del total de las compras públicas del estado, por un valor de 41,4 billones de pesos en 821 mil contratos.

3. CORRELACIÓN ENTRE POBREZA, RIESGO DE CORRUPCIÓN Y DESEMPEÑO INSTITUCIONAL

La descentralización se ha desarrollado de forma heterogénea en el país. Hay diferencias en el desempeño institucional, el riesgo de corrupción y las condiciones de vida entre regiones y departamentos, y una correlación entre estas variables tanto a nivel departamental como municipal.

En esta sección se caracteriza la heterogeneidad de las entidades descentralizadas en Colombia, teniendo en cuenta: 1) Indicadores del desempeño institucional⁸ (desempeño integral, desempeño fiscal y desempeño en gestión de regalías elaborados por el DNP); 2) Riesgo de corrupción (índice de transparencia elaborado por Transparencia por Colombia e índice de gobierno abierto de la Procuraduría); y 3) Pobreza (NBI calculado por el DANE).

3.1. ANÁLISIS DEPARTAMENTAL

Al analizar estos indicadores, se observa que en Colombia los departamentos con mayor riesgo de corrupción son también los más pobres y los que tienen peor desempeño institucional.

8 Para la descripción de los indicadores ver Anexo 1.

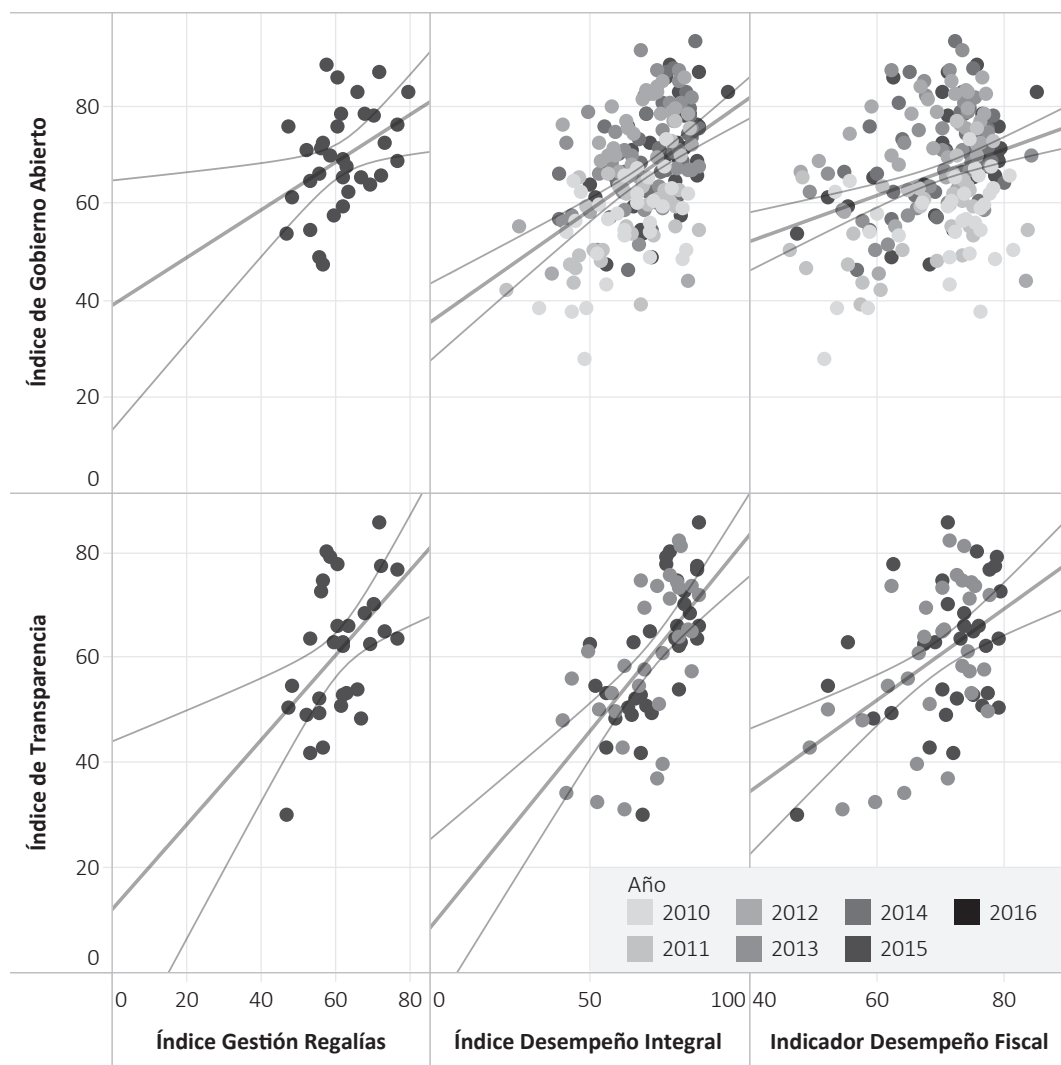
En primer lugar, existe una correlación negativa y estadísticamente significativa al 1% entre todas las variables de desempeño institucional y pobreza por NBI. En particular, para 2016⁹ la correlación entre pobreza y el índice de gestión de proyectos de regalías fue -0.51. Además, entre los años 2006 y 2015 la correlación entre la pobreza y el desempeño integral fue de -0.64. Finalmente, y consistente con las otras dos variables de desempeño institucional, la correlación entre pobreza y desempeño fiscal entre 2000 y 2015, fue de -0.37.

Para todas las variables con las que se mide el desempeño institucional y el riesgo de corrupción, existe una relación negativa y estadísticamente significativa al 1% entre el desempeño institucional y el riesgo de corrupción. Es importante aclarar que un mayor riesgo de corrupción viene asociado a menores valores del Índice de Gobierno Abierto y del Índice de Transparencia, por lo que una relación positiva entre estos y los índices de desempeño institucional implica una relación negativa entre el riesgo de corrupción y las variables de desempeño institucional.¹⁰

9 Año a partir del cual se tiene información de este índice.

10 En detalle: 1) el Índice de Gobierno Abierto tiene una correlación positiva de 0.4 con el Índice de Gestión de Proyectos de Regalías (2016), 0.47 con el Índice de Desempeño Integral (2010-2015) y 0.31 con el Índice de Desempeño Fiscal (2010-2015); 2) el Índice de Transparencia tiene una correlación positiva de 0.5 con el Índice de Gestión de Proyectos de Regalías (2016), 0.61 con el Índice de Desempeño Integral (2013 y 2015) y 0.48 con el Índice de Desempeño Fiscal (2013 y 2015).

Gráfica 2. Riesgo de Corrupción Vs. Desempeño Institucional – Nivel departamental*



Fuente: Elaboración propia con información de Transparencia por Colombia, Procuraduría General de la Nación y DNP.

*Nota: Las líneas corresponden a un modelo de regresión lineal estimado y su intervalo de confianza de 95%.

Finalmente, existe una relación positiva y estadísticamente significativa al 1% entre la pobreza y el riesgo de corrupción (para las dos variables con las que se mide éste). La proporción de personas en pobreza por NBI tiene una correlación negativa de -0.18 con Índice de Gobierno Abierto (2010-2015), y negativa de -0.64 con el Índice de Transparencia (2013 y 2015).

3.2. NIVEL MUNICIPAL

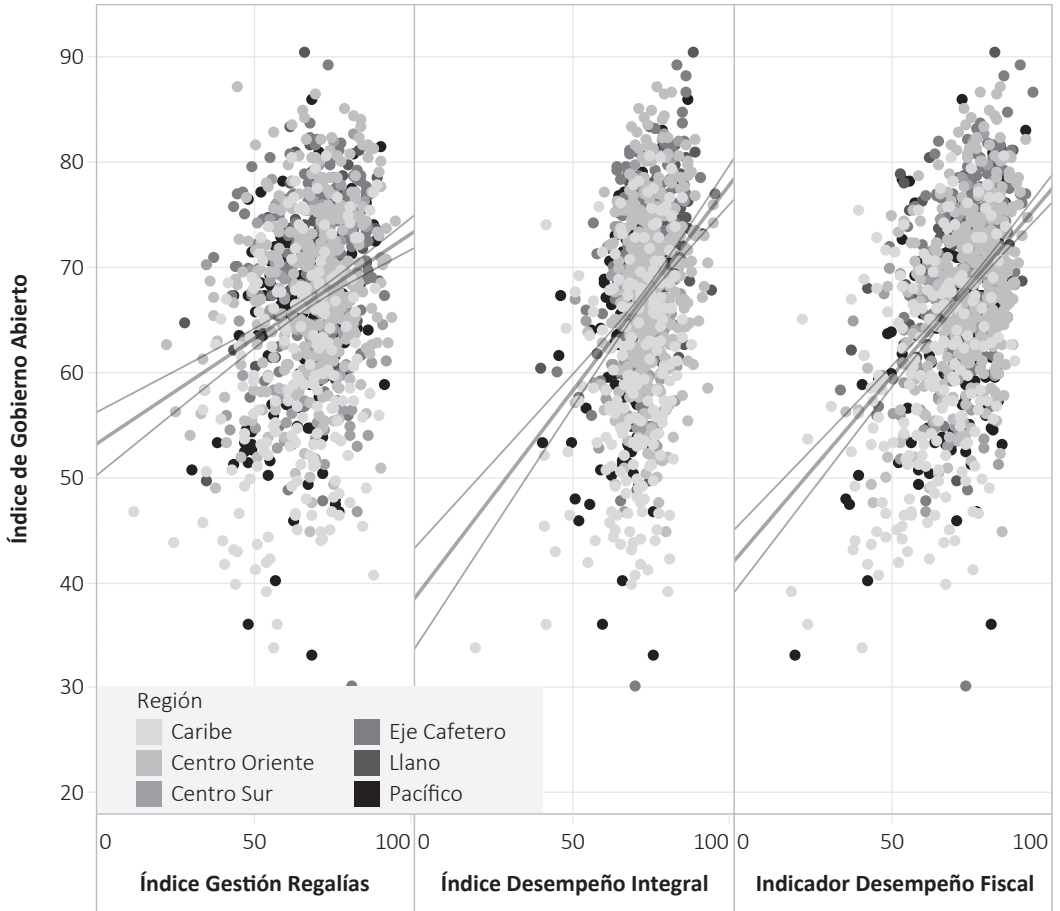
Como sucede a nivel departamental, en los municipios existe una relación estadísticamente significativa entre las variables que miden el desempeño institucional, el riesgo de corrupción¹¹ y la pobreza, aunque las correlaciones son menos fuertes.

Para todas las variables de desempeño institucional la correlación es negativa y estadísticamente significativa al 1% con la pobreza. La correlación del indicador de NBI fue de -0.13 en 2016 con el Índice de Gestión de Regalías, -0.42 con el Índice de Desempeño Fiscal, y -0.33 con el Índice de Desempeño Integral.

De igual forma, un mayor riesgo de corrupción se relaciona con un menor desempeño institucional. Es decir, todas las variables de desempeño institucional y el Índice de Gobierno Abierto-IGA- tienen una correlación positiva estadísticamente significativa al 1%. Las correlaciones son 0.26 con el Índice de Gestión de Regalías en 2016, 0.33 con el Índice de Desempeño Fiscal en 2015 y 0.44 con el Índice de Desempeño Integral en 2015.

11 En el caso de los municipios no se tuvo en cuenta el Índice de Transparencia como medida del riesgo de corrupción, pues éste sólo se calcula para 28 capitales de departamento.

Gráfica 3. Riesgo de Corrupción Vs. Desempeño Institucional – Nivel municipal*



Fuente: Elaboración propia con información de Procuraduría General de la Nación y DNP.

*Nota: Las líneas corresponden a un modelo de regresión lineal estimado y su intervalo de confianza de 95%.

El riesgo de corrupción está correlacionado positivamente con la pobreza y la miseria medida por NBI. Es decir, menor pobreza y menor miseria están asociadas con menor riesgo de corrupción. Las correlaciones con el IGA son -0.28 y -0.36 respectivamente y son estadísticamente significativas al 1%.

3.3. MODELO ESTOCÁSTICO DE EFICIENCIA DEL GASTO EN EDUCACIÓN

Con el objetivo de tener una medida adicional del riesgo de corrupción, se calcula la eficiencia del gasto en educación de las entidades territoriales, una variable que mide la corrupción y la eficacia del gobierno local. Se calculó la eficiencia técnica de la prestación en educación para las entidades territoriales certificadas¹² (95 entidades entre municipios y departamentos). La eficiencia se estimó con el método de análisis de frontera estocástica (DEA), que permite estimar una frontera de producción eficiente, dadas las posibles combinaciones de insumos (para los insumos y productos que el investigador establezca en su función de producción de educación), y considera como ineficiencias a todas las desviaciones respecto de la misma¹³. En este caso, la función de producción se debe basar en las competencias en educación de las entidades territoriales, es decir cobertura y calidad educativa, y se describe a continuación:

Tabla 1. Función de Producción en Educación

Entidad Territorial: Municipios

Competencias: Prestación del Servicio y Calidad Matrícula Oficial

Insumos	Productos
Transferencias SGP en Prestación de Servicios por habitante (2015)	Cobertura Matriculados de Preescolar a Media en establecimientos oficiales (2015)
Transferencias SGP en Calidad Educativa por habitante (2015)	Promedio-ponderado por el número de estudiantes-resultados en prueba Saber em establecimientos oficiales (2015)
Número de Estudiantes por Docente en establecimientos oficiales (2015)	

Entidad Territorial: Departamentos

Competencias: Prestación del Servicio

Insumos	Productos
Transferencias SGP en Prestación de Servicios por habitante (2015)	Cobertura Matriculados de Preescolar a Media en establecimientos oficiales (2015)
Número de Estudiantes por Docente en establecimientos oficiales (2015)	

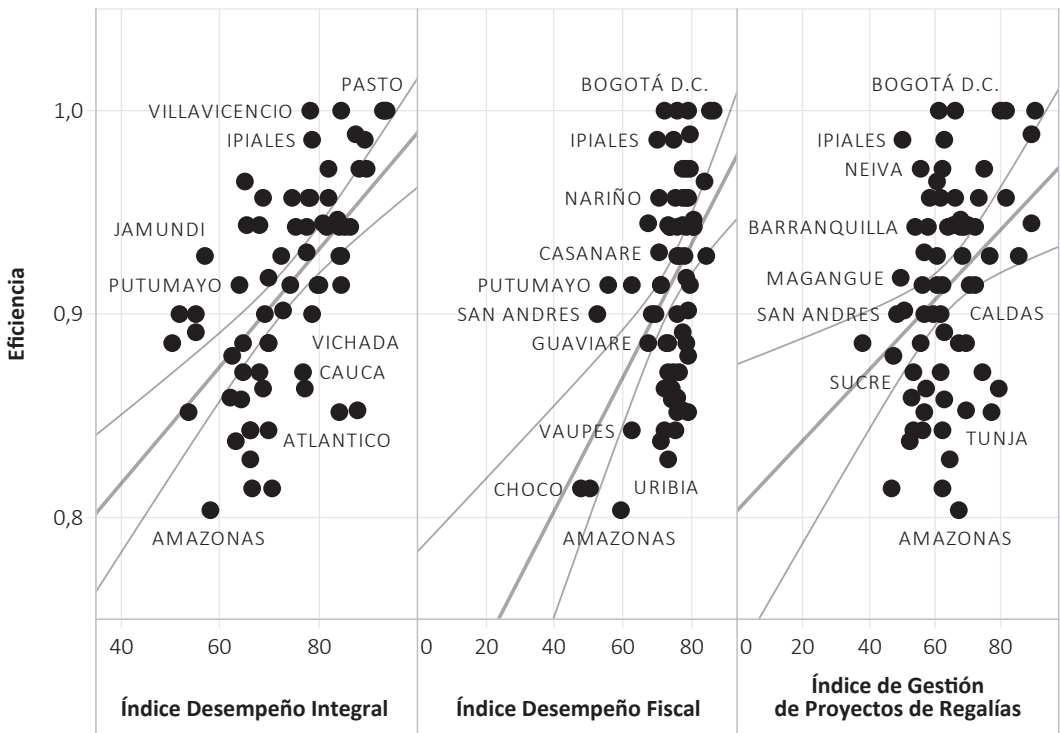
Fuente: Elaboración propia

12 La administración en el sector educativo de los recursos del Sistema General de Participaciones está en cabeza de los municipios superiores a 100 mil habitantes, de los departamentos para municipios inferiores a esta cifra o de municipios que surtan un proceso de certificación ante la gobernación y el Ministerio de Educación.

13 Cano, L. (2014). La corrupción y la ineficiencia en el gasto público local y su impacto en la pobreza en Colombia. Coyuntura Económica. Vol. XLIV, No. 1, Junio de 2014, pp. 121-172. Fedesarrollo, Bogotá – Colombia.

Al analizar el detalle, se evidencia la correlación positiva y estadísticamente significativa al 1% entre la eficiencia técnica en educación y las variables de desempeño institucional (correlación de 0.56 con el Índice de Desempeño Integral, 0.46 con el Índice de Desempeño Fiscal y 0.36 con el Índice de Proyectos de Gestión de Regalías) en 2015. Es decir, mayor eficiencia en las entidades territoriales se asocia con mejor desempeño institucional.

Gráfica 4. Dispersión Eficiencia en Educación Vs. Desempeño Institucional*

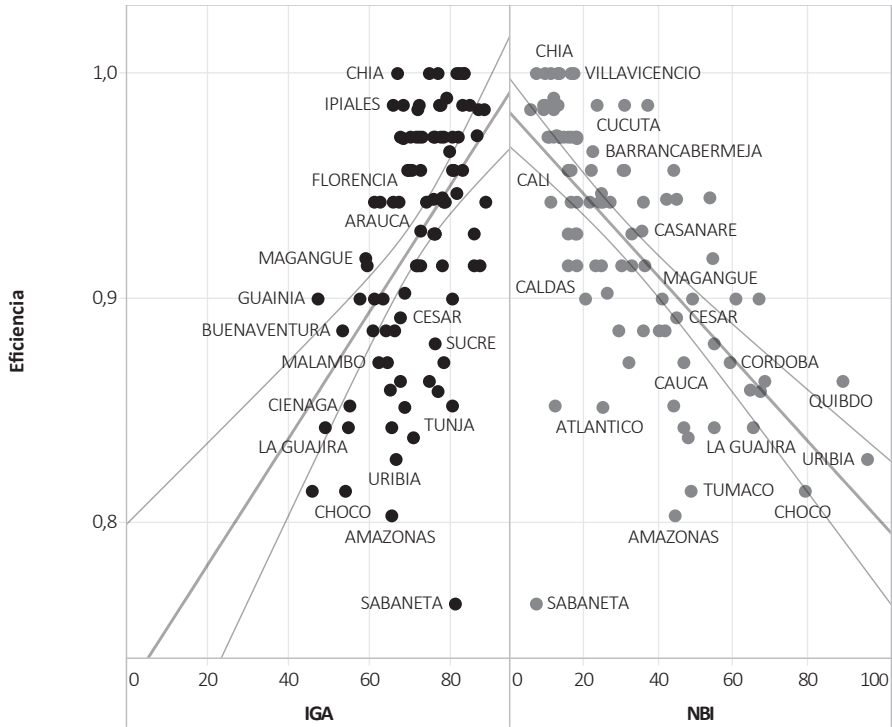


Fuente: Elaboración propia con información del DNP.

*Nota: La muestra corresponde a las 95 entidades (municipios y departamentos) certificadas. Las líneas corresponden a un modelo de regresión lineal estimado y su intervalo de confianza de 95%.

Adicionalmente, se observa que mayor eficiencia técnica en la prestación de la educación está relacionada con menores niveles de pobreza (correlación de -0.66) y con menor riesgo de corrupción (correlación positiva de 0.48 con el IGA).

Gráfica 5. Dispersión Eficiencia en Educación Vs. Pobreza y Riesgo de Corrupción*



Fuente: Elaboración propia con información del DANE y de la Procuraduría General de la Nación.

*Nota: La muestra corresponde a las 95 entidades (municipios y departamentos) certificadas. Las líneas corresponden a un modelo de regresión lineal estimado y su intervalo de confianza de 95%.

4. CATEGORIZACIÓN DE TIPOLOGÍAS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Teniendo en cuenta estas relaciones y la heterogeneidad de las regiones, en esta sección se categorizan municipios y departamentos en grupos comparables, Grupo 1, Grupo 2 y Grupo 3. Al Grupo 1 (“riesgo bajo”) pertenecen aquellas entidades territoriales con las mejores condiciones de desempeño institucional y menor riesgo de corrupción; mientras que en el Grupo 3 (“riesgo alto”) están aquellas con peores condiciones en estas dos dimensiones. Las tipologías se hicieron con la información de 2015¹⁴, teniendo en cuenta la siguiente regla¹⁵:

14 Para el Índice de Gestión de Proyectos de Regalías se usó la información del primer trimestre de 2016.

15 Los niveles de desempeño y de riesgo mencionados anteriormente según los que se categorizan a las entidades son publicados junto a los indicadores mencionados. Además, en el caso del riesgo de corrupción de los municipios sólo se tiene en cuenta el Índice de Gobierno Abierto.

Tabla 2. Regla de Clasificación de las Entidades Territoriales

Tipología de riesgo	Desempeño Institucional	Riesgo de Corrupción
	Se cumplen dos o tres de las siguientes condiciones:	Se cumplen las dos siguientes condiciones:
Riesgo bajo	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gestión de Regalías: Desempeño medio o sobresaliente - Índice de Desempeño Fiscal: Desempeño sostenible o solvente - Índice de Desempeño Integral: Desempeño satisfactorio o sobresaliente 	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gobierno Abierto: Riesgo medio o bajo - Índice de Transparencia: Riesgo medio o bajo
	Se cumplen dos o tres de las siguientes condiciones (y no pertenecen al grupo 1):	Se cumplen al menos 1 de las dos siguientes condiciones (y no pertenecen al grupo 1):
Riesgo medio	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gestión de Regalías: Desempeño medio o sobresaliente - Índice de Desempeño Fiscal: Desempeño vulnerable, sostenible o solvente - Índice de Desempeño Integral: Desempeño medio, satisfactorio o sobresaliente 	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gobierno Abierto: Riesgo medio o bajo - Índice de Transparencia: Riesgo moderado, medio o bajo
	Se cumplen una o ninguna de las siguientes condiciones:	Se cumplen al menos 1 de las dos siguientes condiciones:
Riesgo alto	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gestión de Regalías: Desempeño medio o sobresaliente - Índice de Desempeño Fiscal: Desempeño vulnerable, sostenible o solvente - Índice de Desempeño Integral: Desempeño medio, satisfactorio o sobresaliente 	<ul style="list-style-type: none"> - Índice de Gobierno Abierto: Riesgo medio o bajo - Índice de Transparencia: Riesgo medio o bajo

Fuente: Elaboración propia.

4.1 DEPARTAMENTAL

En el caso de los departamentos es importante mencionar que Bogotá no está incluida en el análisis, dado que para Bogotá no se calcula el Índice de Transparencia. Al llevar a cabo este ejercicio, como resultado se obtiene que cada uno de los grupos está conformado por los siguientes departamentos:

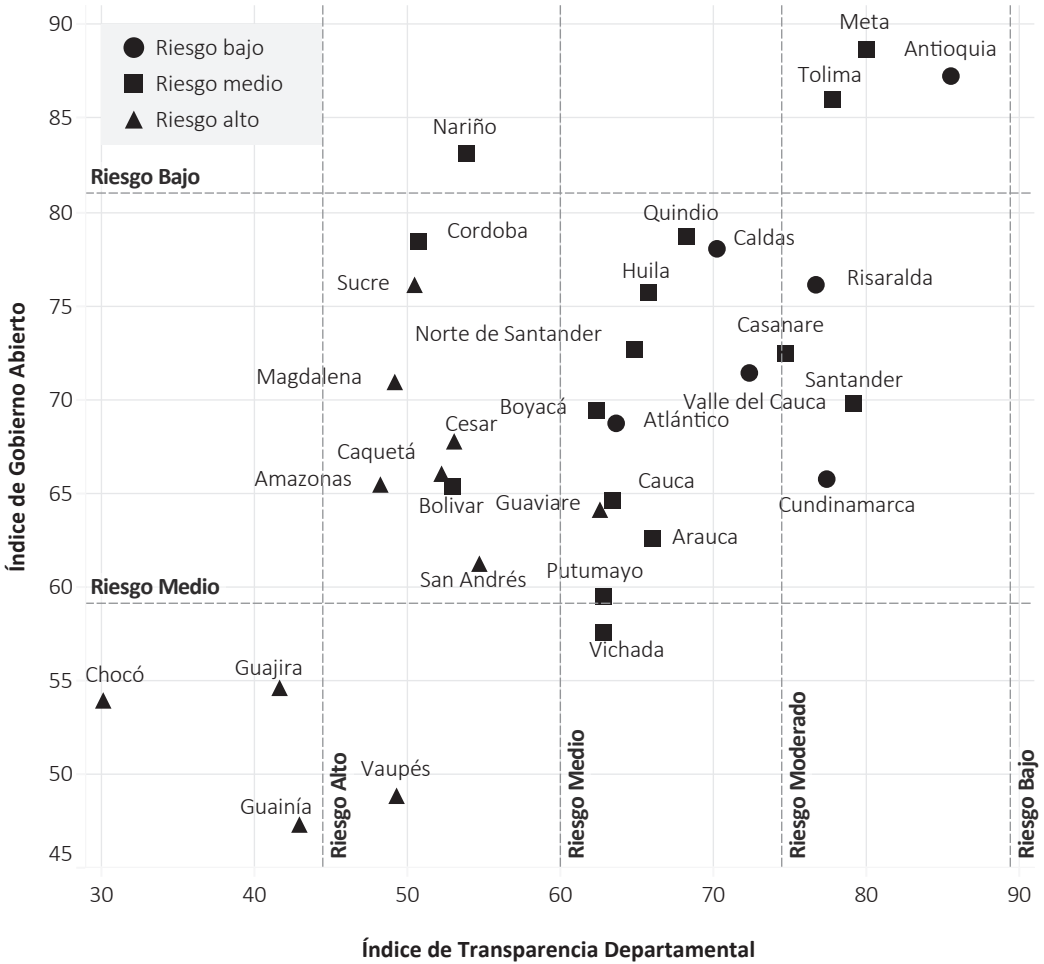
Tabla 3. Resultados de la Clasificación Departamental

Región	Riesgo bajo	Riesgo medio	Riesgo alto
Caribe	Atlántico	Bolívar Córdoba	Cesar La Guajira Magdalena San Andrés Sucre
Centro Oriente	Cundinamarca	Boyacá Norte de Santander Santander	
Centro Sur		Huila Putumayo Tolima	Amazonas Caquetá
Eje Cafetero	Antioquia Caldas Risaralda	Quindío	
Llano		Arauca Casanare Meta Vichada	Guainía Guaviare Vaupés
Pacífico	Valle del Cauca	Cauca Nariño	Chocó

Fuente: Elaboración propia

Un primer hecho que destaca es la disparidad entre regiones. Mientras que un gran número de los departamentos de la región Caribe están en el Grupo alto (como sucede con Centro Sur y Llano), regiones como Eje Cafetero o Centro Oriente tienen a todos sus departamentos en los Grupos 1 y 2.

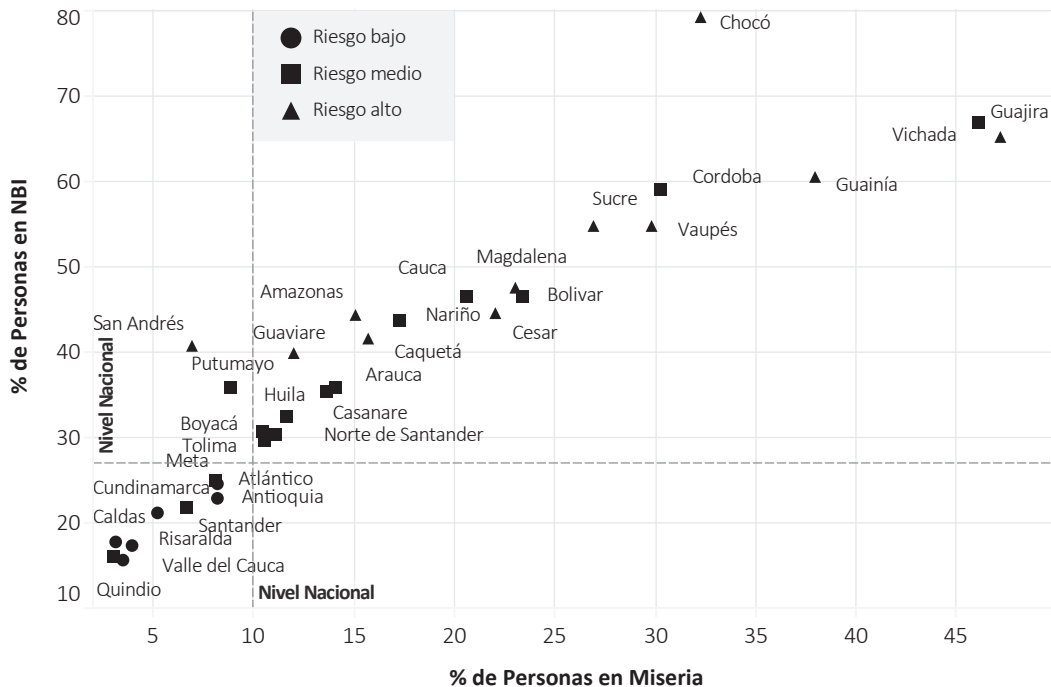
Gráfica 6. Desempeño Institucional y Riesgo de Corrupción por tipologías



Fuente: Elaboración propia.

Como es de esperarse las tipologías propuestas están relacionadas con los indicadores de pobreza y miseria a nivel departamental. En específico, mientras que todos los departamentos del Grupo bajo tienen niveles de pobreza y miseria inferiores a los valores a nivel nacional, todos los departamentos del Grupo alto tienen niveles de pobreza y miseria superiores a los valores a nivel nacional, a excepción de San Andrés en el caso de la miseria.

Gráfica 7. Tipologías según Pobreza y Miseria

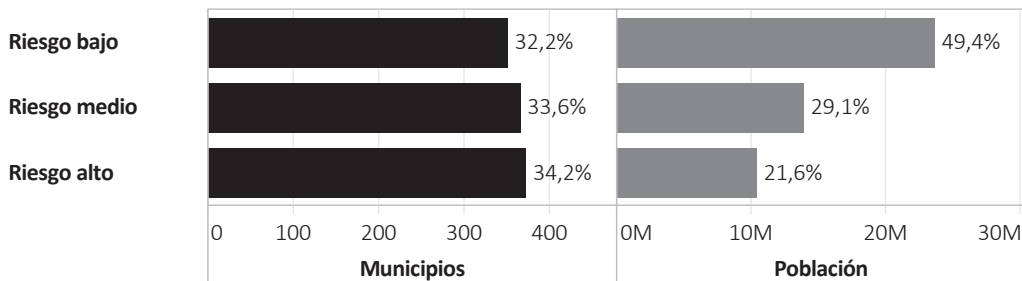


Fuente: Elaboración propia.

4.2. MUNICIPAL

Al llevar a cabo la categorización, se obtiene que los grupos son homogéneos en cuanto al número de municipios en cada uno de los grupos. Sin embargo, en el Grupo bajo está aproximadamente la mitad de la población mientras que el Grupo alto (“riesgo alto”) tiene el 21% de la población total.

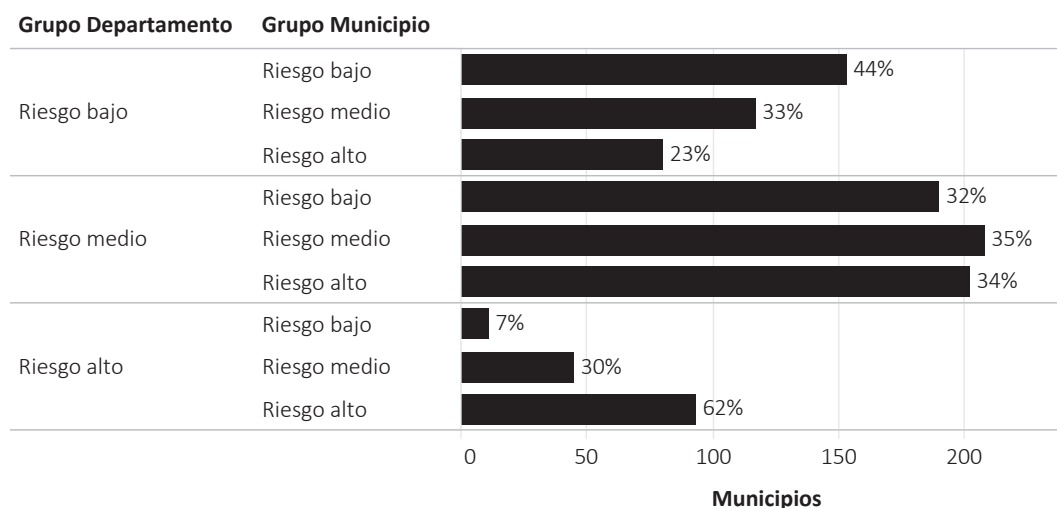
Gráfica 8. Municipios y Población por Tipologías de Riesgo Municipales - 2015



Fuente: Elaboración propia con información del DANE.

La proporción de municipios que no pertenecen al mismo grupo de su departamento es superior en todos los casos al que sí lo hace. Del total de municipios ubicados en departamentos del Grupo bajo, el 44% son categorizados en el Grupo bajo y 22% en el Grupo alto. Esto contrasta con el 7% de los municipios ubicados en departamentos del Grupo alto que pertenecen al Grupo bajo. Adicionalmente, las tipologías municipales dependen de la región en la que están ubicadas. Mientras que la región Caribe tiene el 63% de sus municipios en el Grupo alto y 9% en el Grupo bajo, en el Eje Cafetero el 18% está en el Grupo alto y 51% en el Grupo alto.

Gráfica 9. Tipologías Municipales por Tipologías de Riesgo Departamentales -2015



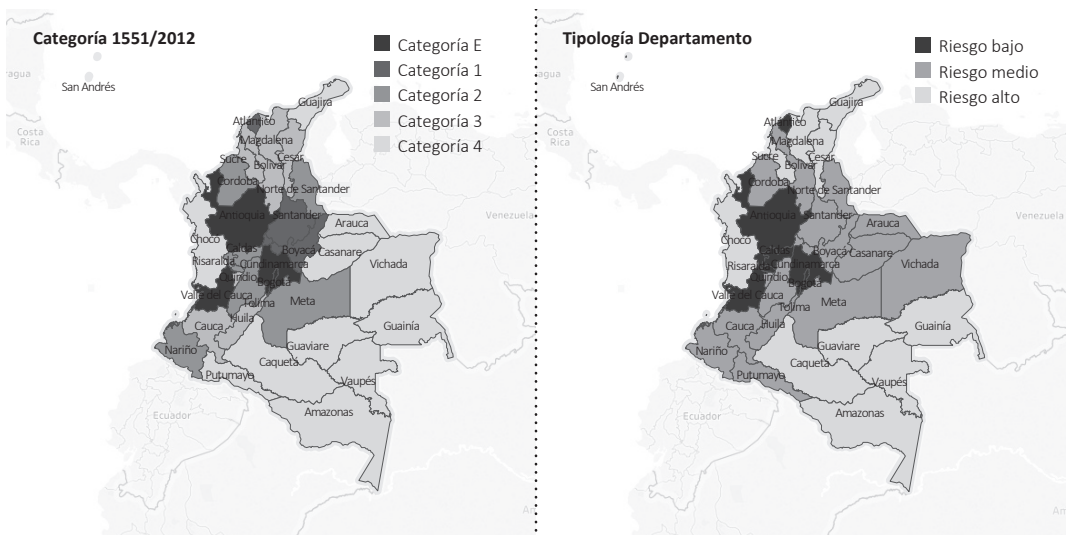
Fuente: Elaboración propia.

4.3. COMPARACIÓN CATEGORÍAS SUGERIDAS VS. CATEGORÍAS LEY 617 DE 2000 EN DEPARTAMENTOS

En el marco de la Ley 617 de 2000, se clasifican las entidades territoriales por su población e ingresos corrientes de libre destinación. Los departamentos son categorizados en 5 grupos (Categoría Especial, 1, 2, 3 y 4). En la medida que los ingresos corrientes de libre destinación son indicativos de la gestión administrativa y fiscal, se esperaría que estas categorías estén relacionadas con el desempeño institucional y el riesgo de corrupción.

En efecto, se observa que las dos categorizaciones se relacionan. A excepción de los departamentos de Caldas y Risaralda en el Eje Cafetero, todos los departamentos que en la tipología propuesta en este documento se encuentran en el Grupo bajo, están catalogados en categoría Especial o 1 por la ley 617 de 2000. Además, todos los departamentos categorizados como categoría Especial, se encuentra en el Grupo bajo. En lo que respecta al Grupo medio, a excepción de Boyacá y Santander que son de categoría 1, todos los departamentos son de categoría 2, 3 y 4. Finalmente, llaman la atención dos hechos: 1) En el Grupo medio, tres de los cuatro departamentos de categoría 4 son de la región norte del Llano (Vichada, Arauca y Casanare) y 2) En el Grupo alto, exceptuando cuatro departamentos de la región Caribe (Magdalena, Sucre, San Andrés y Cesar) todos son de categoría 4.

Mapa 1. Tipologías Sugeridas Vs. Categorías Ley 617 de 2000 - Departamentos



Fuente: Elaboración propia con información de DNP.

También, se observa que existe una relación entre las tipologías sugeridas para los municipios y la categoría del departamento, pues entre mejor categorizado esté el departamento según la ley 617 de 2000, mayor es la cantidad relativa de municipios en el Grupo bajo.

Tabla 4. Tipologías Sugeridas Vs. Categorías Ley 617/2000: Departamentos - Número de municipios y porcentaje del total en cada una de las categorías (en paréntesis)

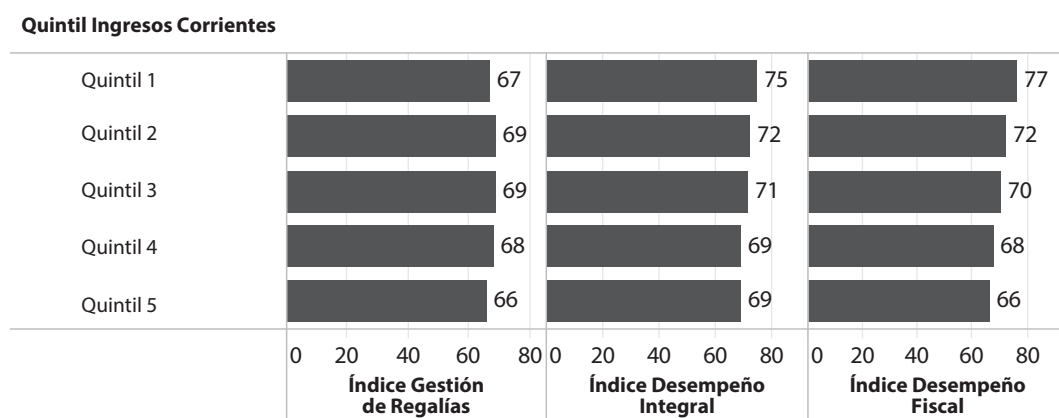
Etapa	Tipología de municipios		
	Riesgo bajo	Riesgo medio	Riesgo alto
Categoría E	126 (44,5%)	97 (34,3%)	60 (21,2%)
Categoría 1	78 (33,5%)	88 (37,8%)	67 (28,8%)
Categoría 2	80 (31,9%)	87 (34,7%)	84 (33,5%)
Categoría 3	48 (21,9%)	59 (26,9%)	112 (51,1%)
Categoría 4	22 (19,3%)	39 (34,2%)	53 (46,5%)

Fuente: Elaboración propia con información de DNP

5. RELACIÓN ENTRE INDICADORES DE DESEMPEÑO/RIESGO Y TIPO DE INGRESOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Como se expuso anteriormente, los ingresos corrientes de libre destinación son una medida que refleja la gestión administrativa de una entidad territorial, y se relacionan con las variables de desempeño institucional y riesgo de corrupción. En particular, los quintiles de municipios con mayores ingresos corrientes per cápita tienen mejores resultados en el Índice de Desempeño Integral y de Desempeño Fiscal. Esto no sucede a nivel departamental, en los que no hay diferencias entre los quintiles.

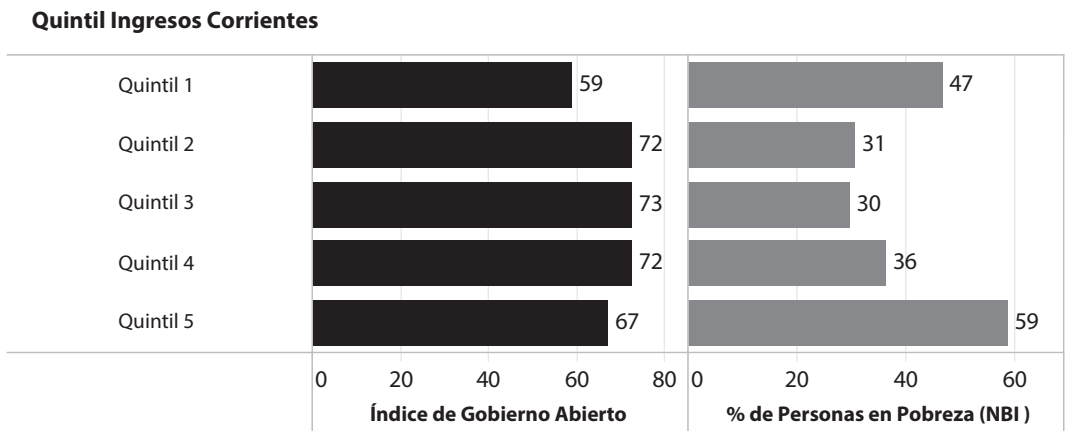
Gráfica 10. Desempeño Institucional por quintiles de Ingresos Corrientes per cápita – Municipios



Fuente: Elaboración propia con información del DNP.

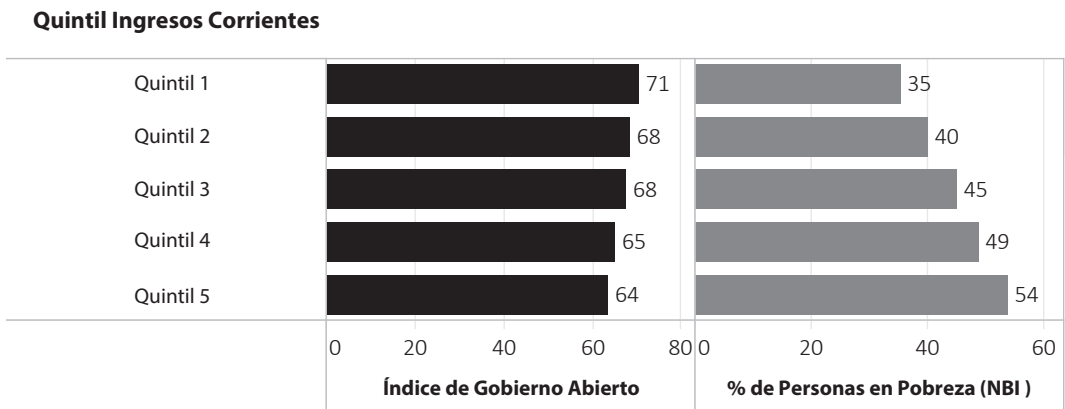
Además, se observa a nivel municipal que las entidades territoriales en los quintiles con mayores ingresos corrientes per cápita tienen menor riesgo de corrupción y menor pobreza. Esto no sucede a nivel departamental, pues los departamentos de los quintiles 2, 3 y 4 tienen menor riesgo de corrupción y menor pobreza; mientras que departamentos de los quintiles 1 y 5 tienen mayor riesgo de corrupción y mayor pobreza.

Gráfica 11. Riesgo de Corrupción y Pobreza por quintiles de Ingresos Corrientes per cápita – Departamentos



Fuente: Elaboración propia con información del DANE y Procuraduría General de la Nación.

Gráfica 12. Riesgo de Corrupción y Pobreza por quintiles de Ingresos Corrientes per cápita – Municipios



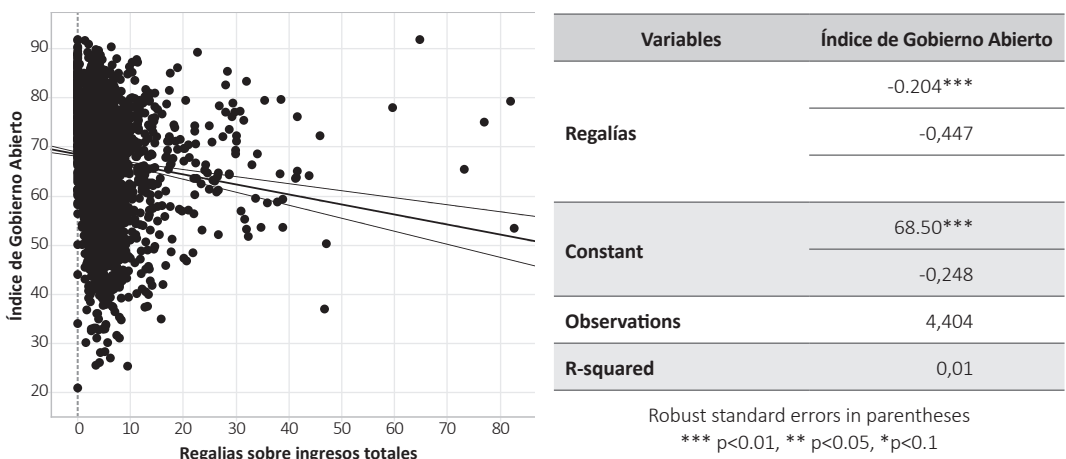
Fuente: Elaboración propia con información del DANE y Procuraduría General de la Nación.

5.1. RIESGO DE CORRUPCIÓN Y REGALÍAS

Como menciona Botero et al. (2015), la principal dificultad en la consecución de los propósitos de la creación del Sistema General de Regalías –que es mejorar la equidad en la distribución de las regalías entre las entidades territoriales productoras y no productoras, y así incentivar la formulación de proyectos con impacto en la población más pobre, así como fomentar la equidad social y el desarrollo regional- ha sido la corrupción.

A pesar de que en el Sistema General de Regalías se instauró una aprobación tripartita (OCAD) con el fin de asegurar la correcta inversión de los recursos y promover la participación activa de los tres niveles de gobierno en el ciclo de los proyectos de inversión; aún es posible identificar fallas en el proceso que son potencial fuente de riesgo de corrupción. Entre estas están los requisitos en las actas de aprobación en el OCAD, la fase de priorización de las entidades territoriales basadas en intereses propios, presión para aprobar proyectos que no necesariamente cumplen con los requisitos, la transparencia de los procesos contractuales, entre otros (Fedesarrollo, 2014). Esto deja en evidencia la presencia de riesgo de corrupción en el ciclo de proyecto de inversión de regalías. Esto se corrobora a nivel municipal (entre los años 2012 y 2015), pues existe una correlación negativa estadísticamente significativa al 1% entre el Índice de Gobierno Abierto y regalías como porcentaje de los ingresos totales a nivel municipal.

Gráfica 13. Correlación Índice de Gobierno Abierto y Regalías como porcentaje de los Ingresos Totales



Fuente: Elaboración propia.

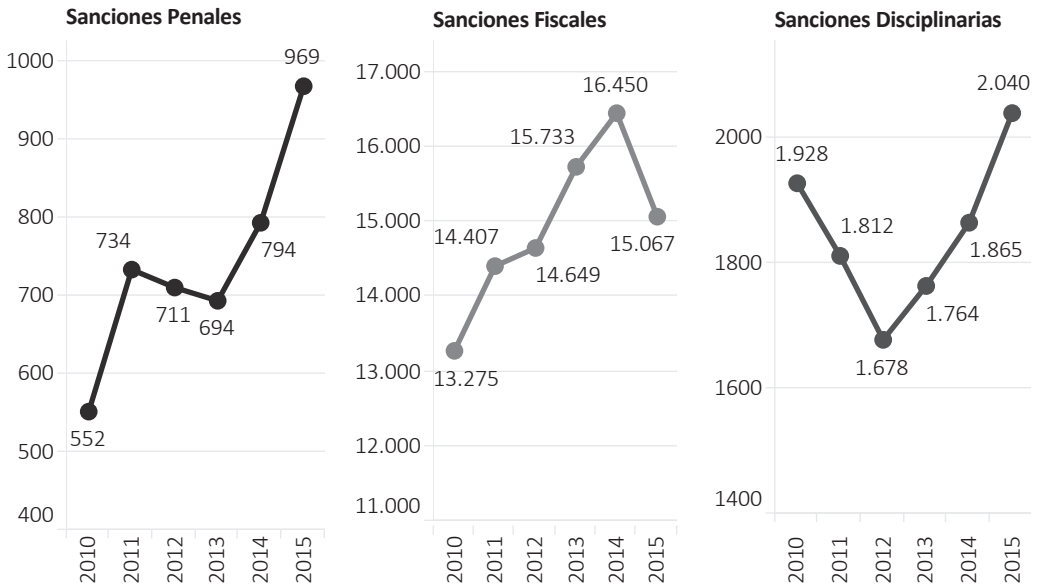
Usando efectos fijos de año y municipio en un modelo de datos panel y controlando por características observables que puedan estar cambiando entre los municipios en el tiempo (2012-2015) como la economía de cada municipio, eficiencia en la prestación de los servicios públicos, violencia, composición del mercado laboral, calidad en educación y calidad de salud, se encuentra que un aumento en las regalías disminuye en 0.11 puntos el IGA, y es estadísticamente significativo al 1%. Es decir, a nivel municipal, el aumento de las regalías se correlaciona con el riesgo de corrupción. Mientras que el indicador de las competencias básicas territoriales se correlaciona positivamente (es mejor) con más regalías, el indicador de los sistemas de gestión administrativa y financiera, y la rendición de cuentas y atención al ciudadano se correlacionan negativamente con más regalías (son peores). Es decir, mientras que los sistemas de información para facilitar a los municipios datos de los servicios que deben prestar (SISBEN, Salud, Educación y servicios públicos domiciliarios) mejoran; empeora el indicador que mide que los recursos empleados por las entidades sean administrados de forma eficiente, iniciando con los procesos de planeación y finalizando en su ejecución presupuestal; así como los mecanismos utilizados por las autoridades territoriales para facilitar que la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil se involucren en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

6. SANCIONES A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Las secciones anteriores muestran una correlación entre diversas variables que es intuitiva. Es importante por tanto ver si los menores niveles de capacidad estatal a nivel local y el mayor riesgo de corrupción, son predictores de un mayor esfuerzo de los organismos de control y de la Fiscalía en las sanciones disciplinarias, penales o de responsabilidad fiscal contra los funcionarios públicos por delitos o faltas contra la administración.

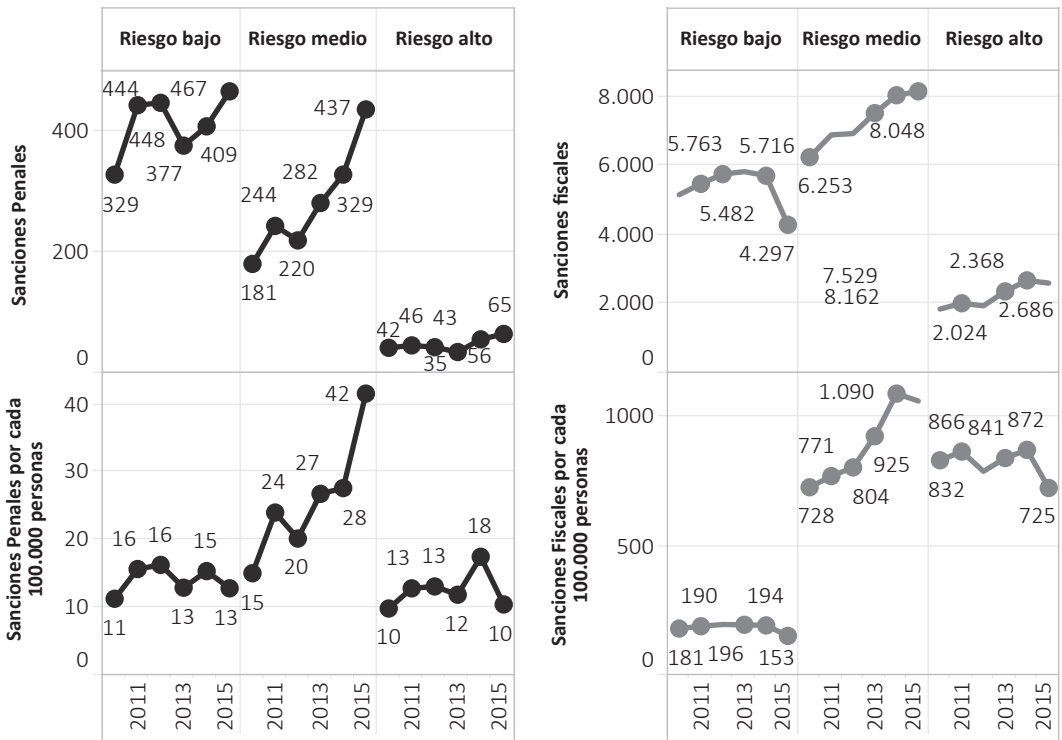
En primer lugar, en los últimos años las sanciones penales, disciplinarias y fiscales han tenido una tendencia creciente, a excepción de la caída para el 2015 de las últimas. Al analizar la información para las tres tipologías propuestas de departamentos, se encuentra que las sanciones penales han aumentado en el grupo medio, pero no en el bajo o alto y lo mismo es cierto para las sanciones fiscales. El efecto es menos pronunciado en cuanto a las sanciones disciplinarias.

Gráfica 14. Sanciones Penales, Fiscales y Disciplinarias - Número de Sanciones (2010-2015)



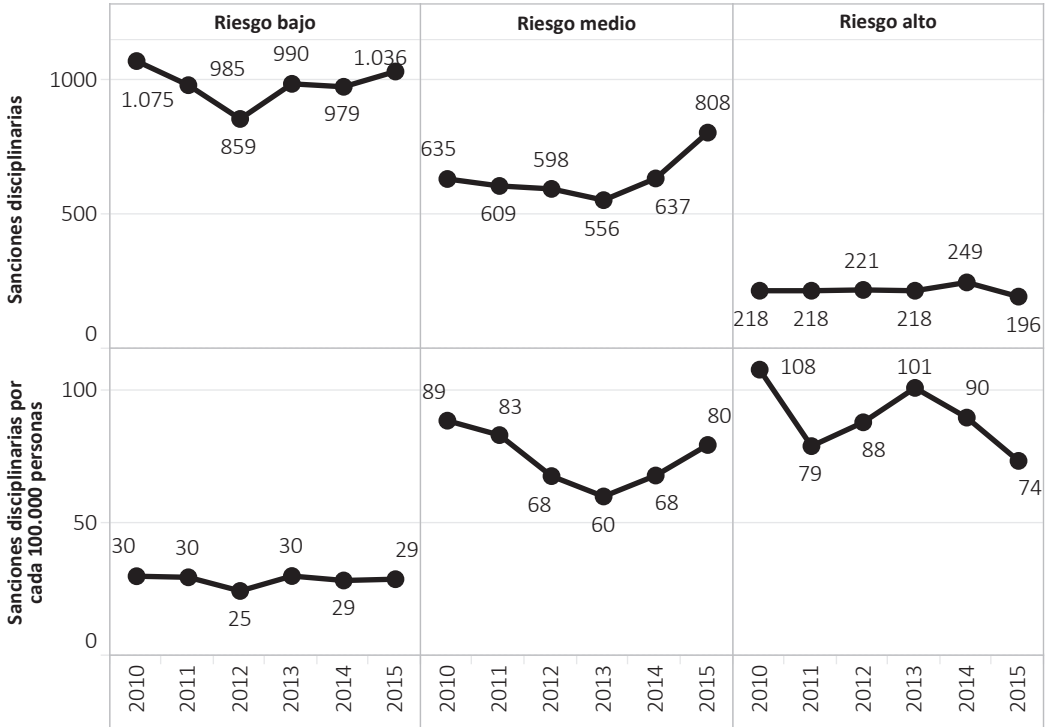
Fuente: Elaboración propia con información de Contraloría General de la República y Fiscalía General de la Nación.

Gráfica 15. Sanciones Penales y Fiscales por Tipología Sugerida - Número de Sanciones y Número de Sanciones por cada 100.000 habitantes (2010-2015)



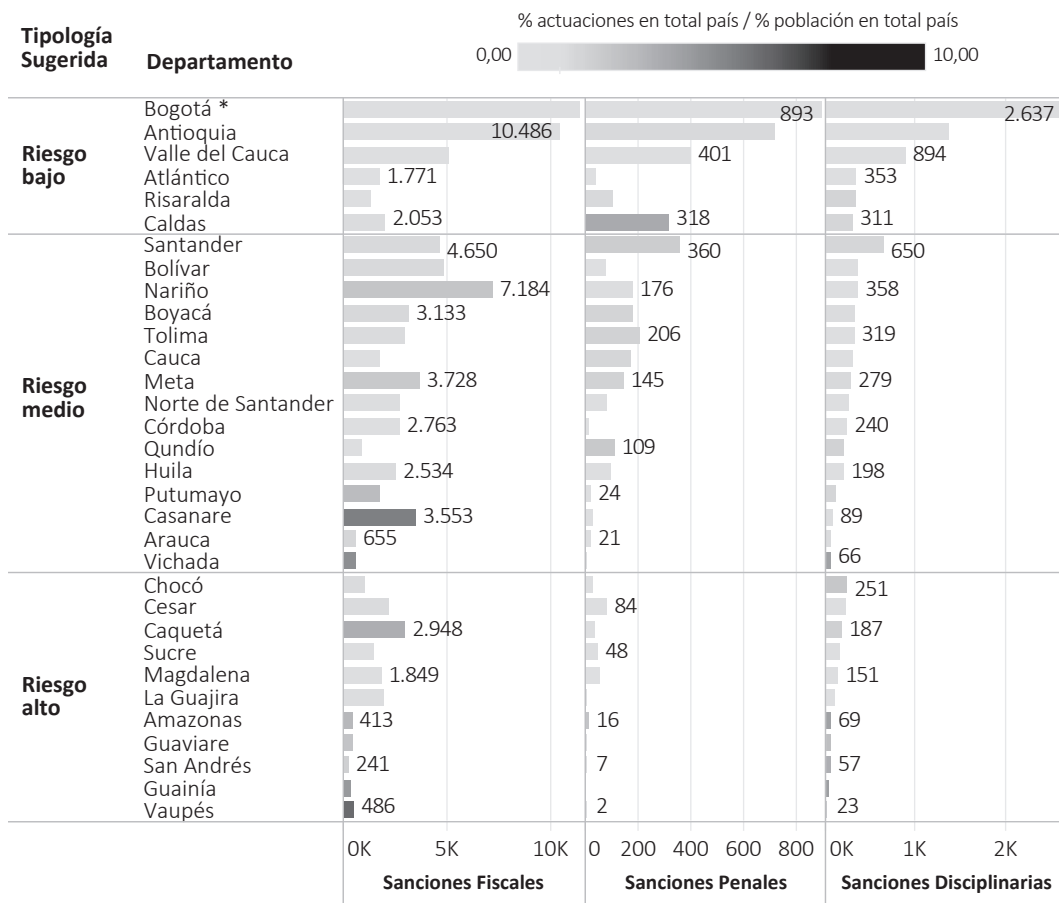
Fuente: Elaboración propia con información de Contraloría General de la República y Fiscalía General de la Nación.

Gráfica 16. Sanciones Disciplinarias por Tipología Sugerida - Número de Sanciones y Número de Sanciones por cada 100.000 habitantes (2010-2015)



Fuente: Elaboración propia con información de Procuraduría General de la Nación.

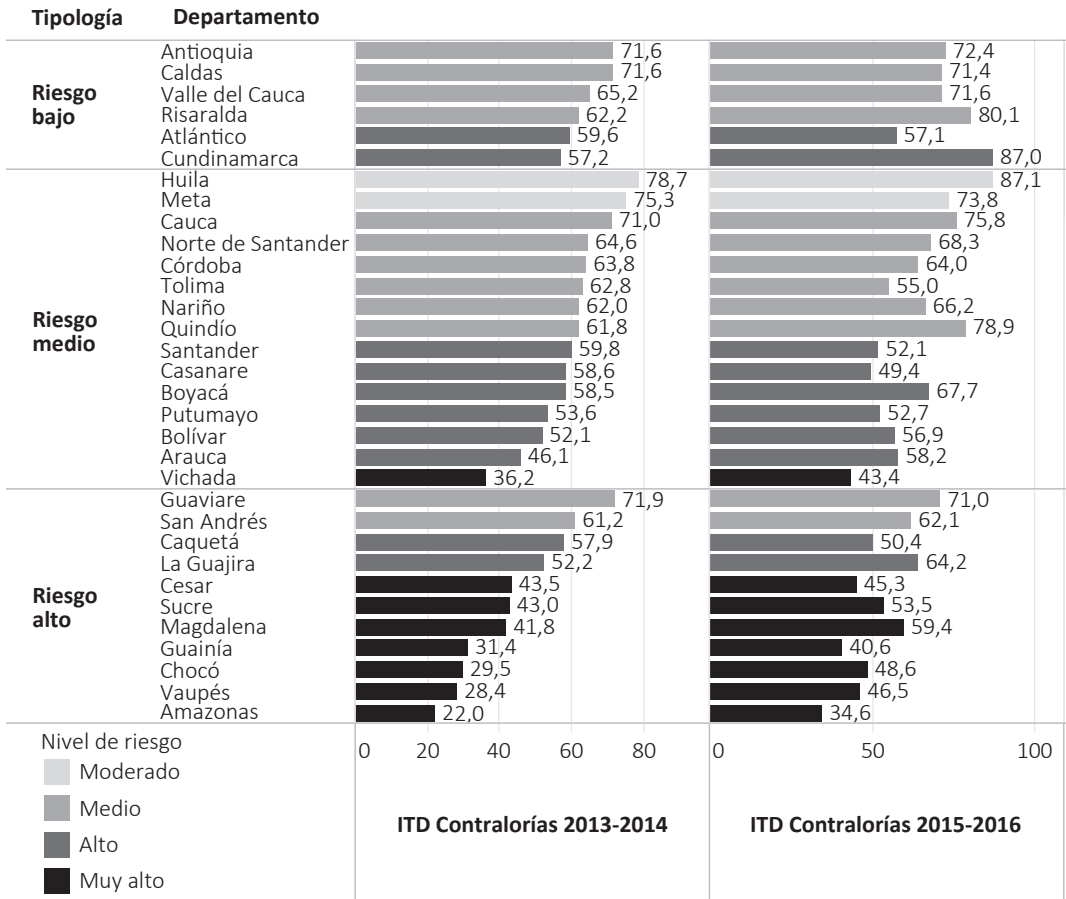
Las sanciones fiscales se concentran en los departamentos de los Grupos media y alto, consistentemente con el riesgo de corrupción y desempeño institucional. Asimismo, las sanciones disciplinarias per cápita se distribuyen mayoritariamente en el grupo alto, seguido del grupo medio. Sin embargo, esto no sucede con las sanciones penales, que se concentran en los Grupos bajo y medio y no en el grupo con mayor riesgo de corrupción y desempeño institucional (Grupo alto).

Gráfica 17. Sanciones Fiscales, Penales y Disciplinarias por Tipología Sugerida y Departamento - Número de Sanciones (2010-2015)

Fuente: Elaboración propia con información de DANE, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación.

*Nota: En Bogotá se incluye Cundinamarca, debido a la disponibilidad de datos.

El aumento más grande en las sanciones penales por delito ha sido en peculado y prevaricato para los grupos bajo y medio y el cohecho en grupo medio. El cohecho no tiene tendencia en el grupo bajo.

Gráfica 19. Riesgo Corrupción por Contraloría Departamental (2013 y 2015)*

Fuente: Elaboración propia con información de Transparencia por Colombia.

*Nota: No se calcula para el caso de Bogotá.

La gráfica 20 presenta para cada uno de los departamentos (según el riesgo de corrupción de sus contralorías y su tipología de riesgo de corrupción y desempeño institucional) el porcentaje de sanciones impuestas por las Contralorías Departamentales y la Contraloría General. Esta gráfica refleja de forma clara que departamentos con menor riesgo en sus contralorías, así como departamentos mejor tipificados, tienen mayor porcentaje de sus sanciones en contralorías departamentales que departamentos con mayor riesgo en sus contralorías y peor tipificados.

Gráfica 20. % Sanciones Fiscales por Gerencia CGR y por Contralorías Departamentales (2012-2015)*

% Sanciones Fiscales por Tipologías Departamentales				% Sanciones Fiscales según Riesgo Contralorías			
Tipología	Departamento	2012 - 2015		Nivel de riesgo 2015	Departamento	2012 - 2015	
		Contralorías departamentales	Gerencias CGR			Contralorías departamentales	Gerencias CGR
Riesgo alto	Amazonas	5%	95%	Muy alto	Amazonas	5%	95%
	Caquetá	62%	38%		Guainía	37%	63%
	Cesar	38%	62%		Vichada	74%	26%
	Chocó	31%	69%	Alto	Arauca	41%	59%
	Guainía	37%	63%		Atlántico	43%	57%
	Guaviare	56%	44%		Bolívar	47%	53%
	La Guajira	37%	63%		Caquetá	62%	38%
	Magdalena	67%	33%		Casanare	79%	21%
	San Andrés	48%	52%		Cesar	38%	62%
	Sucre	44%	56%		Chocó	31%	69%
Vaupés	49%	51%	Magdalena	67%	33%		
Riesgo medio	Arauca	41%	59%	Putumayo	65%	35%	
	Bolívar	47%	53%	Santander	73%	27%	
	Boyacá	63%	37%	Sucre	44%	56%	
	Casanare	79%	21%	Tolima	64%	36%	
	Cauca	70%	30%	Vaupés	49%	51%	
	Córdoba	51%	49%	Medio	Antioquia	92%	8%
	Huila	52%	48%		Boyacá	63%	37%
	Meta	85%	15%		Caldas	73%	27%
	Nariño	82%	18%		Córdoba	51%	49%
	Norte de Santander	93%	7%		Guaviare	56%	44%
Putumayo	65%	35%	La Guajira		37%	63%	
Quindío	44%	56%	Meta		85%	15%	
Santander	73%	27%	Nariño		82%	18%	
Tolima	64%	36%	Norte de Santander		93%	7%	
Vichada	74%	26%	San Andrés		48%	52%	
Riesgo bajo	Antioquia	92%	8%	Moderado	Valle del Cauca	86%	14%
	Atlántico	43%	57%		Cauca	70%	30%
	Bogotá, D. C.	100%			Cundinamarca	100%	0%
	Caldas	73%	27%		Huila	52%	48%
	Cundinamarca	100%	0%		Quindío	44%	56%
	Risaralda	55%	45%		Risaralda	55%	45%
	Valle del Cauca	86%	14%		NA	Bogotá, D. C.	100%

Fuente: Elaboración propia con información de DANE, Contraloría General de la República y Transparencia por Colombia.

*Nota: No se calcula para el caso de Bogotá.

7. MECANISMOS DE SUPERVISIÓN GOBIERNO NACIONAL

En el marco de una organización estatal con entidades fiscalmente descentralizadas, resulta fundamental que el gobierno cuente con mecanismos de monitoreo, seguimiento e intervención a los recursos que son transferidos a las entidades. En esta sección se analiza la concentración del gobierno nacional en las diversas tipologías de riesgo en sus mecanismos de supervisión y sanción, tanto del Sistema General de Participaciones como del Sistema General de Regalías.

En el caso de los sistemas nacionales de monitoreo y evaluación en América Latina, Pérez y Trujillo (2015) llevan a cabo un diagnóstico teniendo en cuenta cuatro dimensiones: 1. El reconocimiento formal de las instituciones de seguimiento y evaluación (obligatoriedad de

la evaluación de programas o intervenciones públicas); 2. la existencia de mecanismos de planeación de la evaluación (procesos claramente establecidos); 3. las metodologías empleadas (publicación de documentos en donde se plasman las metodologías de evaluación, así como en la evidencia de las evaluaciones realizadas) y; 4. la utilización de los hallazgos en las evaluaciones (propósitos claros de la evaluación).

En lo que respecta a las dimensiones de reconocimiento, planeación y fortaleza metodológica de las evaluaciones, Colombia está bien ubicado en comparación con los demás países de Latinoamérica. Sin embargo, como sucede en la mayoría de los países evaluados por estos autores, la dimensión de la utilización de los hallazgos en las evaluaciones está en categoría baja. Es decir, es uno de los mayores retos. Por lo que, continúa siendo necesario realizar investigación más profunda para conocer las formas de utilización, así como para enfrentar los grandes retos que se presentan en la materia. Aun así, agregando todas las categorías, Pérez y Trujillo (2015) muestran que, de los 10 países evaluados, en lo que respecta al nivel de institucionalización de los sistemas nacionales de monitoreo y evaluación en América Latina, Colombia sólo está detrás de Chile y México, iguala a Brasil y supera a Argentina y Perú.

7.1. SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES

En lo que respecta a los recursos del Sistema General de Participaciones, existe un Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control. Como menciona la Dirección General de Apoyo Fiscal (2013), la estrategia de Monitoreo, Seguimiento y Control surge cuando el Congreso de la República ordenó al Gobierno Nacional definir una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, para asegurar el cumplimiento de metas de cobertura y calidad; debido a la inadecuada utilización de los recursos del Sistema General de Participaciones e ineficiencia en su uso, debilidades en el control nacional y regional a estos recursos, incumplimiento de las metas de cobertura y baja calidad en la prestación de los servicios con cargo a los recursos asignados, y a la desarticulación entre los planes sectoriales y su puesta en operación a nivel territorial. Siguiendo este mandato, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 028 de 2008.

Aplicación de la Estrategia de Monitoreo, Seguimiento y Control

El responsable de la toma de decisiones de control de la estrategia es la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la participación de los Ministerios Sectoriales (Ministerio de Educación Nacional, Ministerio de Salud, Ministerio

del Interior, Ministerio de Vivienda) y/o el Departamento Nacional de Planeación. Los Departamentos actúan prestando la colaboración necesaria al Ministerio de Hacienda y a los Municipios. El rol de cada una de las entidades durante las etapas son: 1. Etapa de Monitoreo (Ministerio de Educación Nacional, Ministerio de Salud, Ministerio del Interior, Ministerio de Vivienda, Departamento Nacional de Planeación y Organismos de Control-Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación); 2. Etapa de Seguimiento (Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Dirección General de Apoyo Fiscal); y 3. Etapa de Control (Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección General de Apoyo Fiscal).

Los sujetos de aplicación de la Estrategia de Monitoreo, Seguimiento y Control son los departamentos, distritos, municipios y demás entidades responsables de la administración y ejecución de los recursos de las Participaciones y Asignaciones del Sistema General de Participaciones.

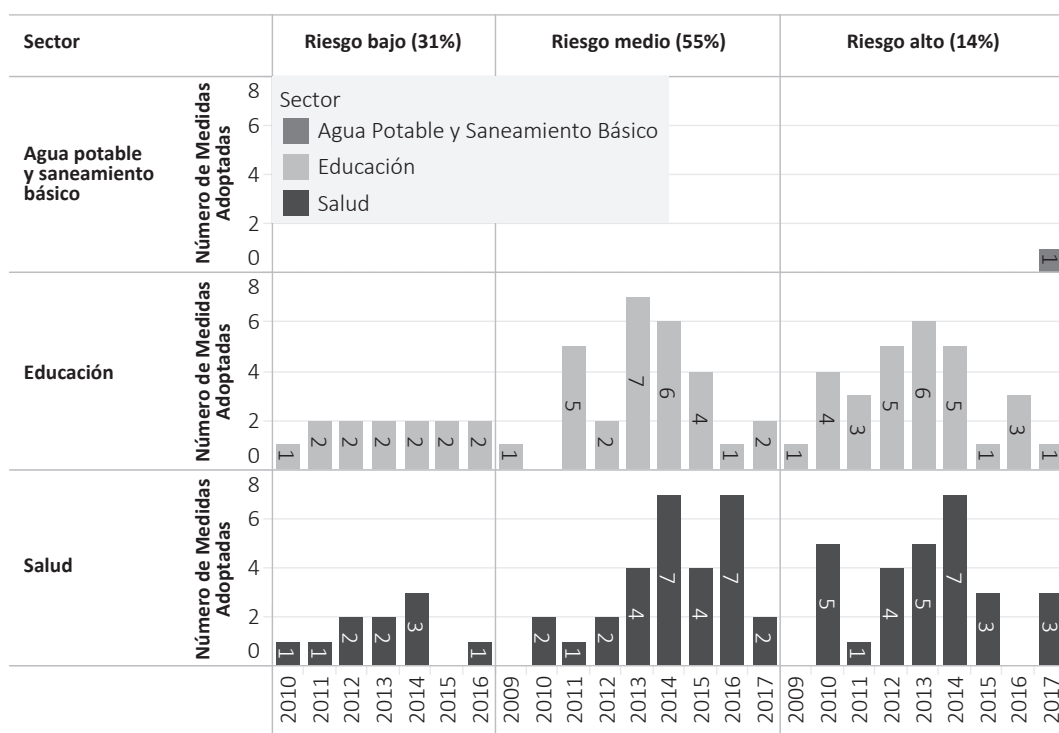
Tabla 5. Pasos del Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control a los recursos del Sistema General de Participaciones

Etapa	Actividad	Entidad
Monitoreo	Se determinan en cuáles entidades territoriales la prestación de uno o varios de los servicios financiados con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones se encuentra en alto riesgo	Responsables Sectoriales (Ministerios de Salud; Educación; Vivienda, Ciudad y Territorio y/o el Departamento Nacional de Planeación)
	Se aplica una metodología de priorización para dar inicio a la actividad de seguimiento de los procesos internos de dichas entidades territoriales	Dirección General de Apoyo Fiscal
Seguimiento	Se realiza un informe para cada una de las entidades y por cada sector que incluye un diagnóstico sectorial, la relación de los eventos de riesgo evidenciados y la recomendación de la medida a adoptar	Dirección General de Apoyo Fiscal
	Dicho informe se pone a consideración de los Responsables Sectoriales según sea el caso y se recogen sus comentarios y observaciones, particularmente sobre la definición de la medida de control a aplicar	Dirección General de Apoyo Fiscal y Responsables Sectoriales
Control	Se produce una Resolución adoptando la medida, la cual se notifica personalmente al representante legal de la entidad siguiendo los procedimientos administrativos	Dirección General de Apoyo Fiscal

Fuente: Elaboración propia con información de la Dirección General de Apoyo Fiscal.

Al analizar las medidas de la estrategia de seguimiento, monitoreo y control para cada una de las tipologías de riesgo de las entidades territoriales entre 2009 y 2017, se encuentra que, a nivel departamental, las medidas están orientadas hacia los departamentos más riesgosos. Tanto en salud como en educación, a pesar de que los departamentos del grupo alto son tan sólo el 14% del total, el número de medidas aplicadas a estos son similares año a año (con la excepción del sector salud para el año 2016) a las medidas aplicadas a departamentos del grupo medio-que concentra el 55% de los departamentos. Esto es consistente con el hecho que el grupo bajo es el grupo en el que menos se han aplicado medidas a pesar de que representa el 31% de los municipios.

Gráfica 21. Medidas del Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control por tipologías de riesgo a nivel departamental (enero de 2010 – septiembre de 2017)

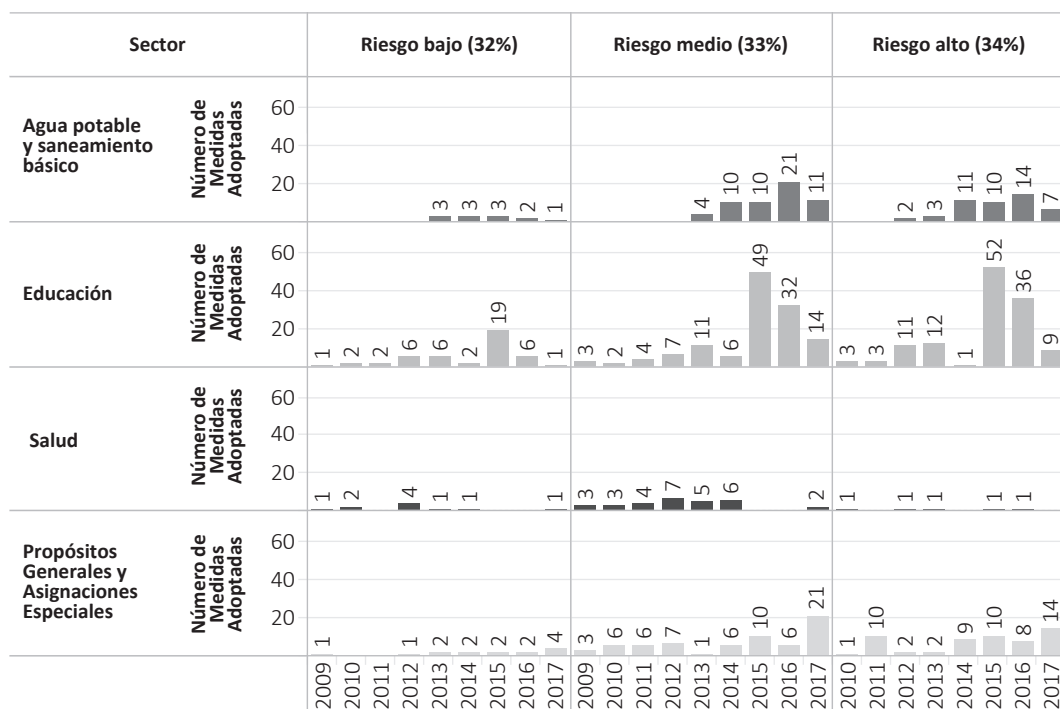


Fuente: Elaboración propia con información de la Dirección General de Apoyo Fiscal, MHCP

Esto no sucede a nivel municipal. En este caso, se evidencia que a pesar de que la participación de cada una de las tipologías de riesgo es homogénea en el total de municipios, las medidas se concentran en el grupo medio, seguido del grupo alto y finaliza el grupo bajo.

Esto sucede para el sector educación, agua potable y saneamiento básico. Sin embargo, llama la atención que para el sector salud, los municipios con mayor riesgo son aquellos en donde menos se aplican estas medidas (se aplican más incluso en los municipios con menor riesgo- grupo bajo).

Gráfica 22. Medidas de Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control por tipologías de riesgo a nivel municipal (enero de 2010 – septiembre de 2017)



Fuente: Elaboración propia con información de la Dirección General de Apoyo Fiscal.

7.2. SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS

En el caso de los recursos del Sistema General de Regalías, el mecanismo estipulado por la ley 1530 de 2012 es el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de los recursos del Sistema General de Regalías. El sistema está a cargo de la Subdirección de Control del Departamento Nacional de Planeación. Este adopta dos tipos de medidas que buscan prevenir o corregir el uso inadecuado, ineficiente e ineficaz o sin el cumplimiento de requisitos legales de los recursos de regalías, y son: 1. Medidas Preventivas y 2. Medidas Correctivas y Sancionatorias.

Las medidas preventivas (o procedimiento preventivo) hace referencia a la suspensión de giros de los recursos de regalías. Como su nombre indica, la finalidad de éste es prevenir la ocurrencia de hechos u omisiones que ocasionen un inadecuado, ineficaz, ineficiente o el incumplimiento de requisitos legales en el uso de los recursos de regalías. Como menciona el artículo 109 de la Ley 1530 de 2012, las causales para la aplicación de este procedimiento son: 1.No enviar ni registrar información, o hacerlo de forma incompleta, errónea o inconsistente en los términos y plazos establecidos, 2. No ejecutar las acciones de mejora derivadas del ejercicio del monitoreo, seguimiento y evaluación, y 3. Ejecutar acciones que representen inminente peligro de uso inadecuado, ineficaz, ineficiente o con el incumplimiento de requisitos legales en el uso de los recursos de regalías.

Sobre el procedimiento correctivo y sancionatorio, consiste en la imposición de medidas administrativas que buscan corregir o sancionar los hechos u omisiones que ocasionen un inadecuado, ineficiente, ineficaz e ilegal uso de estos recursos (artículo 112)¹⁶.

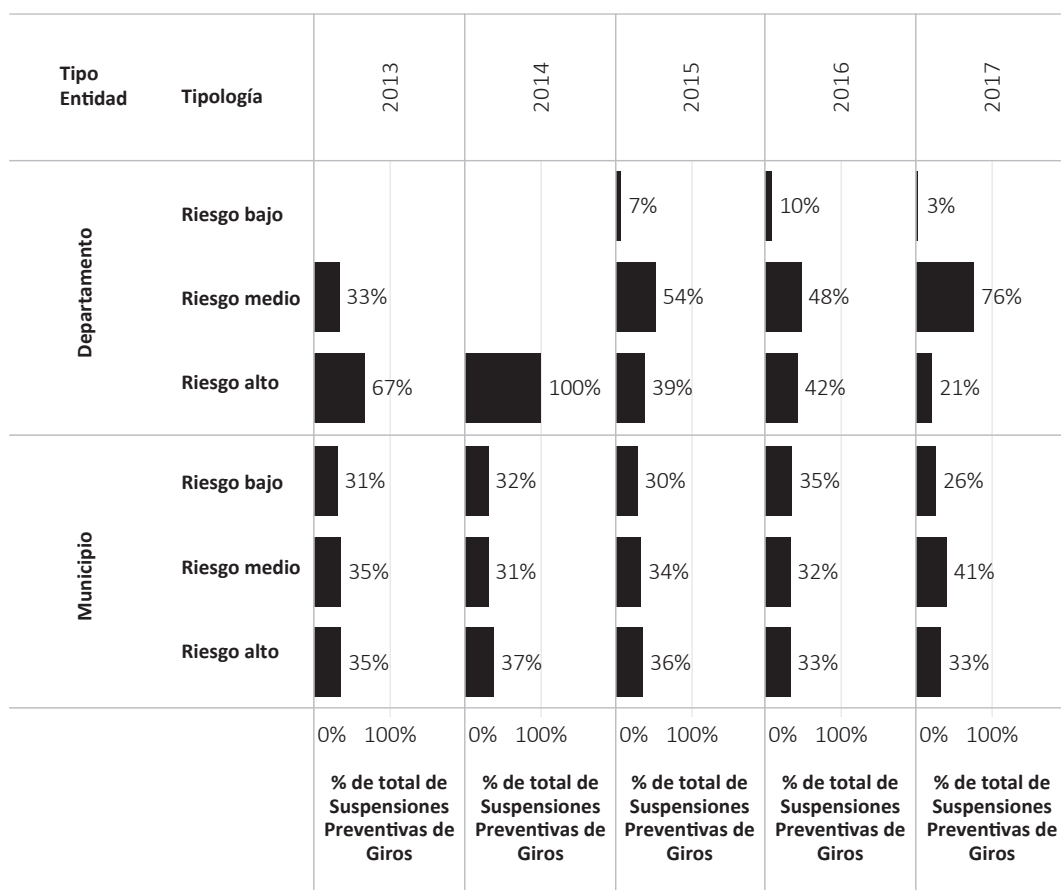
Las medidas correctivas hacen referencia a la suspensión correctiva de giros de los recursos del Sistema General de Regalías y a la no aprobación de proyectos con cargo a los recursos de los Fondos de Desarrollo Regional, Compensación Regional y Ciencia, Tecnología e Innovación. Por su parte, las medidas sancionatorias hacen referencia a la desaprobación de proyecto con su consecuente devolución de recursos, la imposición de multas, la designación de gestor temporal de asignaciones directas y de los recursos de los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, Compensación Regional y de Desarrollo Regional.

Al observar cómo han evolucionado cada uno de estos procesos (preventivo, correctivo y sancionatorio) se observa que el primero está más alineado con las tipologías de riesgo propuestas en este documento que el segundo. En el caso del proceso preventivo, en los primeros años (2013 y 2014) los procesos estuvieron casi exclusivamente orientados a los departamentos de mayor riesgo (grupo alto), y disminuyeron en el tiempo; de tal forma que en 2017 el 21% de las medidas se han aplicado en departamentos de mayor riesgo cuando el 14% de los municipios están en esta categoría. Además, mientras que el 31% de los departamentos están el grupo bajo, representan el 3% de las medidas. A nivel municipal la distribución es más homogénea. El grupo medio y grupo alto representan el 74% de las medidas

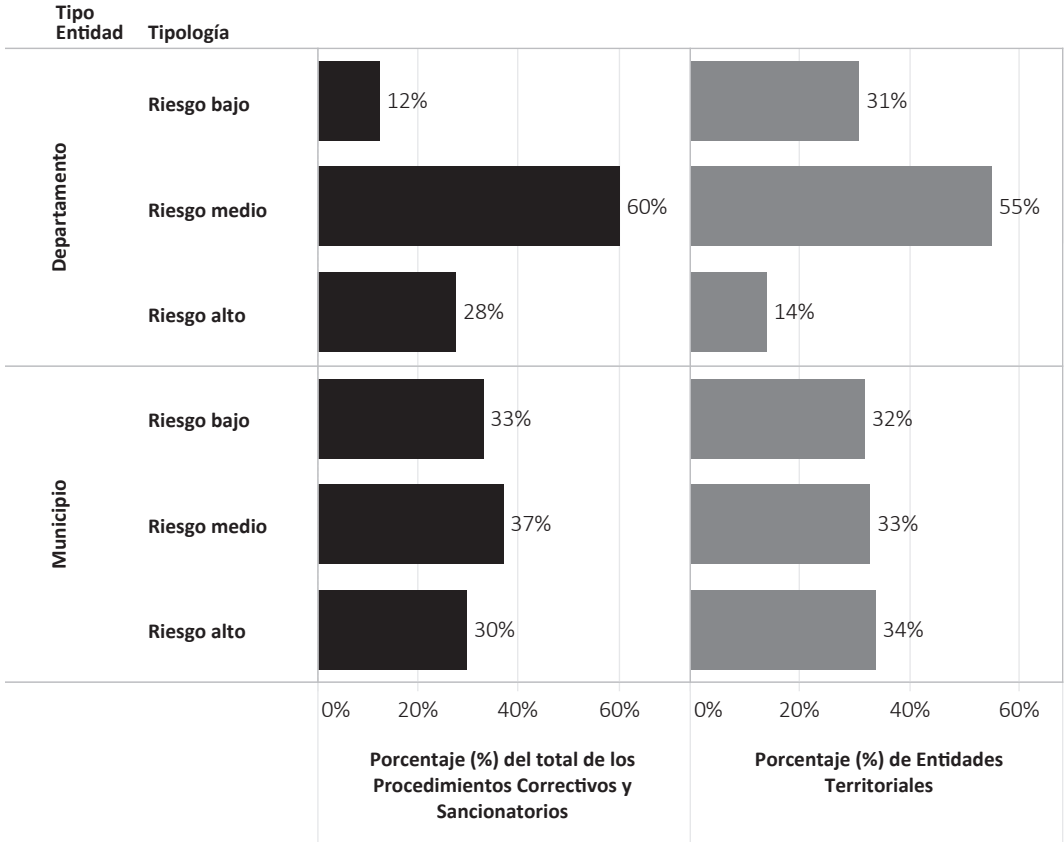
¹⁶ Los causales para que la Subdirección de Control del Departamento Nacional de Planeación lo aplique son: 1. Incumplir las normas sobre la utilización y ejecución de los recursos del Sistema General de Regalías, previstas en la presente ley, 2. Ejecutar con recursos del Sistema General de Regalías proyectos que no hayan sido aprobados por los Órganos Colegiados de Administración y Decisión, 3.Ejecutar recursos del Sistema General de Regalías en gastos de funcionamiento o en gastos o inversiones sin competencia legal, o que configuren auxilios o donaciones de conformidad con el artículo 355 de la Constitución Política, 4. Incumplir por causas no justificadas las metas del proyecto aprobado por el Órgano Colegiado de Administración y Decisión, 5. Realizar con recursos del Sistema General de Regalías, inversiones financieras no permitidas o abstenerse de realizar las ordenadas legalmente, y 6. Renuencia de las entidades beneficiarias o ejecutoras de adoptar las acciones de mejora formuladas dentro del componente de monitoreo, seguimiento y evaluación a pesar de haber sido objeto de suspensión de giros como medida preventiva.

del proceso preventivo (y representan el 65% de los municipios del país). Llama la atención que el grupo alto-de mayor riesgo, representa el 33% de las medidas cuando representa el 34% del total de municipios. Por su parte, las medidas del proceso correctivo y sancionatorio a nivel municipal están alineadas con la participación de sus municipios en el total. No se presenta mayor seguimiento a grupos con mayor riesgo (grupo medio o alto). Sin embargo, esto se evidencia más a nivel departamental.

Gráfica 23. Evolución del Procedimiento Preventivo por Tipologías de Riesgo (enero de 2013 – septiembre de 2017)



Fuente: Elaboración propia con información de Subdirección de Control del Departamento Nacional de Planeación.

Gráfica 24. Evolución del Procedimiento Correctivo y Sancionatorio por Tipologías de Riesgo (enero de 2013 – septiembre de 2017)

Fuente: Elaboración propia con información de Subdirección de Control del Departamento Nacional de Planeación.

8. CONCLUSIONES

Hay una serie de conclusiones que resultan del análisis anterior. En primer lugar, el riesgo de corrupción está altamente correlacionado con los indicadores de pobreza y desarrollo institucional a nivel departamental. La relación entre estas tres dimensiones se mantiene a nivel municipal. Sin embargo, el 56% de los municipios en los departamentos de la tipología de riesgo bajo no están en la tipología de riesgo bajo, lo mismo sucede para el 68% de los municipios en los departamentos de la tipología medio, y para el 92% de los municipios en la tipología de riesgo alto.

Al interior de las regiones clasificadas por el Departamento Nacional de Planeación se evidencia heterogeneidad en lo que respecta al desarrollo institucional y riesgo de corrupción. Sobre todo en la región Caribe, Llano y Centro Sur. Las categorías de entidades territoriales realizadas en el marco la Ley 617 de 2000, teniendo en cuenta su población e ingresos corrientes de libre destinación, muestran similitudes a las tipologías de riesgo propuestas. Por lo tanto, es un buen indicador de riesgo. La región Caribe tiene la mayor proporción de municipios en la categoría de riesgo alto (63%) y la menor proporción en la categoría de riesgo bajo. Por su parte, Eje Cafetero tiene la menor proporción en el grupo de riesgo alto (18%) y la mayor proporción en el grupo de riesgo bajo (51%). La eficiencia en el gasto público -en el caso de la educación- está correlacionada con el desempeño institucional, el riesgo de corrupción y la pobreza. Existe una alta correlación entre riesgo de corrupción y regalías como porcentaje de ingresos totales a nivel municipal. Esta se mantiene con modelo de datos panel con efectos fijos de municipio y año (en un mismo período de gobiernos locales, 2012-2015), y con características observables de cada municipio como son su economía, eficiencia en la prestación de los servicios públicos, violencia, composición del mercado laboral, calidad en educación y calidad de salud.

Es importante entender que a nivel global la decisión de descentralizar o centralizar competencias o recursos es políticamente motivada. Por lo que “en esta influyen múltiples actores y las consideraciones técnicas tienen un rol secundario” (World Development Report del Banco Mundial, 2017). Así, los resultados de la descentralización resultan del equilibrio político de los intereses que están en juego. Hay un elemento técnico central y es la optimización del sistema actual. En cuanto a este la forma en la que se focaliza el trabajo considerando el riesgo de las entidades territoriales es un asunto en el que se puede tener un avance significativo en los próximos años.

Sobre el trabajo de supervisión y sanción se concluye que: 1) En lo que respecta a sanciones a funcionarios públicos, se evidencia que el posible aumento de las operaciones contra la corrupción (aumento en las sanciones) no es homogéneo por las tipologías de riesgo. Las sanciones disciplinarias y fiscales están alineadas con tipologías de riesgo; lo que no sucede con las sanciones penales. En términos de variaciones en el tiempo, el aumento de las sanciones penales y fiscales entre 2010 y 2015 se concentró en la tipología 2 de departamentos. No ha habido aumento en la tipología de riesgo alto en las sanciones y el número de sanciones penales per cápita es 4 veces más grande en el grupo medio que en el alto; 2) Los departamentos con mayor riesgo de corrupción (según las tipologías sugeridas) tienen mayor riesgo de corrupción en sus contralorías departamentales. Lo que es consistente con que menor proporción del total de sanciones fiscales se haga por parte de las contralorías departamentales en estos departamentos; 3) El Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control del SGP en cabeza del gobierno nacional no está alineado con tipologías de riesgo a nivel municipal (sí

lo hace a nivel departamental); 4) En cuanto al Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de los recursos del Sistema General de Regalías, el procedimiento correctivo y sancionatorio no está alineado con las tipologías de riesgo, mientras que el preventivo sí lo hace.

Hay un grupo de departamentos con un elevado riesgo de corrupción (grupo alto) y en cual están los departamentos de Cesar, La Guajira, Magdalena, Sucre, y Chocó, entre otros. Para éstos y su equivalente municipal es necesario diseñar un esquema de monitoreo y acompañamiento especial. El fortalecimiento institucional y el monitoreo de los organismos de control, la fiscalía y el gobierno nacional deben tener una elevada prioridad para el próximo gobierno.

REFERENCIAS

- Arikan, G. (2004). Fiscal Decentralization: A Remedy for Corruption? *International Tax and Public Finance*. Vol. 11, pp. 175-195.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2010). *Descentralización y sostenibilidad fiscal sub-nacional: Los casos de Colombia y Perú*. Departamento de Países del Grupo Andino.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2015). *Descentralizando los ingresos fiscales en América Latina: Por qué y cómo*.
- Banco Mundial. (2017). *La Gobernanza y las Leyes: Panorama General. Informe sobre el Desarrollo Mundial*.
- Blanchard, O. & Shleifer, A. (2000). Federalism with and without Political Centralization: China versus Russia. NBER Working Paper No. 7616.
- Botero et al. (2015). *Regalías y desequilibrios territoriales en Colombia: Una brecha que no se cierra*. Facultad de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacionales. Centro de Estudios Políticos e Internacionales.
- Cano, L. (2014). La corrupción y la ineficiencia en el gasto público local y su impacto en la pobreza en Colombia. *Coyuntura Económica*. Vol. XLIV, No. 1, Junio de 2014, pp. 121-172. Fedesarrollo, Bogotá – Colombia.
- Congreso de la República. Gaceta No. 273 del 25 de mayo de 2012. Ley 1530 de 2012 (Artículos 109 y 112).
- Consejo Nacional de Política Económica y Social: Documento Conpes 3765. (2013). Departamento Nacional de Planeación.
- Constitución Política de Colombia. Artículos 355, 356 y 357.
- Departamento Nacional de Planeación. (2005). *Medición y Análisis del Desempeño Integral de los Municipios*. Disponible en Internet a través de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/INFORME%20EVALUACION%20INTEGRAL%202005.pdf>
- Descentralización en Colombia. Konrad Adenauer Stiftung.
- Dirección General de Apoyo Fiscal. (2013). *Guía para la ejecución, monitoreo, seguimiento y control a los recursos del Sistema General de Participaciones*.
- Enikolopov, R. & Zhuravskaya, E. (2007). Decentralization and political institutions. *Journal of Public Economics*. Vol. 91, pp. 2261-2290.
- Estache, A. & Sinha, S. (1995). Does Decentralization Increase Spending on Public Infrastructure? *World Bank Policy Research Working Paper No. 1457*.
- Fedesarrollo. (2014). *Evaluación Institucional y de Procesos con Énfasis en el Ciclo de Proyectos del Sistema General De Regalías*.

- Fisman, R. & Gatti, R. (2002). Decentralization and corruption: evidence across countries. *Journal of Public Economics*. Vol. 83, pp. 325-345.
- Goldsmith, A. (1999). Slapping the Grasping Hand: Correlates of Political Corruption in Emerging Markets. *American Journal of Economics and Sociology*. Vol. 58, No. 4, pp. 865-883.
- Gutiérrez, F. (2007). *¿Lo que el viento se llevó? Los partidos políticos y la democracia en Colombia 1958- 2002*. Grupo Editorial Norma.
- Gutiérrez, F. (2010). *Instituciones y Territorio: la Descentralización en Colombia*. En: 25 Años de la Descentralización en Colombia. Konrad Adenauer Stiftung.
- Huther, J. & Shah, A. (1998). Applying a Simple Measure of Good Governance to the Debate on Fiscal Decentralization. Policy Research Working Paper, WPS1894.
- Ivanya y Shah (2010). Decentralization (Localization) & Corruption: New Cross-Country Evidence. International Center for Public Policy. Working Paper Series. Georgia State University.
- Misión para la Transformación del Campo. (2015). *El Campo Colombiano: Un Camino hacia el Bienestar y la Paz*. Disponible en Internet a través de <https://www.dnp.gov.co/programas/agricultura/Paginas/Informes-misi%C3%B3n.aspx>
- Pérez, G. & Trujillo, C. (2015). *Panorama de los Sistemas Nacionales de monitoreo y evaluación en América Latina*. Coyuntura y Ensayo. Centro de Investigación y Docencia Económica.
- Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: Prosperidad para Todos. Disponible en Internet a través de <https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/pnd/resumen%20ejecutivo%20ultima%20version.pdf>
- Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: Todos por un Nuevo País. Disponible en Internet a través de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf>
- Procuraduría General de la Nación. (2015). *Índice de Gobierno Abierto – Resultados 2015: Un Análisis Comparativo 2010*. Disponible en Internet a través de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/IGAP.pdf>
- Rose-Ackerman, S. (2007). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Edward Elgar Publishing.
- Sánchez, F. & Zenteno, J. (2010). Descentralización y desempeño fiscal subnacional: El caso de Colombia. En *Descentralización y sostenibilidad fiscal sub-nacional: Los casos de Colombia y Perú*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Tanzi, V. (2000). *Policies, Institutions and the Dark Side of Economics*. Edward Elgar Publishing.
- Treisman, D. (2000). *Decentralization and the Quality of Government*. Department of Political Science. University of California, Los Angeles.

CAPÍTULO 5: CORRUPCIÓN E INSTITUCIONES DE CONTROL Y JUSTICIA

I. RECOMENDACIONES PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR LA CORRUPCIÓN

María Paula Ángel Arango | María Ximena Dávila Contreras | Vivian Newman Pont

RESUMEN EJECUTIVO

Un buen punto de partida para estudiar la corrupción es la fórmula propuesta por Klitgaard (1998), según la cual, la corrupción (C) tiende a aparecer cuando un agente detenta un poder monopólico sobre un conjunto de decisiones (M), existe discrecionalidad para que este agente tome dichas decisiones (D), y en el sistema hay pocos mecanismos de transparencia y rendición de cuentas (A, de *accountability*). Siguiendo a Arvind Jain (2001), a esta fórmula se le puede agregar la probabilidad de que el acto corrupto sea sancionado (S), por lo cual, las circunstancias que favorecen la corrupción pueden conceptualizarse en la fórmula $C = M + D - A - S$ (Newman y Ángel, 2017).

A partir de ese diagnóstico preliminar, el presente capítulo es una contribución a que el diseño institucional y organizacional de los principales órganos encargados de la investigación y sanción de la corrupción apunte a aumentar la probabilidad de investigación y sanción de la corrupción (S), y no se integre de manera negativa (-) a la ecuación de Klitgaard. En concreto, se trata de un conjunto de recomendaciones encaminadas a resolver los obstáculos existentes en los principales órganos que tienen la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República para investigar y sancionar efectivamente la corrupción.

A continuación se presentan las principales recomendaciones expresadas en este documento:

1. Recomendaciones generales para todas las entidades

- Actualmente las entidades estudiadas no cuentan con los suficientes elementos conceptuales para traducir la definición sociológica de corrupción a conductas concretas que encarnen la complejidad del término. Por ello, recomendamos **conceptualizar y caracterizar de forma completa, precisa e institucional las conductas que constituyen corrupción**. La caracterización facilita los procesos de priorización de investigaciones y la ejecución estratégica de los recursos.
- También **recomendamos traducir los acuerdos de cooperación interinstitucional en programas y pautas operacionalizables**, pues aunque existen iniciativas de cooperación y acuerdos de voluntad entre la Fiscalía, la Procuraduría y la Contraloría, aún no hay evidencia de que se hayan materializado en acciones concretas.
- Dada la importancia que tiene la información que recoge y produce la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) para efectos de probar los actos de corrupción y perseguir los activos derivados de estos, creemos conveniente **eliminar las restricciones de acceso que tienen estas tres entidades para acceder a la información reservada de la UIAF**.
- Con el fin de contribuir a la despolitización de los mecanismos de elección de las cabezas de estas entidades, proponemos **reformar los mecanismos de elección del fiscal y el procurador, y volver más exigentes las calidades para ocupar esos cargos, así como para ocupar el cargo de contralor**.
- La corrupción debe investigarse desde un enfoque diferencial, que reconozca las particularidades regionales y sectoriales, por lo que sugerimos **adoptar una intervención focalizada de la acción penal, disciplinaria y fiscal, que priorice regiones y sectores con más riesgo de corrupción**.
- La complejidad de la corrupción exige la **adopción de un enfoque sistémico de investigación por parte de la Fiscalía, la Procuraduría y la Contraloría**.

2. Recomendaciones para la Fiscalía General de la Nación

- **Sugerimos ampliar la conceptualización interna de corrupción y tenerla en cuenta al aplicar la política de priorización**, de suerte que la noción trascienda los delitos contra la administración pública.

- Para robustecer las capacidades de la Fiscalía para investigar la corrupción se necesita **fortalecer y focalizar su presencia regional**. Iniciativas ya existentes, como la política de priorización y el programa Bolsillos de Cristal, deben articularse con esta focalización.
- **Debe reconsiderarse el enfoque de las propuestas incluidas en el Proyecto de Ley 016/17 «por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción»**, pues respalda una lógica de maximalismo penal que puede ser nociva tanto en el plano instrumental como en el plano simbólico.
- Debe evitarse la cooptación de beneficios penales como el principio de oportunidad y el preacuerdo. Para ello, recomendamos **construir y publicar estadísticas sobre la aplicación de estos beneficios y generar un indicador de la gestión institucional mediante el cual se evalúe la legalidad en la aplicación de los mismos**.

3. *Recomendaciones para la Procuraduría General de la Nación*

- Hasta ahora no existe una caracterización de las faltas disciplinarias que constituyen corrupción, lo que genera obstáculos para realizar una política de priorización de estos casos e incluso para el cumplimiento de la función disciplinaria. Por ello, se recomienda **conceptualizar el fenómeno de la corrupción y articular las faltas disciplinarias que se adecúan a su definición**.
- Es importante que la Procuraduría **adopte planes de intervención focalizada en regiones y sectores con altos riesgos de corrupción**.
- Aunque no todos los casos de corrupción tienen la misma gravedad o las mismas repercusiones públicas, la Procuraduría no cuenta con planes públicos de priorización de la acción disciplinaria. Proponemos, entonces, **adoptar criterios de priorización para canalizar recursos y capacidades a la investigación y sanción de los hechos que considera más relevantes para la lucha contra la corrupción**.
- Debido a la naturaleza multicausal de la corrupción, es necesario el acompañamiento técnico-científico en las investigaciones disciplinarias, para lo cual es importante **fortalecer las capacidades de la Unidad de Investigaciones Especiales**, una dependencia de la Procuraduría que se encarga de prestar este tipo de apoyo a las procuradurías delegadas, pero que no cuenta con suficiente personal y recursos para hacer frente a la totalidad y magnitud de los casos.

- Recomendamos **reconsiderar la utilidad de la función de intervención de la Procuraduría en procesos penales para así liberar recursos y destinarlos a la lucha contra la corrupción**. Este tipo de intervención debe ser revaluada en un sistema penal de corte acusatorio, pues entra en conflicto con el principio de igualdad de armas e implica el reconocimiento de atribuciones que ya son asumidas por el juez.
- La transparencia es una herramienta esencial para prevenir la corrupción. Por eso, una tarea importante es **fortalecer las acciones encaminadas a velar por el cumplimiento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública**. La Procuraduría, como órgano garante de esta ley, debe hacer uso de sus funciones preventivas, disciplinarias y de intervención para asegurar su cumplimiento por parte de las entidades públicas.

4. Recomendaciones para la Contraloría General de la República

- La ausencia de “faltas fiscales” tipificadas no permite caracterizar una lista de conductas taxativas de corrupción. Aún así, **se debe determinar si los elementos que integran la responsabilidad fiscal pueden constituir a su vez un acto de corrupción**, es decir: i) un abuso o desviación de un poder encomendado (que puede ser público o privado); y, ii) un beneficio o ganancia privada (que puede ser personal o para un tercero).
- Es importante construir criterios que permitan determinar de manera técnica y transparente los entes objeto de control fiscal y los procesos de responsabilidad fiscal que deben ser priorizados. Para ello, **recomendamos generar y transparentar criterios objetivos tanto para la selección de los entes que serán objeto de control fiscal para cada vigencia, como para la priorización de los procesos de responsabilidad fiscal**.
- Actualmente la Contraloría cuenta con fuertes mecanismos de vigilancia sobre los sistemas generales de participaciones y regalías, tales como grupos de vigilancia especial y estrategias de evaluación y control cuyas **fortalezas institucionales y organizacionales sugerimos aprovechar, para ejercer también vigilancia y control sobre los cupos indicativos**.
- A pesar de que la función de advertencia de la Contraloría fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, aún es posible acudir a otros medios para generar alertas sobre el riesgo de ocurrencia de un daño al patrimonio del Estado sin llegar al punto de co-administrar. Una de estas alternativas es **explotar las herramientas de control**

interno de las entidades y las de especial seguimiento y monitoreo en tiempo real de la Contraloría, para generar alertas sobre riesgo de daño patrimonial cuando aún se desarrollan los proyectos, programas o políticas.

- Para garantizar que los bienes del presunto responsable de actos de corrupción sean congelados, es necesario que la Contraloría y la Fiscalía puedan cooperar para tomar medidas precautelativas sobre tales bienes. Este tipo de medidas están exclusivamente en poder de la Fiscalía, razón por la que proponemos que **se habilite a la Contraloría, en su calidad de representante de la víctima (el Estado), para solicitar a la Fiscalía la aplicación de medidas cautelares cuando el presunto responsable fiscal esté siendo investigado también en materia penal.**
- Para materializar la focalización territorial se sugiere seguir armonizando la función de la CGR con las Contralorías Departamentales y Municipales, al igual que **fortalecer los recursos económicos y humanos con los que cuentan las Contralorías delegadas para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad y el Sector Agropecuario y crear Contralorías Delegadas Sectoriales para los sectores de Interior, Servicios Básicos y Tierras.**
- Para garantizar la independencia del control fiscal territorial frente a los poderes políticos recomendamos la **creación de un mecanismo objetivo de determinación de presupuesto de las Contralorías que no dependa de los órganos de elección popular y la construcción de criterios objetivos de escogencia de personal de las Contralorías territoriales.**

1. INTRODUCCIÓN

En el Cuaderno 56 de Fedesarrollo titulado “Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política” (Newman y Ángel, 2017), se sostiene que en Colombia la corrupción puede ser analizada a través de la siguiente caracterización:

$$C = M + D - A - S$$

Contexto sociopolítico y cultural

Así, en dicho estudio se partió de la teoría de Robert Klitgaard (1998), quien considera que la corrupción florece cuando alguien tiene poder de monopolio sobre una determinada decisión (M), tiene discrecionalidad para decidir (D), y la rendición de cuentas y la transparencia (*accountability*) (A) son débiles. Sin embargo, se consideró que además de la débil rendición de cuentas, también era necesario reflexionar acerca de si el sistema legal/judicial ofrecía una probabilidad de detección o sanción suficientemente baja para las conductas corruptas (S=sanción), tal y como lo afirma Arvind Jain (2001). Asimismo, se planteó que en el caso colombiano las anteriores condiciones institucionales estaban inmersas en un determinado contexto sociopolítico y cultural de incumplimiento de reglas que favorecía la reproducción de las conductas de corrupción.

A partir de ese diagnóstico preliminar, el presente documento pretende ser un aporte a la discusión y solución de los obstáculos existentes en los principales órganos que investigan y sancionan la corrupción para cumplir efectivamente con sus funciones.

Para cumplir con este objetivo realizamos un estudio de los retos y obstáculos que enfrentan la Fiscalía General de la Nación (en adelante Fiscalía o FGN), la Procuraduría General de la Nación (en adelante Procuraduría o PGN) y la Contraloría General de la República (en adelante Contraloría o CGR) para investigar y sancionar efectivamente la corrupción. De esta forma, se trata de una contribución a que el diseño institucional y organizacional de estos órganos¹ apunte a aumentar la probabilidad de investigación y sanción de la corrupción (S), y no se integre de manera negativa (-) a la ecuación de Klitgaard. Para el efecto, este capítulo ofrece un conjunto de recomendaciones que permitirán fortalecer las capacidades de estas tres entidades para aumentar la probabilidad de investigación y sanción de la corrupción.

1 Si bien hay otros órganos que también vigilan, investigan y sancionan la corrupción (v. g. la Superintendencia de Industria y Comercio, la Auditoría General de la República, las personerías municipales, e incluso, las oficinas de control interno), por razones de espacio y de tiempo en el presente documento seleccionamos únicamente a la Fiscalía, la Procuraduría y la Contraloría.

La metodología empleada en este capítulo se basó en la revisión documental tanto de la normativa que regula a cada una de las entidades analizadas como de las políticas que han sido adoptadas y divulgadas por las últimas administraciones de las entidades para investigar y sancionar la corrupción. Asimismo, esta información fue complementada con revisión de literatura y con los datos recogidos a partir del envío de derechos de petición a la Fiscalía y a los órganos de control, y de la realización de entrevistas con algunos altos funcionarios o exfuncionarios de estas tres entidades.

2. RECOMENDACIONES GENERALES

Conceptualizar y caracterizar de forma completa, precisa e institucional las conductas que constituyen corrupción

Después de entrevistar a altos funcionarios de la FGN y la PGN, y de recibir respuestas a derechos de petición de las tres entidades, notamos que ninguna de estas tiene una conceptualización multidimensional del concepto de corrupción. A pesar de que hay esfuerzos para conceptualizarla, notamos que ninguna cuenta con una definición de corrupción que abarque la complejidad del fenómeno, que sea conocida por el grueso de los funcionarios de la entidad, que guíe la estrategia de lucha contra la corrupción, ni que permita identificar y priorizar adecuadamente los casos relacionados con este flagelo.

Frente a esto, consideramos que el marco conceptual presentado en el Cuaderno 56 de Fedesarrollo es útil para entender los rasgos más importantes de la corrupción. A partir de él podemos definir la corrupción como “el abuso o la desviación de un poder delegado (que puede ser público o privado) para obtener un beneficio económico privado (directo o indirecto y que puede ser personal o para un tercero), en detrimento del interés general”. En nuestra opinión, esta definición abarca los elementos más relevantes de la corrupción, y por eso recomendamos, en la medida de lo posible, adoptarla como conceptualización interna en las diferentes entidades aquí estudiadas. Del mismo modo, la definición antes transcrita puede ser utilizada en cada caso concreto para identificar los actos que se enmarcan en delitos, faltas disciplinarias y conductas generadoras de responsabilidad fiscal, que al cumplir con todos los elementos allí incluidos pueden considerarse como actos de corrupción. Esto fortalecerá las capacidades de la FGN, la PGN y la CGR para investigar y sancionar la corrupción, pues permite que haya priorización de conductas investigadas y ejecución estratégica de los recursos. Con esto en mente, en las recomendaciones específicas de este capítulo sugerimos una selección de faltas para cada una de las entidades.

Traducir los acuerdos de cooperación interinstitucional en programas y pautas operacionalizables

Hace falta que las iniciativas de cooperación y las declaraciones de voluntad de la FGN, la PGN y la CGR se traduzcan en instrumentos operacionalizables, que empoderen a la masa crítica que investiga y sanciona en cada una de las instituciones, y que permitan que las actividades de cooperación interinstitucional no dependan de la discrecionalidad y voluntad política del correspondiente contralor, fiscal o procurador de turno. Para ello, es necesario que las entidades que investigan y sancionan la corrupción adopten la voluntad política para implementar y cumplir las iniciativas y los compromisos que han adquirido.

Uno de los acuerdos interinstitucionales celebrados por la FGN, la PGN y CGR en materia de corrupción es el Convenio Marco de Cooperación Institucional (2015). Tras dos años de vigencia, sus disposiciones no se han materializado de forma adecuada. Para cumplir con los compromisos allí pactados se requiere de resoluciones y manuales que creen y regulen los grupos de trabajo interinstitucionales o los operativos de alto impacto contra la corrupción. Asimismo, proponemos la creación de una macrobase de datos compartida entre la FGN, la PGN y la CGR que permita unificar los criterios de sistematización de información de estos órganos, lo que optimizaría la coordinación y articulación de las entidades que investigan la corrupción. Esto, siempre y cuando se proteja la información con carácter reservado o clasificado. Este mecanismo puede brindar insumos para el diseño del Sistema de Alertas Tempranas por Casos de Corrupción, cuya creación es parte de los compromisos adoptados por las entidades en el Convenio Marco de Cooperación Institucional. Según la cláusula tercera del convenio, la PGN, la FGN y la CGR deberán:

Diseñar, de común acuerdo, un sistema de alertas tempranas por casos de corrupción, con base en los mapas de riesgo de las entidades del Estado, de las denuncias de los jefes de Control Interno y de Control Disciplinario, de las denuncias de la ciudadanía y los medios de comunicación y de cualquier información de la que tengan conocimiento las Partes en desarrollo de sus competencias institucionales.

En el mismo sentido, es necesario que, con base en los mapas de riesgo de las entidades del Estado, en las denuncias de los jefes de control interno y control disciplinario, en las denuncias de la ciudadanía y los medios de comunicación y en cualquier información de la que se tenga conocimiento, las partes del convenio (FGN, PGN, CGR y la Presidencia de la República) pongan en marcha las acciones encaminadas a implementar el Sistema de Alertas Tempranas por Casos de Corrupción, que podrá alimentarse además de la información incluida en la macrobase de datos compartida.

Otro de los escenarios de acción que comparten las tres entidades es el Comando Anticorrupción (C4), un grupo que “prioriza casos de corrupción que requieran una respuesta e investigación inmediatas, y coordina visitas *in situ* a las entidades cuestionadas, para revisar documentos y procedimientos” (OCDE, 2017, p. 25). Lamentablemente, no es posible identificar las acciones concretas que el C4 ha llevado a cabo en sus casi tres años de existencia, pues no hay ningún informe de gestión que permita saber cómo ha sido la articulación para dar cumplimiento a sus objetivos que, además, tampoco son públicos. Por esa razón, recomendamos mejorar la publicidad de las acciones que lleva a cabo este comando. Las entidades integrantes del C4 deben contar con los correspondientes informes de gestión en sus páginas web. De esta manera es posible identificar cuántas visitas *in situ* han realizado, qué criterios de priorización están siendo utilizados para intervenir en determinados casos y cuáles son las acciones que cada órgano ha implementado.

El otro escenario es la Comisión Nacional de Moralización (CNM) y las Comisiones Regionales de Moralización (CRM), que son grupos interinstitucionales creados por el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011). Como recomendaciones para mejorar sus capacidades de lucha contra la corrupción sugerimos crear indicadores de gestión que permitan una autoevaluación constante y una evaluación de la ciudadanía. También consideramos útil la recomendación contenida en el *Estudio de la OCDE sobre integridad en Colombia* según la cual es necesario el intercambio de prácticas entre las CRM para “facilitar el aprendizaje mutuo y ayudar a atender los problemas de corrupción interregional” (OCDE, 2017, p. 38).²

Finalmente, queremos recalcar la importancia de que el C4, la CNM y las CRM cumplan con sus deberes de transparencia y publicidad, pues con ello permiten que la ciudadanía pueda evaluar su gestión y ejercer presión para que mejoren su desempeño y atiendan a las necesidades públicas.

Eliminar las restricciones de acceso que tienen la FGN, la PGN y la CGR a la información reservada de la Unidad de Información y Análisis Financiero

Dentro de los procesos penales, disciplinarios y de responsabilidad fiscal la identificación de los bienes derivados de la corrupción tiene gran importancia, en la medida en que permite probar la conducta punible y reparar a las víctimas. Además, en el caso penal tiene fines de comiso o de extinción del derecho de dominio. Para el efecto, la “inteligencia financiera nacional e internacional es la única herramienta eficaz y eficiente para la identificación y

2 Este estudio propone concretamente formar una red de CRM, a través de la implementación de un “foro virtual o chat, en el que las unidades de apoyo técnico o las personas de la CRM pudieran llevar a cabo intercambios informales y solicitar orientación ad hoc al personal de la Secretaría de Transparencia”.

ubicación de bienes provenientes de la corrupción” (Martínez, s. f., p. 9). En ese sentido, “la actuación coordinada con la [Unidad de Información y Análisis Financiero] UIAF en Colombia, y por intermedio suyo con las unidades de inteligencia financiera a través del mundo (asistencia jurídica internacional), [...], resulta esencial para la identificación y ubicación de bienes” (Ospina, 2016, p. 99).

Sin embargo, actualmente la información de la UIAF se encuentra reservada por el parágrafo del artículo 34 la Ley Estatutaria 1621 de 2013, incluso para las entidades públicas en cumplimiento de sus funciones legales. De esta manera, la única entidad legalmente autorizada para solicitarle información a la UIAF sobre el manejo de los fondos y las transacciones efectuadas por los presuntos responsables de actos de corrupción es la FGN, y solo para efectos de investigar los delitos de lavado de activos o sus delitos fuente y financiación del terrorismo, o para ejercitar la acción de extinción de dominio.

Dada la importancia que tiene la información que recoge y produce la UIAF para el resto de las autoridades de vigilancia y control, creemos conveniente que su reserva sea inoponible a las dependencias de la FGN, la PGN y la CGR encargadas de investigar y sancionar los actos de corrupción. Para el efecto, consideramos necesario que la inoponibilidad de la reserva de la información de la UIAF deje de estar regulada de manera especial. En su lugar proponemos que le sea aplicable la regla general de inoponibilidad de la reserva de información de inteligencia ya consagrada en el primer inciso del artículo 34 de la Ley 1621 de 2013, y según la cual:

... el carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia no será oponible a *las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones*, siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes. Corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo establecido en el presente artículo³ (énfasis agregado).

En consecuencia, proponemos que se derogue el parágrafo del artículo 34 de la Ley 1621 de 2013.

3 Evidentemente, esta reforma legal debe venir acompañada de decisiones internas de la Fiscalía, la Procuraduría y la Contraloría, encaminadas a asegurar que en la respectiva entidad se cuente con expertos financieros capaces de analizar la información recibida. De lo contrario, la reforma legal propuesta resultará inútil.

Reformar los mecanismos de elección del fiscal y el procurador, y volver más exigentes las calidades para ocupar esos cargos, así como para ocupar el cargo de contralor

Actualmente, el fiscal general de la nación es elegido por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el presidente de la República.⁴ Por su parte, el procurador es elegido por el Senado de la República, de terna integrada por candidatos del presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.⁵ Por último, el contralor general de la República es elegido por el Congreso de la República de un lista de elegibles conformada por convocatoria pública.⁶ En los tres casos, su período es de cuatro años (aunque en el caso del contralor el mismo debe ser además coincidente con el del presidente de la República), y a partir del Acto Legislativo 02 de 2015 ninguno puede ser reelegido.

El hecho de que tanto el fiscal como el procurador sean elegidos de ternas hace que estos dos procesos de elección se vean fuertemente influenciados por la discrecionalidad de quienes elaboran las ternas. Por eso, con el fin de contribuir a la despolitización de estos dos mecanismos de elección, proponemos reemplazar las ternas por listas de elegibles conformadas por convocatorias públicas. Convocatorias que, tal y como se establece en el artículo 126 de la Constitución Política, deben incluir requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. En particular, sugerimos que las mismas incluyan la publicación del peso específico de cada uno de los criterios de evaluación que se van a utilizar.

Así, si bien el fiscal y el procurador continuarían siendo elegidos por la Corte Suprema y el Senado de la República, respectivamente, los posibles candidatos tendrían que pasar por un filtro previo de acceso ciudadano (convocatoria pública) que asegura publicidad, participación, equidad de género y la aplicación de los criterios mencionados. Al respecto, cabe destacar que, en el caso del procurador, la elección de los candidatos presentados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado también se hace hoy en día por medio de mecanismos de convocatoria pública. Sin embargo, esto no sucede en virtud de una obligación legal o constitucional, sino debido a procedimientos internos diseñados por estas mismas corporaciones.

En el caso de la elección del procurador, el reemplazo de la terna de candidatos por la listas de elegibles conformada por convocatoria pública encuentra sustento en el artículo 126 de

4 Constitución Política, artículo 249.

5 Constitución Política, artículo 276.

6 Constitución Política, artículo 267.

la Constitución Política.⁷ Así, dado que la facultad de elegir al procurador recae en una corporación pública (Senado de la República), es coherente con la Constitución que su elección sea precedida de una convocatoria pública, y no de la construcción de una terna. Por su parte, la reforma sugerida para la FGN tiene sustento en el caso comparado de Chile, en donde el fiscal es designado por el presidente, con la aprobación de dos tercios del Senado, de cinco candidatos propuestos por la Corte Suprema a partir de un concurso público. Si bien en el caso colombiano el mecanismo propuesto involucra menos actores, el fondo de la dinámica es el mismo: asegurar la utilización de criterios de mérito y no únicamente políticos.

En lo que respecta a las calidades exigidas para ocupar estos cargos, los requisitos impuestos a los candidatos a fiscal⁸ o procurador⁹ son más exigentes, en términos técnicos, que los que se exige a los candidatos a contralor.¹⁰ Por eso consideramos que las calidades que hoy se exigen para ser fiscal, procurador o contralor deben unificarse y volverse en general más estrictos. Para el efecto, planteamos aquí una propuesta de requisitos que serían aplicables a los tres cargos, y que parten tanto de los mejores requisitos que existen hoy en esas elecciones, como de los incluidos en el texto del articulado propuesto en el libro *Control fiscal territorial. Validación de un modelo de mejoramiento de la gestión y los resultados de las contralorías territoriales en Colombia* (Restrepo, Araújo y Tuta, 2010).

Proponemos que para poder ser elegido fiscal, procurador o contralor se requiera: i) ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; ii) no haber sido condenado por sentencia judicial por delitos comunes; iii) tener título universitario; iv) “acreditar formación profesional avanzada a nivel de maestría o doctorado en áreas relacionadas con el cargo” (Restrepo, Araújo y Tuta, 2010, p. 184);¹¹ v) haber desempeñado, durante quince años, “cargos en el sector público, en el ejercicio de la actividad profesional o en la cátedra universitaria [en materias afines con la materia del cargo, según corresponda] [...]”. El cumplimiento de este requisito se contará a partir de la obtención del título profesional” (p. 184); y vi) no ocupar o haber ocupado cargos públicos de elección popular. Este último se inspira en uno de los requisitos hoy existentes para ser candidato a contralor, que exige “no ser o haber sido miem-

7 Norma que a partir de la modificación introducida por el Acto Legislativo 02 de 2015 señala que “[s]alvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección” (énfasis agregado).

8 Constitución Política, artículo 249.

9 Ley 201 de 1995, artículo 4.

10 Específicamente, al contralor se le exige: i) ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; ii) tener más de 35 años de edad; iii) no haber sido condenado a pena de prisión por delitos comunes; iv) tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; v) no ser o haber sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección; y, iv) acreditar las calidades adicionales que exija la ley. Sin embargo, hasta el momento la ley no ha exigido calidades adicionales.

11 Frente a este requisito, sugerimos que el mismo pueda obtener un mayor peso en caso de que se logre acreditar “la publicación de obras arbitradas en temas relacionados con el cargo”. Ver al respecto, Restrepo, Araújo y Tuta (2010, p. 184).

bro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección”.¹² Sin embargo, nuestra propuesta es distinta pues: a) solo se refiere a los cargos de elección popular y no al resto de cargos público, pero incluye todos y no únicamente los del Congreso; y, b) no limita la restricción a un período específico de tiempo, sino que la establece indefinidamente.

En nuestra opinión, las exigencias relacionadas con experiencia, estudios y publicaciones contribuirán a asegurar la idoneidad y el carácter técnico de los candidatos. Por su parte, la restricción referente a la ocupación previa de cargos públicos de elección popular intenta evitar, en la medida de lo posible, la selección de candidatos con intereses políticos o afiliaciones partidistas. No obstante, para reforzar este segundo objetivo, también se propone que dentro de los requisitos exigidos a los candidatos que se postulen a las convocatorias públicas arriba propuestas se incluya la obligación de exteriorizar de antemano los eventuales conflictos de interés que podría llegar a tener el candidato con las materias que tendrá que asumir durante el ejercicio del cargo. Para el efecto, sería conveniente exigir, por ejemplo, la declaración de: i) todos los cargos ocupados durante su vida profesional; ii) las principales personas naturales y jurídicas a las que ha asesorado profesionalmente; y, iii) las sociedades en las que ha participado y en qué calidad. Además de contribuir a transparentar estas relaciones, el contenido de estas declaraciones de eventuales conflictos de interés podría ser tenido en cuenta como un criterio adicional a la hora de evaluar el perfil del candidato. Lo anterior para evitar, en la medida de lo posible, que el elegido pueda ser influenciado en la realización de su trabajo por consideraciones personales.

Por último, y en relación con los conflictos de interés del fiscal y el procurador que sean finalmente electos, sugerimos que por medio de un proyecto de ley se exploren fórmulas para que cuando se concreten los mencionados conflictos de interés, sea una autoridad independiente (y no el vicefiscal¹³ o el viceprocurador¹⁴) quien asuma la competencia del respectivo caso. Esto, para prevenir que quien se haya declarado impedido o haya sido recusado, por su calidad de superior jerárquico de quien asume la competencia, pueda tener algún tipo de injerencia o poder sobre su decisión.

¹² Constitución Política, artículo 267.

¹³ Ley 906 de 2004, artículo 58, inciso 2º.

¹⁴ Ley 734 de 2002, artículo 88.

Adoptar una intervención focalizada de la acción penal, disciplinaria y fiscal, que priorice regiones y sectores en cada una de las entidades

Se ha demostrado que en las regiones con menor presencia o fortaleza institucional hay más posibilidades de que las instituciones sean cooptadas por poderes políticos o económicos, o de que se imponga otro tipo de institucionalidad, lo que genera un mayor riesgo de clientelismo y transacciones corruptas. Como lo sostiene el investigador Luis Jorge Garay, “el clientelismo y la captura institucional prosperan allí donde las instituciones son más débiles y eso sucede sobre todo en los municipios afectados por el conflicto armado” (García Villegas y Revelo, 2010, p. 19). Una forma de explicar cómo las instituciones son capturadas por actores distintos al Estado es a través de los conceptos de cooptación del Estado (CdE) y reconfiguración cooptada del Estado (RcdE).¹⁵ A pesar de que las regiones con debilidad institucional precisan de un cambio estructural en materia de políticas sociales para zonas periféricas y rurales, consideramos que la presencia de instituciones fuertes que se encarguen de investigar y sancionar la corrupción puede ser un primer paso para neutralizar actos de corrupción y, a su vez, evitar la CdE y RcdE.

A pesar de que las regiones focalizadas y los sectores priorizados pueden cambiar dependiendo de las labores misionales de cada una de las entidades y el nivel de riesgo en materia penal, disciplinaria o fiscal, creemos que hay ciertas regiones y sectores que por su debilidad institucional y riesgo de corrupción pueden ser comunes para las tres entidades y funcionar como guía para la priorización interna.

Focalización territorial

Sabemos que los recursos son limitados y es necesario focalizar la acción a través de la adopción de un criterio territorial, por medio del cual se priorice la intervención en los municipios con más riesgo de corrupción.

En nuestro criterio, la focalización debe realizarse teniendo en cuenta dos tipologías de sectorización ya existentes. En primer lugar, creemos que, en el marco del posacuerdo, es necesario tener en cuenta la tipología de municipios con capacidad local crítica construida por Mauricio García Villegas y su equipo en el libro *Los territorios de paz: la construcción del*

15 Mientras la CdE es un concepto que sirve para “explicar la manera como actores sociales se apoderan de las instituciones y de sus rentas”, la RcdE consiste en “la acción de organizaciones por lo general ilegales –excepcionalmente legales– que mediante prácticas ilegítimas buscan modificar, desde adentro, el régimen político de manera sistemática e influir en la formación, modificación, interpretación y aplicación de las reglas de juego y de las políticas públicas, para obtener beneficios sostenibles y lograr que sus intereses sean validados política y legalmente, y legitimados socialmente en el largo plazo, aunque estos no obedezcan al interés rector del bienestar social” (Garay et al., 2008, p. 9).

*Estado local en Colombia.*¹⁶ Del mismo modo, hemos considerado la tipología que se extrae de los municipios priorizados para implementar los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET). Estos programas buscan priorizar los territorios más afectados por el conflicto, la miseria y el abandono. Los mismos hacen parte de los compromisos adoptados en el Punto 1 del Acuerdo de Paz (Reforma Rural Integral) que busca sentar las bases para la transformación estructural del campo, crear condiciones de bienestar para la población rural y, de esa manera, contribuir a la construcción de una paz estable y duradera. La importancia de tener en cuenta los municipios priorizados para la implementación de PDET es que muchos de los municipios más golpeados por el conflicto también son los más vulnerables en términos de debilidad estatal. Además, como lo ha comprobado la literatura comparada, los procesos de transición son momentos de vulnerabilidad institucional en los que la corrupción puede aumentar y, en muchos casos, frustrar los ánimos de regeneración y reconciliación de un país. Como lo menciona la profesora Susan Rose-Ackerman, los Estados en transición a la paz suelen tener una alta debilidad institucional en muchas de sus regiones, lo que sirve de incentivo para el surgimiento de la corrupción. Esto, según Rose-Ackerman (2008), se debe a que el conflicto armado generalmente crea una “cultura de secretismo e impunidad, en la que las transacciones en beneficio propio se pueden ocultar fácilmente”.

A partir del estudio y cruce de las tipologías de municipios con capacidad local crítica y municipios priorizados para implementar los PDET, hemos encontrado que, en el corto y mediano plazo, la focalización de la acción penal, disciplinaria y fiscal debería realizarse al menos en los municipios priorizados en el Anexo de este documento. Varios de estos municipios, a su vez, se encuentran en los departamentos que, según Saavedra, Zuleta y Medellín (2018), tienen bajos indicadores de desempeño institucional (desempeño integral, fiscal y en gestión de regalías), riesgo de corrupción (índice de transparencia e índice de gobierno abierto) y bajas condiciones de vida (NBI).¹⁷ De igual forma, muchos de estos municipios coinciden con aquellos priorizados por la FGN para fortalecer sus capacidades y presencia regionales (Fiscalía General de la Nación, 2016, p. 42).

Para dar cumplimiento a esta focalización se recomienda, en primer lugar, fortalecer los recursos y las capacidades de las dependencias de la FGN, la PGN y CGR que trabajan en

16 Esta tipología está construida a partir de la conjugación de tres indicadores dirigidos a medir la capacidad institucional de los municipios del país: el índice de desempeño institucional del Departamento Nacional de Planeación (DNP), el índice de capacidad tributaria local (ICTL), y el índice de desempeño de la justicia local (IDJL). El ICTL se construye con base en las tarifas efectivas. Estas se calculan a partir del valor de los predios en los municipios y de su recaudo predial. Miden la relación entre el valor de los predios y los ingresos del municipio obtenidos por el cobro del impuesto. Para calcularla, los investigadores usaron dos variables de la siguiente forma: se dividió el recaudo predial por el valor total de los predios urbanos y rurales (avalúos) y, dado que el impuesto se maneja en una tarifa por mil, se multiplicó esta división por mil. Por su parte, el IDJL se construyó a partir de la combinación de dos dimensiones: presencia y eficacia del sistema de justicia en los municipios.

17 Los autores reunieron los departamentos en tres grupos: mientras al Grupo 1 pertenecen las entidades territoriales con las mejores condiciones de desempeño institucional y riesgo de corrupción, en el Grupo 3 están aquellas con los peores comportamientos en esas materias.

estas zonas, con el fin de tener personal capacitado para llevar a cabo la investigación de las conductas de corrupción. Este fortalecimiento implica, al menos, las siguientes acciones: i) garantizar la presencia institucional si aún no existe; ii) renovar la infraestructura y las sedes regionales en caso de que ya existan pero sean obsoletas; iii) capacitar a funcionarios e investigadores; iv) garantizar la presencia de un equipo de trabajo especializado, especialmente de policía judicial; v) fortalecer los recursos tecnológicos con los que cuentan los funcionarios; y vi) garantizar la protección de los funcionarios y su equipo de investigación.

Esta propuesta, sin embargo, no desconoce la realidad de algunos municipios del país que se encuentran cooptados por poderes ilegales, grupos armados y élites locales, y en los cuales existen diferentes manifestaciones de corrupción (Garay *et al.*, 2008, p. 9). Por eso, recomendamos *implementar un plan piloto de monitoreo y control reforzado* en estos departamentos, que se base en el control y la supervisión de las actividades de las dependencias más vulnerables. Algunas de las medidas que pueden tomarse como parte de esta propuesta son las siguientes: i) visitas periódicas de monitoreo por parte de funcionarios del nivel central encargados de la realización de esta tarea; ii) mayores garantías de seguridad para funcionarios y, iii) trasladar las investigaciones a una dependencia de otra ciudad cuando haya coacción o amenaza a los funcionarios.

Priorización sectorial

Para aumentar la probabilidad de sanción de actos de corrupción es necesario que la FGN, la PGN y la CGR prioricen algunos sectores administrativos en los que puede haber un mayor riesgo de conductas corruptas. Para proponer un modelo de priorización sectorial hemos escogido tres criterios. En primer lugar, los sectores con más riesgo de corrupción según el Índice de Transparencia de Entidades Públicas 2015-2016 construido por Transparencia por Colombia (2015-2016),¹⁸ según el cual los sectores más débiles fueron: Interior, Agricultura y desarrollo rural, y Justicia y derecho.

En segundo lugar, es importante considerar los sectores con más destinación de presupuesto en 2018, pues debido a la cantidad de recursos con los que cuentan, pueden convertirse en caldos de cultivo de corrupción. En particular, los sectores de Educación, Salud y Agua Potable se llevan una de las asignaciones presupuestales de mayor incidencia para el pe-

¹⁸ Este índice se construye a partir de información primaria (del proceso de gestión de las entidades y simulacros de petición a través de las líneas de atención y derechos de petición) y secundaria (información solicitada por Transparencia por Colombia a las entidades de control y regulación a nivel nacional y territorial) sobre el desempeño de las entidades públicas del país. La información usada para la elaboración de este índice se recolecta a través de formularios enviados por Transparencia por Colombia a cada una de las entidades públicas. Posteriormente, esta organización hace un escrutinio de la veracidad de la información proporcionada. En concreto, el índice busca medir tres aspectos: visibilidad, institucionalidad y control, y sanción de las entidades públicas.

río de 2018 (Ministerio de Hacienda, 2017). Es preciso tenerlos en cuenta no solo por la alta partida presupuestal que reciben, sino por su relación con la satisfacción de derechos fundamentales y la atención a poblaciones de especial protección.

En tercer lugar, consideramos que los órganos objeto de estudio deben prestar especial atención a los sectores que, en el marco del posacuerdo, tengan las mayores responsabilidades en materia de implementación de los acuerdos de paz: Tierras, Participación política, Seguridad y defensa y Justicia. Esto último, con el fin de evitar que el proceso de implementación de los acuerdos se convierta en un escenario de florecimiento de la corrupción.

En resumen, consideramos que la priorización sectorial de la FGN, PGN y CGR debería concentrarse en los sectores de Interior, Agricultura y desarrollo rural, Justicia y derecho, Salud, Educación, Agua potable, Tierras, Seguridad y defensa y Participación política.

Adoptar un enfoque sistémico para la investigación de la corrupción

La corrupción no es un fenómeno simple que pueda ser analizado desde un único punto de vista. Por el contrario, la aproximación para investigar este fenómeno debe darse desde una perspectiva multimodal. Entender la corrupción como un hecho sistémico es aceptar que se trata de una práctica que no solo afecta ciertos sectores económicos, sino que afecta la totalidad del aparato político, estatal y corporativo, lo que pone en riesgo el desarrollo económico y el sistema democrático de los países con altos índices de corrupción (Wallis, 2004). Por esa razón, para eliminar la corrupción sistémica de raíz es necesario un profundo cambio económico y cultural que debe reflejarse en las instituciones encargadas de investigar y sancionar la corrupción que, a su vez, deben implementar métodos de investigación que permitan abordar la complejidad de este tipo de actos.

En los últimos años, los casos más emblemáticos de corrupción (v. g. Odebrecht, Agro Ingreso Seguro, Carrusel de la Contratación, Cartel de la Toga, entre otros) han demostrado que el análisis aislado de estos escapa a la lógica de estructuras criminales que muchas veces sustentan y encubren actos de corrupción de escala global. Se requiere, entonces, un análisis que tenga en cuenta casos de corrupción a gran escala o corrupción cometida por organizaciones criminales transnacionales.

En el contexto nacional, lograr un análisis sistémico implica adoptar una metodología de investigación más compleja que el análisis individual de caso por caso que prima en varios de los órganos que investigan y sancionan la corrupción. Un buen ejemplo de este tipo de metodologías integrales es el trabajo que ha adelantado la FGN para realizar investigaciones

basadas en un análisis contextual que “pretende construir explicaciones sistemáticas sobre la actuación de las organizaciones criminales” (ICTJ, 2014). Este tipo de investigaciones permite esclarecer las relaciones entre distintos casos y entender los complejos procesos de criminalidad en las diferentes regiones y sectores. La metodología de investigación aplicada por la FGN implica: i) la construcción de contextos sociohistóricos útiles para estudiar los factores sociales, culturales, políticos, económicos, ideológicos e históricos que permitieron el surgimiento y mantenimiento de las organizaciones criminales; ii) la caracterización de la organización criminal, que “pretende determinar su composición, estructuración interna y su funcionamiento, sus planes criminales y *modus operandi*” (p. 37); y, iii) la identificación preliminar de los planes criminales de la organización, entendiendo plan criminal como “el conjunto de acciones coordinadas y concertadas de una o varias personas u organizaciones criminales para la consecución de un objetivo concreto, que se valen de los recursos a disposición de la organización” (p. 43). Este tipo de investigación, que ha sido uno de los logros de la FGN en la última década, debe seguirse aplicando al campo de los delitos relacionados con corrupción y, además, puede servir como insumo para que la PGN y la CGR implementen mecanismos contextuales de investigación.

Otro enfoque útil para aproximarse a la corrupción con un enfoque sistémico es el estudio de la criminalidad desde las redes sociales, un método que para el caso colombiano ha sido estudiado y aplicado a las redes criminales por el investigador Luis Jorge Garay (Garay y Salcedo-Albarán, 2012, pp. 25-32). El análisis de redes sirve para identificar las relaciones y los actores más importantes de una macrorred criminal. Así, una red está construida a partir de relaciones sociales entre agentes sociales disímiles (desde narcotraficantes y paramilitares hasta funcionarios públicos y líderes políticos), que pueden cumplir roles legales, ilegales o *grises* dentro de la organización criminal. Estos últimos se refieren a aquellos que cumplen un rol social legal pero un rol funcional ilegal dentro de la organización criminal (v. g. grupos de abogados o de banqueros que colaboran para que la red criminal cumpla sus objetivos). Creemos que la adopción de este tipo de análisis sirve para identificar las principales relaciones y agentes de una organización criminal, lo que permite entender su funcionamiento y planear mejores estrategias para la captura y judicialización de los responsables.

Para lograr un enfoque sistémico en la investigación de los actos de corrupción recomendamos la creación de un protocolo o política de análisis de contexto o redes criminales, que permita a las dependencias de la PGN y la CGR encargadas de investigar la corrupción la construcción de este tipo de análisis y dejar de lado la racionalidad caso a caso en el estudio de la corrupción, especialmente en aquellas situaciones en las que es razonable presumir la participación de redes criminales y la existencia de contextos de macrocriminalidad. La FGN ya cuenta con la Dirección de Investigación y Análisis de Contexto, que está legalmente encargada de cumplir esta función. No obstante, sugerimos que esta dirección, además de

contar con las capacidades técnicas para investigar contextualmente casos de corrupción, trabaje en conjunto con otras dependencias, como la Dirección Nacional Anticorrupción y, particularmente, las Direcciones Seccionales, con el fin de establecer mecanismos que permitan aplicar la metodología de priorización y análisis de contexto en las regiones.

Por último, consideramos pertinente crear mecanismos de cooperación interestatal y fortalecer los ya existentes. Muchos de los casos de macrocorrupción son indiferentes a las fronteras espaciales y su comisión se produce en diversos países. Especialmente en los temas de recolección de pruebas y persecución de bienes, es fundamental que la FGN, la PGN y la CGR puedan acceder a asistencia internacional y tener contacto con las autoridades judiciales y administrativas de otros países en los que se cometen actos corrupción juzgables en Colombia.

3. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Ampliar la conceptualización interna de corrupción y tenerla en cuenta al aplicar la política de priorización

Actualmente, la Fiscalía General de la Nación contempla la corrupción como uno de los fenómenos criminales priorizados en el Plan Estratégico 2016-2020. Sin embargo, institucionalmente hay una noción acotada de corrupción, entendida únicamente como los delitos contra la administración pública. Esta caracterización deja de lado otras conductas punibles que también se insertan dentro del concepto de corrupción, tales como la corrupción privada, el lavado de activos o la omisión de control. Es preciso que la FGN adopte una noción menos cerrada que permita evaluar en cada caso concreto si se está frente a un acto de este tipo. Sumado a esto, sugerimos que la FGN genere tipologías de corrupción que sean útiles para el desarrollo de la investigación. Estas tipologías deberán basarse en las particularidades de las diferentes formas de corrupción y los contextos en los que se gestan y, preferiblemente, ser construidas en conjunto con la UIAF, la PGN y la CGR.

Adicionalmente, la caracterización interna de corrupción puede mejorar el entendimiento que tiene la FGN con respecto a las dinámicas, causas y consecuencias de este fenómeno. Esta comprensión es fundamental para implementar acciones y modelos de investigación con una mayor probabilidad de éxito, así como para implementar la focalización de la acción

penal en temas de corrupción, de acuerdo con los objetivos del Plan Estratégico 2016-2020 de la Fiscalía.

Fortalecer y focalizar la presencia regional de la Fiscalía

Para fortalecer las capacidades de la FGN en materia de lucha contra la corrupción en las regiones, especialmente en las priorizadas, recomendamos, en primer lugar, la presencia de funcionarios judiciales competentes y especializados para conocer sobre delitos que constituyen corrupción. De lo contrario, deben otorgarse las competencias legales necesarias para conocer delitos de corrupción a los funcionarios que actualmente están presentes en los municipios, al menos de manera transitoria. Lo importante es que tanto jueces como fiscales estén legalmente facultados y técnicamente calificados para investigar y juzgar delitos de corrupción, algo que hoy en día no sucede en muchos municipios del país.¹⁹

Sin embargo, consideramos que la presencia de jueces y fiscales competentes tampoco sería suficiente si no hay investigadores de policía judicial o peritos especializados en corrupción.²⁰ La implementación de esta propuesta, no obstante, debe ser precedida por un diagnóstico de las necesidades de cada región, el número de casos que son denunciados en cada municipio, el número de casos que los fiscales reciben, la cercanía entre municipios que cuentan con funcionarios especializados y competentes y los que no, entre otras consideraciones.

De forma subsidiaria, recomendamos mejorar la comunicación y el trabajo coordinado entre los fiscales y la policía judicial de los municipios de una misma región. El propósito de este trabajo coordinado es que los recursos de un municipio puedan servir directamente a las necesidades de los aldeaños que aún no cuentan con las capacidades suficientes para investigar la corrupción.

En segundo lugar, recomendamos que la FGN focalice la acción penal en los territorios. Creemos que la lógica centralista de construcción de Estado ha homogeneizado las necesidades de los territorios y no ha tenido en cuenta las condiciones y necesidades contextuales de las regiones. Las dinámicas criminales de corrupción no necesariamente son equiparables en los diferentes territorios y pueden cambiar según la región del país, pues dependen de fac-

19 Las competencias de los fiscales para investigar están definidas por las competencias de los jueces para juzgar y, generalmente, en los municipios únicamente hay presencia de jueces municipales, quienes solo pueden conocer de las siguientes materias: i) delitos de lesiones personales; ii) delitos contra el patrimonio económico en cuantía equivalente a una cantidad no superior en pesos en ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho; iii) procesos por delitos que requieren querrela aunque el sujeto pasivo sea un menor de edad e implique investigación oficiosa (art. 37 de la Ley 906 de 2004). El principal problema es que, por su complejidad, la mayoría de conductas de corrupción grave no caben dentro de estos presupuestos fácticos y normativos.

20 Como lo muestran los investigadores Carolina Villadiego y Sebastián Lalinde (2017), los municipios tienen una precaria presencia de policía judicial, peritos forenses o defensores públicos.

tores culturales, históricos, económicos y políticos propios de cada área geográfica. Por esa razón, las direcciones seccionales y unidades locales podrían especializarse en entender las causas, las dinámicas y los actores relevantes de la corrupción en la región en la que operan y, de tal manera, intervenir de forma más temprana y efectiva en las investigaciones.

En tercer lugar, es necesario implementar un enfoque regional que permita a las direcciones nacionales concentrarse en investigar principalmente los casos con mayor relevancia pública. Por estas razones recomendamos hacer efectiva la desconcentración propia de la FGN y focalizar la acción penal en los territorios. Para ello proponemos que haya criterios más estrictos en la asignación de casos a direcciones nacionales, de suerte que excepcionalmente se asigne un caso a una dirección nacional cuando, por ejemplo: i) el caso debería involucrar a dos o más seccionales, o ii) exista un peligro para el fiscal seccional que asume el caso.

Por tal razón, consideramos que el enfoque regional podría articularse con los tres criterios de priorización con los que ya cuenta la FGN: i) objetivo;²¹ ii) subjetivo;²² y, iii) complementario.²³ Aunque la FGN ya ha propuesto algunas acciones para la regionalización de la política de priorización, aún no se han visto resultados concretos.²⁴ Recomendamos, además, que en la eventual implementación de estos planes se adopte un criterio geográfico, según las dinámicas, los actores y las problemáticas concretas de cada zona, que acompañe a los criterios subjetivos, objetivos y complementarios, y que se concentre en las zonas priorizadas que ya mencionamos.

Finalmente, debe recordarse que a través del plan Bolsillos de Cristal la FGN busca acercarse a las regiones a partir de la celebración de audiencias públicas en las que el fiscal y sus delegados recogen directamente las quejas de los ciudadanos. Así, proponemos que los casos priorizados en este plan deben asignarse a las direcciones seccionales por regla general y, solo excepcionalmente, a las direcciones nacionales. De la misma forma, si el plan Bolsillos de Cristal llegase a continuar, es necesario que esté acompañado de un fortalecimiento y articulación en las regiones, y de la creación de criterios de priorización de los casos que se recogen a través de este sistema.

21 Según la Directiva 002 de 2015 de la Fiscalía, el criterio objetivo se refiere a la “gravedad de las conductas criminales y a la importancia de adelantar su investigación y judicialización”.

22 Según la Directiva 002 de 2015 de la Fiscalía, el criterio subjetivo se refiere a la “caracterización de las personas o grupos que realizan (victimarios) o que se ven afectados (víctimas) por un fenómeno criminal”.

23 Según la Directiva 002 de 2015 de la Fiscalía, los criterios complementarios son “aquellos que se enfocan en evaluar la dificultad que representa investigar y judicializar determinadas situaciones y casos”.

24 En efecto, el Plan Estratégico 2016-2020 de esta entidad menciona que dos objetivos primordiales son “adoptar planes de priorización locales y regionales” y “adoptar planes de priorización regional en las interdependencias” (Fiscalía General de la Nación, 2016, p. 42).

Reconsiderar el enfoque de las propuestas incluidas en el Proyecto de Ley 016 de 2017 “por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción”, presentado por la FGN

Durante el último año, el fiscal general ha insistido en la necesidad de implementar una política de aumento de penas como parte de su estrategia para combatir la criminalidad y, especialmente, la corrupción.²⁵ El año pasado el fiscal presentó ante el Congreso el Proyecto de Ley “por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción”, el cual se enfoca principalmente en el aumento de penas de delitos contra la administración pública y en ampliar las hipótesis delictivas para que un mismo tipo penal sea aplicado a supuestos fácticos más amplios. Concretamente, el proyecto de ley incluye: i) nueve modificaciones a tipos penales que son, en su mayoría, ampliaciones de las hipótesis delictivas; ii) siete nuevos tipos penales; iii) cinco nuevos agravantes; y, iv) cuatro aumentos de penas a tipos penales ya existentes.²⁶

En nuestra opinión, una gran parte de los hechos constitutivos de corrupción puede traducirse en conductas punibles ya existentes en el Código Penal, y las penas establecidas actualmente para estas conductas cumplen con el principio de proporcionalidad. En ese sentido, su aumento no se encamina a la dirección más idónea y, por el contrario, sí puede causar perjuicios en el sistema penitenciario que ya sufre de altas tasas de hacinamiento.

El Proyecto de Ley 016/17 incluye varias medidas que en nuestra consideración deben reevaluarse, pues respaldan una lógica de maximalismo penal que puede ser nocivo tanto en el plano instrumental como en el plano simbólico. En el caso de la creación de tipos penales, además, se crea una abundancia de normas que generan confusión y caos entre los operadores jurídicos encargados de aplicarlas, lo que en muchos casos desemboca en la inaplicabilidad de la ley.

En general, notamos que la mayor parte de las medidas contenidas en esta ley no tiene un sustento empírico y dogmático que permita justificar su creación, sino que son una reacción a los recientes escándalos relacionados con corrupción que han permeado la opinión

25 El Espectador (2017). Fiscal propone revisar la laxitud de penas para combatir la corrupción. 24 de noviembre. Recuperado de <https://www.elspectador.com/noticias/judicial/fiscal-propone-revisar-laxitud-de-penas-para-combatir-la-corrupcion-articulo-724978>; El Tiempo (2017). Fiscal Néstor Humberto Martínez abre la puerta al aumento de penas. 24 de noviembre. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/fiscal-nestor-humberto-martinez-abre-la-puerta-para-aumentar-penas-154940>

26 Según el reciente estudio del Ministerio de Justicia y el Observatorio de Política Criminal titulado *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*, desde 2000 hasta 2016 se han expedido un total de 53 leyes tendientes a aumentar las penas o ampliar las hipótesis delictivas. Específicamente, en el mencionado período se introdujeron 86 aumentos punitivos, se crearon 66 nuevos tipos penales y se amplió el espectro de aplicación de 93 tipos penales. Estas cifras, según el citado estudio, hacen referencia al valor total de modificaciones realizadas durante 2000 y 2016. Se tienen en cuenta tanto las modificaciones que se encuentran actualmente vigentes, como aquellas que fueron excluidas del ordenamiento jurídico, ya sea por derogatoria o declaratoria de inconstitucionalidad.

pública. Como respuesta a esto creemos que, desde la FGN, la solución no debería ser un aumento de penas o la creación de tipos penales, sino el fortalecimiento de las etapas de indagación e investigación, así como de los mecanismos existentes para identificar conductas de corrupción. Además, como se mencionó, es preciso considerar la importancia de enfocarse no solo en la persecución individual sino en la desarticulación y la descapitalización de las organizaciones criminales.

Construir y publicar estadísticas sobre la aplicación del principio de oportunidad y la celebración de preacuerdos, y generar un indicador de la gestión institucional mediante el cual se evalúe la legalidad en la aplicación de estos beneficios

Actualmente, la FGN no cuenta con estadísticas públicas y actualizadas sobre la aplicación del principio de oportunidad²⁷ y la celebración de preacuerdos²⁸ por parte de fiscales. De igual forma, tampoco es posible saber por qué delito estaban siendo juzgados los procesados a quienes se les otorgan estos beneficios o en qué regiones del país están siendo aplicados. Nuestra primera recomendación sobre este asunto está encaminada a aumentar la publicidad de los procesos misionales de la FGN. En ese sentido, sugerimos que la Fiscalía publique estadísticas sobre la forma en que se aplican el principio de oportunidad y los preacuerdos, con el fin de saber en qué regiones se aplican más estos beneficios, por qué delitos es más frecuente aplicarlos o cuántos principios de oportunidad son declarados ilegales por parte del juez. De esta forma, no solo la ciudadanía adquiere un mapa más amplio de la aplicación de estas figuras y puede hacer control a la labor misional de la FGN, sino que esta entidad estaría en capacidad de crear estrategias dirigidas a mejorar la aplicación de principios de oportunidad y la celebración de preacuerdos, y así evitar la captura del sistema penal.

En el mismo sentido, consideramos fundamental que la FGN incluya dentro de la medición de su gestión institucional un criterio de “eficacia en la aplicación de los principios de oportunidad y celebración de preacuerdos” que evalúe: i) el nivel de cumplimiento de los requisitos legales para la aplicación del principio de oportunidad y la celebración de preacuerdos por parte de fiscales; ii) los activos que han sido recuperados gracias a la aplicación del principio de oportunidad o la celebración de preacuerdos; iii) las víctimas que han sido reparadas como parte de la aplicación del principio de oportunidad; y iv) los sujetos activos

27 El principio de oportunidad es uno de los mecanismos que posee la FGN para terminar anticipadamente el proceso penal. Su aplicación consiste en la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal por parte de la FGN en determinado caso, previa comprobación de que su aplicación coincide con una de las causales consagradas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal y se cumplen las condiciones legales que este código exige.

28 La FGN puede celebrar preacuerdos con la persona imputada/acusada en los que esta se declara culpable a cambio de la modificación en los términos de la imputación, siempre y cuando reintegre al menos el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial que obtuvo a partir de la comisión de un delito y cumpla con la reparación correspondiente (ver Ley 906 de 2004, artículos 349-352).

que se han judicializado gracias a la aplicación del principio de oportunidad. En todo caso, queremos aclarar que nuestro objetivo no es desincentivar el uso de estas figuras, sino salvaguardar la integridad de su aplicación. Esto es necesario para potenciar su eficacia como mecanismos de política criminal y como herramientas para dismantelar las redes criminales de corrupción.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Conceptualizar el fenómeno de la corrupción para articular las faltas disciplinarias que están relacionadas

Actualmente, la Procuraduría General de la Nación no cuenta con una definición interna de corrupción ni con una lista de faltas disciplinarias que se asimilen a corrupción. Esta falta de precisión tiene implicaciones negativas en la investigación y sanción de la corrupción, puesto que las dependencias no cuentan con una caracterización institucionalizada que les permita unificar las estrategias de priorización de las faltas disciplinarias. Por ello proponemos que la PGN adopte una definición concordante con los actos de corrupción incluidos en el artículo VI de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC).²⁹ En efecto, en el fallo del 15 de noviembre de 2017, el Consejo de Estado se remite a estos actos para delimitar la competencia de la Procuraduría en el juzgamiento de funcionarios públicos elegidos popularmente, a quienes solo puede investigar y sancionar por actos de corrupción.

Adopción de planes de intervención focalizada en regiones y sectores

Recomendamos que la PGN adopte un plan de intervención regional. Hasta ahora no ha publicado ningún plan de gestión para el período vigente en el que se muestre a las regiones como focos de intervención importantes. De igual forma, es deseable que aumente su presencia en los departamentos priorizados, para lo cual la recomendación “Adoptar una inter-

²⁹ Los actos a los que se refiere este artículo son los siguientes: “a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b) el ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c) la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d) el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e) la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

vención focalizada de la acción penal, disciplinaria y fiscal, que priorice regiones y sectores en cada una de las entidades” es una posibilidad por considerar, pues sería deseable mayor presencia territorial de la Procuraduría.³⁰ Como la FGN, consideramos que la PGN también debe aumentar sus capacidades de investigación, para esto es necesario que se cuente con personal especializado, y, en particular, con presencia de policía judicial en estas regiones. Por ello recomendamos que la Unidad de Investigaciones Especiales –dependencia de la PGN encargada de prestar apoyo técnico-científico para las investigaciones disciplinarias y que tiene funciones de policía judicial por delegación expresa del procurador– pueda tener una mayor intervención en las regiones.

En cuanto a la priorización sectorial, recomendamos la construcción de un plan de intervención en el que se prioricen los sectores con más riesgo de corrupción y se presenten reportes de gestión periódicos. Para esto sugerimos tener en cuenta los sectores que señalamos en la recomendación mencionada.

Tanto en la focalización regional como en la priorización sectorial, la PGN debe desplegar proactivamente sus tres funciones (preventiva, disciplinaria y de intervención). De igual forma, recomendamos que refuerce su función de órgano garante de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, principalmente en los sectores priorizados y en las zonas focalizadas, teniendo en cuenta que muchos de estos obtuvieron un puntaje bajo en el Índice de Transparencia de Entidades Públicas (Transparencia por Colombia, 2015-2016), y que el cumplimiento de esta ley por parte de las entidades territoriales y las dependencias regionales de las entidades públicas es aún muy precario.

Adoptar criterios de priorización para elevar la importancia de las investigaciones disciplinarias relacionadas con corrupción

La PGN ha hecho esfuerzos de priorización y ha creado el Grupo Élite Anticorrupción, que surge para conocer exclusivamente de ciertos procesos disciplinarios relacionados con corrupción cuya competencia sea del procurador general y este se los haya encargado especialmente. Sin embargo, los criterios que adopta este grupo para determinar los casos de su competencia no pueden entenderse como verdaderos criterios de priorización, pues no son aplicados por todas las dependencias y, por ende, no son una política transversal de la entidad.

³⁰ En los informes de gestión y planes estratégicos de esta entidad no es posible encontrar planes de focalización o intervención territorial. Actualmente, el país cuenta con menos de 80 procuradurías regionales, distritales y provinciales ubicadas en ciudades y municipios del país. Frente a la priorización sectorial, hasta ahora la PGN no ha publicado los sectores en los que pretende tener mayor vigilancia e investigación de la corrupción.

Creemos que la PGN puede priorizar los casos más importantes a través de la canalización de recursos y capacidades a la investigación y sanción de los hechos que considera más relevantes para la lucha contra la corrupción. De esta manera, proponemos que la PGN, luego de conceptualizar y transversalizar la noción de corrupción, adopte criterios de priorización que se enfoquen en dos aspectos: i) la gravedad de la falta disciplinaria; y ii) los actores que cometen las faltas disciplinarias (v. g. funcionarios de las ramas Legislativa y Ejecutiva, y funcionarios elegidos popularmente), y que son afectados por faltas disciplinarias (v. g., poblaciones vulnerables como niños, niñas y adolescentes, comunidades minoritarias, etc.). En todo caso, también sugerimos que la PGN otorgue un peso específico a cada uno de estos criterios, con el fin de evitar el exceso de discrecionalidad en la priorización.

Frente al primer criterio consideramos que las conductas priorizables pueden ser aquellas que afecten en mayor medida a poblaciones vulnerables y que tengan un mayor impacto en el patrimonio público o en los recursos de las entidades territoriales. En cuanto al segundo criterio, las investigaciones de la PGN deberían enfocarse en los actores responsables de las faltas disciplinarias que constituyen corrupción en los sectores y las regiones con más repercusiones negativas a causa de la corrupción, como se mencionó en una de las recomendaciones generales. Este tipo de priorización también deberá tener en cuenta el enfoque sistémico que mencionamos, y concentrarse en casos que permitan conocer la estructuración de redes criminales de corrupción.

En todo caso, somos conscientes de que la existencia de criterios de priorización puede ser ineficaz si no se acompaña de una instancia que coordine su aplicación. Por ende, sugerimos que el procurador general³¹ cree un grupo especial encargado de velar por el cumplimiento de los criterios de priorización por parte de las distintas dependencias de la PGN. Este grupo también estaría encargado de recolectar y sistematizar la información que permita dar cuenta de las dinámicas y causas estructurales de las faltas disciplinarias constitutivas de corrupción.

Fortalecer las capacidades de la Unidad de Investigaciones Especiales

A pesar de que esta dependencia es fundamental en la investigación de la corrupción, pues presta una colaboración técnica que muchas dependencias necesitan para llevar a cabo sus investigaciones, creemos que el talento humano de la Unidad Anticorrupción al interior de la Unidad de Investigaciones Especiales de la PGN puede no ser suficiente para atender el

31 Ver la función que le otorga el numeral 30 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000.

número de casos de corrupción que vigila disciplinariamente esta entidad.³² Según datos del Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad (SIRI) y del Sistema de Información de Gestión Documental Electrónico y de Archivo (Sigdea) de la PGN, entre 2008 y 2016 se registraron alrededor de 1400 sanciones de las faltas disciplinarias que en el Cuaderno 56 de Fedesarrollo se caracterizan como actos de corrupción.³³ Si se tiene en cuenta que la Unidad de Investigaciones Especiales se encarga de apoyar la investigación de conductas relacionadas con todo tipo de faltas disciplinarias, consideramos que las capacidades de esta dependencia son insuficientes para brindar un apoyo técnico de calidad en las investigaciones de alto impacto relacionadas con corrupción.

Por tanto, como parte de la política de priorización y canalización de recursos propuesta, recomendamos aumentar la asignación de recursos y capacidades de la Unidad Anticorrupción de la Dirección de Investigaciones Especializada, y que este recurso también esté disponible en las procuradurías regionales y provinciales.

Reconsiderar la utilidad de la función de intervención de la Procuraduría en procesos penales para así liberar recursos y destinarlos a la lucha contra la corrupción

Frente a la intervención de la PGN en el proceso penal, pensamos que debe ser revaluada, pues en la mayoría de casos puede resultar innecesaria debido a las características del modelo adversarial propio del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2014).³⁴ Este tema fue contemplado por el Gobierno nacional en la exposición de motivos del Acto Legislativo 02 de 2003, al considerar que en el nuevo esquema de juzgamiento penal el rol del Ministerio Público debía ser revaluado.³⁵ De forma similar, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que, desde la entrada en vigencia de este sistema, la intervención de la PGN “es contingente –en tanto puede o no ejercerla–.³⁶ Es decir, el Ministerio Público no tiene

32 La Unidad Anticorrupción cuenta con tres áreas de especialidad para fines de distribución interna del trabajo: i) área de ingeniería civil, arquitectura y obras; ii) área financiera; iii) área de informática y criminalística. Mientras la primera cuenta con 10 funcionarios, la segunda tiene 16 y la tercera 9. Además, esta nómina de la Unidad Anticorrupción también cuenta con una planilla de 7 técnicos investigadores grado 11; 2 técnicos investigadores grado 17 y un técnico investigador grado 15.

33 Esta información se basa en los datos proporcionados por la Procuraduría General de la Nación como parte de la respuesta a una solicitud de información pública hecha por Dejusticia.

34 Como hemos dicho, consideramos que no es necesaria la PGN en un sistema penal de partes, y mucho menos con la presencia de un juez que ya se encarga de la mayor parte de funciones que el artículo 111 de la Ley 906 de 2004 le otorga a la PGN. Incluso, en su naturaleza residual y excepcional, consideramos que la intervención del Ministerio Público no tiene la vocación de generar impacto en el proceso penal, y mucho menos en aumentar la probabilidad de sanción de los delitos relacionados con corrupción, pues no debe ni está facultado para intervenir directamente en las decisiones que toman los fiscales o jueces.

35 Al respecto se dijo: “es evidente que al modificarse el sistema, trasladando algunas de las funciones judiciales que desempeña la Fiscalía a la judicatura [...] el papel del Ministerio Público dentro del esquema propuesto, al menos durante las etapas previas, es innecesaria” (Congreso de la República, 2002, p. 223).

36 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de octubre de 2011. Proceso No. 30592. M. P. Leonidas Bustos.

una función lo suficientemente activa en el proceso del sistema penal acusatorio, pues sus funciones se asimilan directamente a las del juez, especialmente al de control de garantías.³⁷ Además, no cuenta con facultades lo suficientemente vinculantes para asegurar la garantía de los derechos procesales de las partes e intervinientes, pues excepcionalmente puede solicitar pruebas y sus intervenciones no tienen la suficiente vinculatoriedad para considerarse fundamentales en el proceso penal.

En nuestra opinión, esta consideración es relevante para este estudio en la medida en que, a través de la función de intervención en materia penal, la PGN no ejerce una labor lo suficientemente determinante para potenciar la investigación y sanción de la corrupción. Por el contrario, los recursos, las capacidades y el talento humano que actualmente son destinados a la intervención penal podrían ser redirigidos –al menos en parte– a fortalecer las funciones de prevención y disciplinaria, mediante las cuales su probabilidad de éxito e incidencia para luchas contra la corrupción es mayor.

La materialización de esta propuesta no implica un simple cambio organizacional, sino una modificación institucional y normativa. En efecto, esta propuesta conlleva una modificación del artículo 250 de la Constitución Política, la Ley 906 de 2004 y el Decreto 262 de 2000.

Fortalecer las acciones encaminadas a velar por el cumplimiento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Debe recordarse que una de las condiciones para que florezca la corrupción, según la fórmula de Klitgaard, es la falta de rendición de cuentas (*accountability*). La transparencia, entendida como la divulgación de información pública y de interés público a través de distintos medios, es una forma de rendición de cuentas social y permite potenciar la confianza en las instituciones. Asimismo, la transparencia constituye un arma en la lucha contra la corrupción en la medida en que es una condición necesaria pero no suficiente para prevenirla (Lindstedt y Naurin, 2010, pp. 301-322; Bac, 2001, pp. 87-96). Por esa razón, como medida preventiva de la corrupción, es necesario fomentar el cumplimiento de las obligaciones consagradas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley 1712 de 2014), cuya entidad garante es el Ministerio Público en cabeza de la Procuraduría.

³⁷ Esto se puede ver directamente en las atribuciones que el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 le concede a la Procuraduría, pues se refieren principalmente a una obligación de procurar que el proceso se lleve a cabo con integridad y en respeto del debido proceso, y no tiene herramientas para que sus decisiones tengan algún peso vinculante. Además, el juez de control de garantías tiene facultades expresas para garantizar los derechos fundamentales de las partes e intervinientes, pues la legitimidad de muchos de los actos en la etapa de investigación –recolección de elementos materiales probatorios, captura en flagrancia, etc– depende del estudio de legalidad que realice este juez (Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Por tanto, como medida general, en primer lugar sugerimos que la PGN se empodere de su facultad de líder del Ministerio Público y haga uso de sus funciones preventivas, disciplinarias y de intervención para cumplir con los deberes que exige la Ley de Transparencia y Acceso a la Información (Ley 1712 de 2014).³⁸ Específicamente, la PGN debe establecer qué sanciones o faltas disciplinarias deben aplicarse ante el incumplimiento de esta ley, pues actualmente no existe un régimen de sanciones sistematizado y público. Si el incumplimiento se juzga a partir de las faltas disciplinarias incluidas en el Código Disciplinario Único, entonces deberá delimitar cuáles son aplicables para tal fin. Si, por el contrario, se trata de sanciones distintas, la PGN tendrá que construir las y proponer un proyecto de ley en el que se incluyan.

Asimismo, debe establecer planes anuales de prevención y seguimiento en materia de promoción de la Ley de Transparencia. En concreto, se recomienda que estos planes sean públicos e incluyan las actividades, las entidades a las que se hará seguimiento y las regiones donde se focalizarán las iniciativas de prevención. Como medida preventiva, además, la PGN debe promover en las demás entidades el cumplimiento de deberes como la divulgación proactiva de información obligatoria³⁹ y la carga de la prueba referida en el artículo 28 de la Ley de Transparencia.

En segundo lugar, notamos que existe un retraso generalizado en la divulgación de planes, informes y reportes misionales del Comité Interinstitucional o de Transparencia y Derecho de Acceso a la Información,⁴⁰ y del Grupo de Transparencia, Integridad y Cultura de lo Público.⁴¹ Por ello, recomendamos la elaboración y publicación de informes periódicos de gestión.⁴² Además, recomendamos incrementar la periodicidad de la publicación de los informes de tutela y acceso a la información, y publicar informes relativos al cumplimiento y las decisiones de recursos de insistencia.

Finalmente hay que recordar que, más allá de su función de órgano garante del derecho de acceso a la información pública, la PGN también debe cumplir con las exigencias y los deberes que impone la Ley de Transparencia a todas las entidades públicas. Actualmente, el cumplimiento de la ley por parte de la PGN es insuficiente, lo que resta legitimidad a su

38 Ver el artículo 23 de la Ley 1712 de 2014, Resolución 282 de 2014 y Resolución 077 de 2017.

39 Ver los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 1712 de 2014.

40 Este comité es creado por la Resolución 282 de 2014.

41 Este grupo es creado por la Resolución 077 de 2017 y está encargado de coordinar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la garantía de la Ley de Transparencia.

42 Actualmente es posible encontrar tres informes de gestión realizados por el Grupo de Transparencia, Integridad y Cultura de lo Público, que corresponden a 2014, 2015 y 2016. Sin embargo, no hay información acerca de las acciones que se han realizado en 2017, lo cual demuestra que la Procuraduría entiende la rendición de cuentas, al menos en lo que atañe su rol de transparencia, como un ejercicio anual y aislado en lugar de un ejercicio constante de cara a la ciudadanía.

función de órgano garante y muestra un desinterés por apropiarse de los postulados de la transparencia y el acceso a la información.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Formular criterios que permitan identificar las conductas generadoras de responsabilidad fiscal relacionadas con actos de corrupción

Entre los cinco objetivos corporativos planteados en el Plan Estratégico 2014-2018 de la Contraloría General de la República se encuentra la “lucha frontal, oportuna y efectiva contra la corrupción e inadecuada gestión de los recursos públicos”. Sin embargo, no es claro cuáles son las conductas investigadas a las que se les piensa dar ese tratamiento frontal, oportuno y efectivo, pues la CGR no parece haber definido una postura institucional sobre lo que significa corrupción en materia fiscal.

Por una parte, existen algunos indicios que nos permitirían concluir que en lugar de hacer referencia a la corrupción, el objetivo corporativo antes citado constituye un propósito general de mejora de la efectividad y oportunidad de la investigación y sanción de todas las conductas que investiga la entidad. Por ejemplo, si bien todas las preguntas de nuestro primer derecho de petición estuvieron enfocadas a averiguar sobre “los hechos generadores de responsabilidad fiscal que según la Contraloría constituyen actos de corrupción”, las respuestas dadas omitieron de manera sistemática esta especificación, refiriéndose, en general, a los hechos generadores de responsabilidad fiscal de los que conoce la entidad. De hecho, en una de las respuestas fue clara al señalar que

... una vez se encuentran determinados los elementos de que trata el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, se da inicio a un proceso de responsabilidad fiscal [...], *sin que sea requisito establecer adicionalmente si la conducta desplegada por el gestor fiscal configura a su vez actos de corrupción como se indica en su pregunta* (énfasis agregado).

Sin embargo, otros hallazgos de la investigación dan a entender que el carácter corrupto de una conducta generadora de responsabilidad fiscal es determinado por la CGR a partir de su cuantía, su trascendencia y de las circunstancias especiales de cada caso. Así, actualmente la investigación y sanción de los llamados “casos de corrupción” es asumida por la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción (en adelante Unidad Anticorrupción) o por los Grupos de Reacción Inmediata (GRI). No obstante, para determinar qué procesos de responsabilidad fiscal se abren bajo la competencia de estas dos dependencias, lo que hace

la CGR es seleccionar los *casos que tienen especial trascendencia social y económica en el país y frente a la opinión pública y, por ende, generen gran impacto social y económico a los intereses patrimoniales del Estado*. En esa medida, el contralor cuenta con discrecionalidad para escoger los casos que, a partir de esos criterios deben ser declarados de impacto nacional, y, en consecuencia, deben ser asumidos por alguna de estas dos dependencias.

En nuestra opinión, tanto la ausencia de criterios objetivos de identificación de los casos de corrupción, como la excesiva discrecionalidad que radica en el contralor pueden eventualmente mermar las capacidades que tiene la CGR para priorizar la investigación y sanción de la corrupción. Por ello, es indispensable que se generen criterios que permitan identificar, de manera objetiva, las conductas generadoras de responsabilidad fiscal que están relacionadas con actos de corrupción y que, por ende, deben ser asumidas por la Unidad Anticorrupción o por los GRI. Para el efecto, consideramos aconsejable que la Contraloría articule los elementos que integran la responsabilidad fiscal⁴³ con los tres elementos que componen un acto de corrupción, a saber: i) un abuso o desviación de un poder encomendado (que puede ser público o privado); ii) un beneficio económico privado (directo o indirecto y que puede ser personal o para un tercero); y, iii) en detrimento del interés general.

Generar y hacer transparentes criterios objetivos tanto para la selección de los entes que serán objeto de control fiscal para cada vigencia, como para la priorización de los procesos de responsabilidad fiscal

Dos de las funciones más relevantes de la CGR son: i) ejercer el control fiscal, y, ii) establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. De conformidad con el artículo 267 de la Constitución Política, el control fiscal se ejerce en forma selectiva, es decir, a partir de la elección de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades. Por el contrario, el proceso de responsabilidad fiscal debe abrirse de manera obligatoria en todos los casos en los que se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado y haya indicios serios sobre los posibles autores de dicho daño.⁴⁴ Sin embargo, eso último no es óbice para que la CGR pueda priorizar determinados procesos de responsabilidad fiscal, para poder atenderlos con mayor celeridad que los demás.⁴⁵

43 A saber: i) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; ii) un daño patrimonial al Estado; y, iii) un nexo causal entre los dos elementos anteriores. Una vez se comprueba la existencia de esos tres elementos, la CGR puede proceder a declarar la responsabilidad fiscal.

44 Ley 610 de 2000, artículo 40.

45 Cabe aclarar que dicha priorización no implica la posibilidad de que la CGR pueda decidir si investiga o no un determinado hallazgo fiscal o denuncia, sino que simplemente permite la reorganización del talento humano y los recursos de la CGR de manera estratégica, buscando

Infortunadamente, tanto la *selección* de los entes que serán objeto de control fiscal como la *priorización* de los procesos de responsabilidad fiscal son adelantados con excesiva discrecionalidad, y hacen que gran parte de la selección y priorización pase a depender del carácter mediático de ciertos escándalos de corrupción, y, en general, de las decisiones del contralor en curso. Por eso, para dotar de transparencia y objetividad al ejercicio de ambas funciones, es indispensable que se generen y exterioricen criterios que permitan determinar de manera objetiva y transparente los entes que serán objeto de control fiscal para cada vigencia, y los procesos de responsabilidad fiscal que deben ser priorizados. Además, debe ser claro el peso específico que se le otorga a cada criterio. Al respecto, si bien somos conscientes de que la discrecionalidad del contralor es un factor importante para tener en cuenta, durante la ponderación de los diferentes criterios su opinión no debe tener un peso mayor que el de los criterios técnicos utilizados.⁴⁶

En el caso de la *selección* de los entes que serán objeto de control fiscal para cada vigencia, los parámetros establecidos en la Guía de Auditoría con Enfoque Integral son un gran avance. Sin embargo, es necesario: i) que los indicadores financieros y no financieros que se utilizan en la Matriz de Importancia Relativa sean siempre los mismos, independientemente del año, y sean expuestos en la mencionada Guía. Esto, sin perjuicio de que cada año la alta dirección de la CGR pueda introducir nuevos indicadores, lo cuales deben estar debidamente sustentados para asegurar que no respondan a intereses particulares del contralor; ii) que se definan de forma taxativa los posibles insumos o fuentes (resultados de auditorías anteriores, de la atención de denuncias, de los controles en tiempo real, informes sectoriales, etc.) a partir de los cuales se asignarán los pesos de cada macroproceso, proceso y factor de riesgo introducido en la Matriz de Nivel de Riesgo para cada entidad, así como el peso específico que tiene cada insumo o fuente. Nuevamente, sin perjuicio de que cada año la alta dirección de la CGR pueda introducir nuevos indicadores, con la debida sustentación; y, iii) que las prioridades nacionales que define la alta dirección de la CGR tengan un peso igual que los demás criterios utilizados, y no los subordinen.

Por su parte, en la *priorización* de los procesos de responsabilidad fiscal sugerimos motivar la idea de “impacto” de los casos cuyo contenido depende actualmente de la discrecionalidad del contralor. Somos conscientes de que en su decisión el contralor toma en consideración factores como la cuantía, la trascendencia y las circunstancias especiales de cada caso. Con todo, no existen parámetros que permitan determinar claramente cuáles cuantías resultan de impacto, qué hechos revisten trascendencia, o qué circunstancias especiales

así aumentar la eficiencia y eficacia de la acción fiscal. Esto, en virtud del artículo 34 del Decreto-Ley 267 de 2000, que le asigna al contralor general de la República la función de definir los instrumentos de organización del sistema de trabajo para el cumplimiento de la misión institucional de la CGR.

46 A saber: i) su nivel de importancia relativa; ii) su nivel de riesgo; y, iii) una matriz de control.

tienen más relevancia que otras. Por eso, proponemos definir criterios que sean medibles, y que permitan identificar los casos que requieren de una mayor celeridad tanto en la asunción como en la recolección de pruebas, y que, por ende, deben ser asumidos por la Unidad Anticorrupción o por los GRI. Para el efecto, proponemos tener en cuenta tanto lo que resulte de la articulación de los elementos que integran la responsabilidad fiscal con los dos elementos que componen un acto de corrupción, como los criterios objetivos, subjetivos y complementarios que fueron incluidos en la estrategia de priorización adoptada por la FGN en la Directiva 001 de 2012 y modificada en la Directiva 002 de 2015.

Aprovechar las capacidades institucionales y organizacionales con las que cuenta la CGR en materia de seguimiento al Sistema General de Participaciones y de Regalías, para ejercer vigilancia y control sobre los cupos indicativos

La CGR tiene competencia para ejercer de forma prevalente⁴⁷ y en coordinación con las contralorías territoriales, la vigilancia sobre el Sistema General de Participaciones⁴⁸ constituido por los recursos que, por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, la nación transfiere a las entidades territoriales para la financiación de los servicios de salud y educación, y los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico que estén a su cargo (más un porcentaje de libre destinación). Asimismo, es competente para ejercer vigilancia y control sobre los recursos del Sistema General de Regalías,⁴⁹ compuesto por las contraprestaciones económicas que se causan a favor del Estado por la explotación de un recurso natural no renovable,⁵⁰ que sean asignadas para los departamentos, municipios o distritos.⁵¹

Para el ejercicio de estas competencias, la CGR cuenta con el Sistema de Vigilancia Especial al Sistema General de Participaciones,⁵² cuya coordinación general está a cargo y bajo la responsabilidad del grupo del Sistema Especial de Vigilancia al Sistema General de Participaciones, adscrito a la Contraloría Delegada para la Vigilancia Fiscal del Sector Social de la

47 De acuerdo con el artículo 7 de la Resolución Orgánica 5678 de julio de 2005, tiene competencia prevalente para avocar las acciones de vigilancia y control fiscal de dichos recursos cuando exista falta de capacidad para el ejercicio de la competencia concurrente por una contraloría departamental, distrital o municipal; cuando la CGR tenga graves indicios de la falta de efectividad u objetividad de la auditoría que se haya practicado para la vigencia anterior; o, en el evento de presentarse incumplimiento de sus obligaciones de reporte por parte de las contralorías territoriales, que impidan el seguimiento, control y verificación a los recursos del Sistema General de Participaciones.

48 Ley 715 de 2001, artículo 89.

49 Ley 141 de 1994, artículos 14 y 15.

50 Constitución Política, artículo 361.

51 Incluso, en esa materia la ley ha dotado a la CGR de la facultad de acceder, a través de las entidades públicas competentes, a la información financiera, tributaria, aduanera y contable concerniente a las empresas titulares de licencias de explotación de recursos naturales no renovables, y a terceros contratistas de la misma para verificar la veracidad de la información suministrada por las empresas licenciatarías, o cuando existan graves indicios de defraudación al Estado por parte de las mismas o del grupo empresarial al que pertenezcan (Ley 1530 de 2012, art. 14, pará. 3º).

52 Resolución Orgánica 5678 de 2005.

CGR. Por su parte, en materia de regalías la CGR cuenta con el grupo para el conocimiento y trámite de Procesos de Responsabilidad Fiscal del Sistema General de Regalías, adscrito a la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción.⁵³

En materia organizacional, durante la administración del contralor Edgardo Maya (2014-2018) se ha diseñado una estrategia que permite evaluar el control de gestión (procesos administrativos, presupuestales, contractuales), control de resultados (cumplimiento de planes, programas, proyectos y metas), control financiero, de legalidad y de los mecanismos de control en los 32 departamentos, las 32 capitales y mínimo tres municipios de cada departamento, priorizados por la existencia de eventos de riesgo que pueden afectar la ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones y el cumplimiento de las metas establecidas por el Gobierno nacional. Igualmente, en la actualización de marzo de 2015 de la *Guía de auditoría* de la CGR se incorporó un capítulo con un procedimiento especializado para la vigilancia y el control fiscal de los recursos del Sistema General de Regalías, como primer procedimiento por tipología, en donde la unidad de evaluación principal para las entidades territoriales son los proyectos de inversión.

De esta manera, consideramos que la CGR debe aprovechar las fortalezas institucionales y organizacionales con las que ya cuenta para vigilar las participaciones y regalías, a fin de ejercer vigilancia y control sobre la distribución, la administración y el manejo de los recursos provenientes de las partidas de desarrollo regional del Presupuesto General de la Nación. En concreto, sugerimos que a los grupos de vigilancia especial que existen en materia de regalías y participaciones se les asigne también la tarea de vigilar y ejercer control fiscal sobre la distribución y ejecución de estas partidas regionales. Asimismo, que para su vigilancia y control se utilicen los procedimientos especializados que, como se dijo, han sido originalmente diseñados para la vigilancia y el control fiscal de los recursos de los sistemas generales de regalías y participaciones. Lo anterior, para asegurar que esa asignación de recursos públicos sea la más conveniente para maximizar sus resultados, que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo, y que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con las necesidades de las entidades territoriales receptoras, y no con las necesidades de campaña electoral de los congresistas.

53 Resolución Orgánica 7317 de 2013 y Resoluciones OGZ 0169 y 170 del 5 de febrero de 2015.

Explotar las herramientas de control interno de las entidades y las de especial seguimiento de la CGR, para generar alertas sobre riesgo de daño patrimonial cuando aún se desarrollan los actos de gestión fiscal

Si bien la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la función de advertencia con la que contaba la CGR, todavía existen en el ordenamiento jurídico otras alternativas para generar una alerta sobre el riesgo de ocurrencia de un daño al patrimonio del Estado cuando aún se desarrollan los actos de gestión fiscal.

Por un lado, se encuentra el sistema de control denominado “evaluación del control interno”, por medio del cual la CGR efectúa “el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les pueda otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos” (Contraloría General de la República, 2015, p. 12). Así, la CGR tiene la capacidad de influir en el mejoramiento de los sistemas de control interno **que las propias entidades y organismos del Estado**⁵⁴ están obligados a diseñar e implementar.⁵⁵ A diferencia del control fiscal externo, el control interno se entiende como parte del proceso administrativo y corresponde adelantarlo a los administradores. En esa medida, cuenta con oportunidades propias en todos los momentos del cumplimiento de la función administrativa, y puede ejercerse de manera previa, concomitante o posterior. No obstante, para aprovechar esas oportunidades es necesario mejorar los sistemas de control fiscal interno actuales y su articulación con el sistema de control fiscal de las contralorías, para lo cual es indispensable que el contralor haga un uso provechoso de la facultad que tiene para emitir conceptos sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y los organismos del Estado.⁵⁶

Por otro lado, en virtud de sus atribuciones constitucionales de información, observación y verificación de la gestión fiscal,⁵⁷ la CGR también cuenta con la figura del especial seguimiento,⁵⁸ que consiste en

54 Según el artículo 5º de la Ley 87 de 1993, el sistema de control interno “se aplicará a todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles así como en la organización electoral, en los organismos de control, en los establecimientos públicos, en las empresas industriales y comerciales del Estado en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, en el Banco de la República y en los fondos de origen presupuestal”.

55 Ver artículos 209 inciso 2º y 269 de la Constitución Política.

56 Constitución Política, artículo 268, num. 6º.

57 Al respecto, Edgardo Maya Villazón, contralor general de la República, considera que “si bien es cierto que por virtud de la sentencia C-103 de 2015, se privó a la Contraloría de la potestad de advertir sobre casos de inminente afectación al patrimonio público, también es cierto que, con fundamento en las atribuciones constitucionales de información, observación y verificación de la gestión fiscal y en ejercicio de la potestad reglamentaria, que se le confiere al contralor general de la República, se han implementado *nuevos y adicionales procedimientos de auditoría* que le permitirán contribuir a la toma de conciencia por parte de los gestores fiscales y de la comunidad misma, sobre los deberes de una verdadera rentabilidad social en la administración de recursos públicos a cargo de los sujetos públicos y privados” (Contraloría General de la República, 2017, p. 24).

58 Creada por el Decreto-Ley 267 de 2000, artículo 55, numeral 8º, y en la Resolución Orgánica 6680 de 2012.

... el examen continuo y sistemático sobre el avance y el logro de objetivos de una *política, programa o proyecto, formulados para un período determinado y un presupuesto específico*, con el fin de determinar el modo como están siendo implementados. Esta modalidad implica la *recolección y análisis permanente* de información útil para tomar decisiones de vigilancia y control fiscal, *durante la implementación de la política, programa o proyecto, con base en la comparación entre los resultados esperados y el Estado de avance de los mismos*⁵⁹ (énfasis agregado).

En particular, dicho seguimiento se encuentra asociado al *monitoreo en tiempo real* de los aspectos operativos del programa o proyecto que se esté siguiendo, a fin de generar datos de forma periódica que pueden ser usados para el seguimiento o la evaluación de dichos programas o proyectos. Además, los resultados de estos seguimientos se consignan en informes que deben ser publicados periódicamente en el portal de la Contraloría, y se convierten en una importante fuente documental de alertas.⁶⁰

En conclusión, consideramos que la CGR debe sacar provecho de las figuras actualmente existentes, que sin llegar a coadministrar le permiten generar alertas tempranas sobre posibles irregularidades en la gestión fiscal. Lo anterior, sin perder de vista que para asegurar la confianza de los sujetos auditados en la segunda herramienta mencionada, se debe asegurar que los resultados de los informes de auditoría que se produzcan subsiguientemente en función del control posterior, sean coherentes con los informes de especial seguimiento que se hayan producido durante la gestión fiscal auditada.

Aprovechar los bienes que sean incautados con fines de comiso por la FGN, para hacer exigible el derecho a la reparación del Estado, en su calidad de víctima de los delitos y las conductas generadoras de responsabilidad fiscal que estén relacionados con actos de corrupción

A pesar de que el artículo 12 de la Ley 610 de 2000 faculta a la CGR para decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, esta facultad solamente puede ser ejercida desde el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Así, es probable que cuando la CGR esté habilitada para ordenar las medidas cautelares de incautación, ocupación o suspensión del poder dis-

59 Resolución Orgánica 6680 de 2012, artículo 11.

60 Así, por ejemplo, la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana ha realizado especial seguimiento a los recursos del Fondo Adaptación, entidad pública creada en 2011 para ejecutar proyectos integrales de gestión del riesgo y adaptación al cambio climático con un enfoque multisectorial y regional, además de los relacionados con el fenómeno de La Niña. En concreto, esta Contraloría Delegada le ha hecho un seguimiento en tiempo real a la gestión fiscal de las asignaciones presupuestales que se realizan a través del proyecto de inversión “Construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por la ola invernal 2010-2011” (Contraloría General de la República, 2017).

positivo sobre los bienes del presunto responsable fiscal, el mismo ya los haya sacado del país o transferido a un tercero. Evidentemente, esto va en detrimento del que debe ser el principal objetivo de esta entidad, a saber: la recuperación del patrimonio.

Por eso, es necesario que la CGR saque provecho de las medidas cautelares con fines de comiso que pueda llegar a dictar la FGN en los procesos penales que también se adelanten contra los presuntos responsables fiscales, y que tienen por objeto “los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo”.⁶¹ Sobre todo, la CGR debe poner especial atención a las medidas materiales de incautación y ocupación que pueda llegar a dictar la FGN, pues a diferencia del resto de medidas cautelares, estas últimas pueden ser ordenadas durante las etapas de indagación o investigación del proceso penal, y cuentan con control de legalidad posterior por parte del juez de control de garantías.⁶² En esa medida, son la única herramienta con la que cuentan los entes de vigilancia y control para tomar medidas oportunas sobre los bienes del presunto responsable fiscal.

Si bien somos conscientes de que “la naturaleza y fin que persigue el comiso no es la satisfacción de los derechos de las víctimas, sino [...] que obedece con mayor acierto a una medida de política criminal que involucra una finalidad preventiva (especial y general) frente al fenómeno delictivo (Corte Constitucional, 2012)” (Ospina, 2016, p. 99), resaltamos que de acuerdo con el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal el comiso procede “sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe”.⁶³ De hecho, al interpretar esta disposición, en la sentencia C-782 de 2012 la Corte Constitucional señaló claramente que:

... la regulación reseñada hace énfasis en que la incautación de bienes con fines de comiso debe efectuarse sin perjuicio de los derechos de las víctimas o de los terceros de buena fe, lo que implica que el legislador previó la posibilidad de que en las actividades de incautación de bienes podrían salir afectados los derechos de las víctimas, ya sea porque aquellas recayeran sobre bienes objeto de restitución, o porque la incautación de bienes del penalmente responsable pudiera afectar las posibilidades de garantizar la reparación integral del daño ocasionado con el delito.⁶⁴

En particular, la Corte señaló que:

61 Ley 906 de 2004, artículo 82.

62 Ley 906 de 2004, artículo 84.

63 Ley 906 de 2004, artículo 82.

64 Corte Constitucional. Sentencia C-782 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

... las decisiones sobre comiso de bienes pueden afectar las posibilidades de la víctima de obtener una reparación integral, comoquiera que dicha medida implica el desplazamiento del bien, del patrimonio del condenado al Estado, por lo que podrían verse mermadas las posibilidades de garantizar la compensación del daño y los perjuicios.⁶⁵

Entonces, teniendo en cuenta la importancia que pueden tener los bienes decomisados para hacer efectivo el derecho a la reparación del Estado por delitos de corrupción, proponemos que en los casos en los que el presunto responsable fiscal esté siendo procesado también penalmente, la CGR: i) solicite que se le reconozca como representante del Estado, en su calidad de víctima; y, ii) una vez dictada la condena, se pronuncie sobre los bienes decomisados, bien sea para solicitar la adición de la sentencia cuando en la misma o en decisión con efectos equivalentes se haya omitido el pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso;⁶⁶ o para asegurar la satisfacción de su derecho a la reparación durante el incidente de reparación integral de los daños ocasionados con la conducta punible. Si bien en este último caso el proceso de reparación del Estado puede tomar un largo tiempo, al menos se asegurará la posibilidad de garantizar la compensación del daño sufrido, a partir del valor de los bienes decomisados por la FGN.

Articular las estrategias de focalización territorial en función de las regiones priorizadas en la recomendación general del numeral 1.5, y ejercer la función de armonización de los sistemas de control fiscal

En la medida de lo posible, las gerencias departamentales de la CGR y la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana deben articular sus diferentes estrategias de focalización territorial en función de los departamentos a los que se hizo referencia en el numeral 1.5 de este documento. En esa medida, se recomienda que esas sean las regiones priorizadas tanto para la ubicación de contralores provinciales, como para el desarrollo de los procesos de control fiscal participativo (CFP).

Del mismo modo, se exhorta a que el contralor ejerza su función de armonización de los sistemas de control fiscal⁶⁷ y, en particular, en lo que tiene que ver con las contralorías

65 *Idem.*

66 Ley 906 de 2004, artículo 90, el cual fue declarado exequible en la Sentencia C-782 de 2012 “en el entendido que también la víctima podrá solicitar en la audiencia de que trata esta norma, la adición de la sentencia o de la decisión con efectos equivalentes, que omita un pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso, con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento”.

67 El ejercicio de esta prerrogativa de armonización no choca con el carácter descentralizado de las contralorías territoriales. Por el contrario, es concordante con el *control de tutela* que la CGR puede ejercer sobre dichas contralorías, en su calidad de entidades descentralizadas. Tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, este control “implica un poder de supervisión y orientación que se ejerce para la constatación de la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector, y

ubicadas en esos departamentos priorizados. Al igual que el contralor Edgardo Maya Villazón, tenemos dudas sobre la conveniencia de continuar con las contralorías territoriales. Somos conscientes de que la descentralización en materia de control fiscal tiene fundamento en el principio de autonomía territorial⁶⁸ y “supone la capacidad de gestionar los intereses propios; es decir, la potestad de expedir una regulación particular para lo específico de cada localidad, dentro de los parámetros de un orden unificado por la ley general”⁶⁹ (énfasis arregado). Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que “no desconoce la Corte la dificultad que existe en el sentido de precisar cuál es el contenido exacto de los conceptos de ‘descentralización y autonomía’ en materia de control fiscal”.⁷⁰

En el mismo sentido de la Corte Constitucional, cuando declaró la inexecutable de la función preventiva en cabeza de la CGR, consideramos que la justificación de la descentralización del control fiscal tiene problemas tanto teóricos como prácticos. A nivel teórico dudamos de que la descentralización fiscal deba ser extendida hasta la descentralización del control fiscal. En esa medida, si bien reconocemos la necesidad de que las entidades territoriales puedan gestionar sus propios recursos, cuestionamos que las contralorías territoriales tengan intereses propios que deban ser gestionados con independencia de los intereses nacionales, y que requieran de una regulación particular para lo específico de los recursos que ellas controlan.

A nivel práctico creemos que la heterogeneidad del desarrollo de las distintas entidades territoriales del país dificulta la consecución de un control fiscal descentralizado efectivo en todo el territorio colombiano. De acuerdo con los partidarios de la descentralización del control fiscal, “aumentar la distancia entre administración y administrado se traduciría en un déficit democrático, ineficiencia, ineficacia y baja legitimidad” (Morelli, 2017). Al respecto, si bien el carácter democrático y la legitimidad de las contralorías territoriales son factores que se deben tener en cuenta si se trata de un control fiscal que es por esencia participativo, en materia de eficacia y efectividad la realidad nos ha mostrado que “la efectividad del control fiscal es limitada en las áreas del país donde el presupuesto tiene graves problemas de ejecución y donde algunas rentas de las entidades son capturadas por grupos al margen de la ley, sin que las contralorías territoriales hagan un efectivo control a estos recursos” (López, Sánchez y Peña, 2007, p. 43).

que es llevado a cabo por una autoridad sobre otra, o sobre una entidad, control que el constituyente avaló cuando acogió esta forma de organización administrativa” (Restrepo, Sánchez, Araújo, Peña y Dineiger, 2008, p. 26).

68 Constitución Política, artículo 287.

69 Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

70 Corte Constitucional. Sentencia C-403 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Por esas razones, coincidimos en que el país está en mora de dar un debate serio y despolitizado sobre la viabilidad teórica y práctica de las contralorías territoriales. Pero, mientras no se tome una decisión al respecto, el contralor está en la obligación de seguir ejerciendo su función de armonización de la CGR con las contralorías departamentales y municipales. En particular, y tal y como bien lo señalan Ochoa y Charris, se requiere de “líneas de mando definidas que les permit[an] a las unidades ejercer sus funciones con suficiente autonomía del resto de la corporación, para prestar un mejor servicio a sus públicos, pero conservando y definiendo unas líneas funcionales centralizadas que son las que permiten que esas unidades actúen de manera integral” (2003, p. 35).

En ese sentido, es urgente la adopción de un sistema mixto de estándares homogéneos y enfoque diferencial como el que se venía proponiendo en las dos últimas administraciones de la CGR. Tal y como bien lo señalan Restrepo *et al.*, “sería pertinente la elaboración de metodologías proforma para el control fiscal territorial por parte de la CGR a título de colaboración técnica, las cuales serían adoptadas formalmente y adaptadas a las circunstancias propias por las contralorías territoriales que lo requieran” (2008, p. 27). En particular, en relación con los departamentos que aquí se ha propuesto focalizar.

Intervenir las contralorías delegadas sectoriales en función de los sectores priorizados en la recomendación general sobre focalización de la acción penal, disciplinaria y fiscal

Con el fin de aplicar a la CGR la focalización sectorial propuesta en la recomendación general sobre intervención focalizada de la acción penal, disciplinaria y fiscal proponemos, en primer lugar, el fortalecimiento de los recursos económicos y humanos con los que cuentan las contralorías delegadas para el sector Defensa, Justicia y Seguridad, y el sector Agropecuario. En segundo lugar proponemos la creación de las siguientes contralorías delegadas sectoriales, que puedan enfocar sus esfuerzos en los otros sectores administrativos que, según los datos mencionados, figuran con los mayores riesgos de corrupción, a saber: Interior, Servicios Básicos (Salud, Educación, Agua Potable) y Tierras. Todo esto, de la mano de la Unidad para el Posconflicto, que fue recientemente creada mediante el Decreto-Ley 888 de 2017 para la vigilancia y el control de los recursos que sean destinados al cumplimiento del Acuerdo Final de Paz.

Garantizar la independencia del control fiscal territorial frente a los poderes políticos

Para garantizar la independencia de las contralorías territoriales frente a los poderes políticos de sus respectivas regiones, así como la idoneidad de quienes hacen parte de estas entidades, es necesario que el Congreso regule cuanto antes la convocatoria pública a la que se refiere el artículo 272 de la Constitución Política. Por medio del Acto Legislativo 05 de 2015 y del Concepto 2274 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado quedó claro que: i) la elección de los contralores está a cargo de las asambleas departamentales y de los concejos municipales y distritales; ii) estos últimos eligen a partir de una lista de elegibles que es producto de una convocatoria pública; iii) al igual que el concurso de méritos, dicha convocatoria debe basarse en la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia, la objetividad, la eficiencia, la eficacia, la confiabilidad y el mérito; y, iv) a diferencia del concurso de méritos, dicha convocatoria pública no obliga a escoger al candidato de la lista que tenga el mayor puntaje.⁷¹ Empero, ni en el Acto Legislativo 05 de 2015 ni en el Concepto del Consejo de Estado quedó claro quién es la autoridad competente para organizar dicha convocatoria pública. Por eso, y con miras a evitar que, como sucede actualmente, las corporaciones públicas sean las que organicen esas convocatorias, y establezcan formas de nominación que se presten a manipulaciones políticas, sugerimos que en la ley que el Congreso está en mora de expedir se establezca que la CGR sea la encargada de organizar y realizar dicha convocatoria pública.⁷²

Consideramos que la organización de la convocatoria pública por parte de la CGR⁷³ es adecuada pues: i) preserva la independencia de las contralorías territoriales frente al Ejecutivo;

71 En nuestra opinión, este último punto hace que se justifique la preferencia que tuvo el constituyente derivado por la convocatoria pública. Lo anterior, pues si se hubiese escogido un concurso de méritos, las asambleas y los concejos en la práctica hubiesen terminado en una posición de simples notarios, sin capacidad real de elegir al contralor. Situación que resultaría inconveniente teniendo en cuenta la calidad de delegantes del control fiscal territorial que estas corporaciones públicas tienen. Al respecto, cabe destacar lo dicho por los magistrados Jaime Araújo Rentería y Rodrigo Escobar Gil en el salvamento de voto a la Sentencia C-127 de 2002, en donde manifestaron que “el control sobre la gestión fiscal corresponde a los órganos de elección popular: Congreso de la República, asambleas y concejos. [...] En este orden de ideas, y como quiera que tales órganos electivos no funcionan permanentemente, desde el punto de vista político las contralorías son delegatarias de la función controladora que le atañe al Congreso, a las asambleas y a los concejos. Y no podría ocurrir de otra manera, pues siendo los órganos de elección popular representantes de los intereses de la comunidad, solo a ellos les cabe la titularidad primigenia y eminente en materia del control fiscal”.

72 Esta propuesta coincide parcialmente con lo expresado hace unos años por Ochoa y Charris, quienes en su momento propusieron que los contralores territoriales “deberían ser seleccionados mediante un riguroso proceso de *concurso público*, *conducido por la Contraloría General de la República*, con la participación de las universidades de las localidades que dispongan de programas acreditados por el Ministerio de Educación y por los Tribunales Superiores y supervisado tanto por la Auditoría General de la República como por los Comités de Vigilancia Ciudadana, para garantizar la transparencia y equidad del proceso en cada uno de los departamentos y ciudades donde se requiera el servicio” (Ochoa y Charris, 2003, p. 35).

73 No desconocemos que existen otras visiones que apuntan a que sea la Comisión Nacional del Servicio Civil la que organice dichas convocatorias. De hecho, algo similar fue propuesto en la primera versión del Acto Legislativo 05 de 2015, en donde se proponía que los contralores fueran seleccionados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, aunque mediante concurso público de méritos. Sin embargo, hay que recordar que en la ponencia para primer debate del Proyecto en la Cámara de Representantes (primera vuelta), los ponentes sostuvieron, de manera acertada, que “no resulta adecuado que sea una comisión que pertenece a la Rama del Poder Público respecto de la cual se va a ejercer la vigilancia fiscal, *quien postule los candidatos para ocupar dicho cargo*” (énfasis agregado) (Congreso de la República, 2014).

y, ii) al tratarse de una convocatoria pública y no de un concurso de méritos, se preserva la potestad de las corporaciones públicas de deliberar y debatir la decisión, sin estar atadas a una lista rígida e inflexible de puntajes. Con todo, para impedir que la participación de las corporaciones públicas en la fase final de la elección dé paso a injerencias políticas indebidas en la gestión de los contralores electos, la expedición de la ley sugerida debe venir acompañada de las reformas que se señalan a continuación.

Por un lado, es necesario ampliar el tiempo de ejercicio de los contralores en el cargo para que estos se desliguen de posibles vínculos clientelistas con el órgano de elección popular que los eligió. También podría proponerse la modificación de la fecha de su elección, para que su período no coincida con el del Gobierno al que tienen que vigilar.⁷⁴

Por otro lado, es necesario poner límites a la discrecionalidad con la que cuentan las asambleas y los concejos para tomar decisiones en relación con el funcionamiento de las contralorías. Para ello, en primer lugar se propone crear un mecanismo objetivo de determinación del presupuesto de las contralorías, que no se encuentre al arbitrio de los órganos de elección popular. Por ejemplo, Ochoa y Charris sostienen que se “debe regular la forma de establecer los aportes de los departamentos y municipios para sufragar los gastos de operación de las respectivas contralorías, *con base en un factor que se aplique al presupuesto de gastos de la entidad sobre la cual se ejerce la vigilancia*” (énfasis agregado) (2003, p. 38). En forma similar, cuando Clara López Obregón era auditora general de la República propuso “establecer en el nivel territorial un esquema [de financiamiento] semejante al que rige para la Contraloría General de la República orientada a garantizar la autonomía del contralor, con la asignación de una cuota de fiscalización estructurada con criterios de austeridad” (2003, p. 197). Partiendo de estas ideas, consideramos conveniente que el presupuesto de las contralorías territoriales pueda determinarse a partir de una especie de cuota porcentual que se aplique al presupuesto anual de la entidad territorial, y cuyo cambio por parte de las asambleas y los concejos deba ser fundamentado de manera empírica.

En segundo lugar, deben existir criterios objetivos de conformación de la planta de personal de las contralorías territoriales que, respondiendo únicamente a las necesidades del servicio, permitan a las asambleas y a los consejos definir las de manera técnica y uniforme. Así, si bien somos conscientes de que la estructuración de la planta por parte de las Asambleas

74 Al respecto, en el Foro “Reformar el control fiscal territorial: necesidad inaplazable para optimizar las finanzas territoriales”, organizado por la Auditoría General de la República en 2010, el presidente de la Asociación de Servidores Públicos de las Contralorías de Colombia (Asdecol), Henry Torres Castro, propuso “que [se] adelante la fecha de elección para que no sean los concejos ni las asambleas que llegan los que elijan, sino quienes están en ejercicio. Eso de alguna manera libera los compromisos que se puedan suscribir y desata las manos a algunos contralores que realmente quieren hacer gestión” (p. 91).

y los Consejos responde a fines constitucionales⁷⁵ creemos que la iniciativa en cabeza del contralor territorial puede ser utilizada para pagar favores a los concejales y diputados que lo eligieron, ya sea con la creación cargos nuevos o con el mantenimiento de algunos necesarios para cumplir con esos compromisos. Por eso, a partir del “modelo de contraloría tipo”, diseñado en el libro *Control fiscal territorial. Construcción de un modelo de contraloría tipo* (Restrepo et al., 2008), proponemos que se le exija al contralor territorial sustentar de manera adecuada su propuesta de planta de personal. Específicamente, consideramos necesario que cada nuevo puesto que se proponga sea acompañado de su respectiva descripción, manual de funciones y ubicación en el organigrama. Lo anterior, para que tanto las asambleas y concejos como la ciudadanía en general puedan verificar que dichos cargos nuevos tienen una directa relación con las tareas de la contraloría territorial, las cuales deben estar también adecuadamente documentadas (con base en cifras de gestión). Así, en caso de que no se presente dicha evidencia, las corporaciones de elección popular no estarán habilitadas para aprobar plantas de personal distintas a las del año anterior.

75 Según la Corte Constitucional en la Sentencia C-272 de 1996, la definición de las plantas de personal por los concejos municipales y distritales no afecta la autonomía de las contralorías territoriales ni constituye un factor de perversión por la posible injerencia política de los concejos en las contralorías, pues: “I) dicha iniciativa reafirma y consolida esta, dado que las necesidades en materia de personal las señalan dichos contralores al proponer los proyectos de plantas a los mencionados concejos; II) la autonomía, no supone aislamiento, desconexión absoluta con los demás órganos de la administración municipal y distrital y no se opone a la colaboración armónica que debe existir entre los referidos órganos; en este caso, entre las contralorías y los concejos; III) la función de control fiscal, en cuanto tiende a vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de los municipios y distritos, antes que ajena, interesa y guarda relación estrecha con las funciones que le corresponden a los concejos según el art. 313; IV) no se opone al criterio de especialización técnica, ajeno a las vicisitudes de la política partidista, la circunstancia de que los concejos determinen las referidas plantas de personal, porque la provisión de los empleos debe hacerse según el régimen de la carrera administrativa (art. 125, 272 inciso 6 y 268-10 CP); V) y finalmente, es indudable que la determinación de las plantas de personal en la administración tiene necesaria relación con el gasto público, que requiere ser regulado a través de la adopción de los respectivos presupuestos. Tanto es así, que la Constitución recurrentemente alude a que los empleos de carácter remunerado deben estar contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente y que no se podrán crear obligaciones que excedan al monto fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado (arts. 150-14, 305-7 y 315-7). En tal virtud, como a los concejos les corresponde aprobar el presupuesto de rentas y gastos de los municipios y de los distritos, es apenas natural que también les corresponda como función la determinación de las plantas de personal de las referidas contralorías”.

REFERENCIAS

- Bac, M. (2001). Corruption, connections and transparency: Does a better screen imply a better scene? *Public Choice Review*, 107 (1), 87-96.
- Congreso de la República (2002). *Gaceta* 134.
- Congreso de la República (2014). Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 Cámara “por medio del cual se adopta una reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y se dictan otras disposiciones”. *Gaceta* 694.
- Contraloría General de la República (2015). *Guía de Auditoría de la Contraloría General de la República*. Recuperado de <http://www.contraloria.gov.co/documents/20181/595338/0.+GUIA+AUDI-TOR%C3%8DA+CGR+05-05-15.pdf/340ca4d1-6617-46a0-a296-955c7d0b7bd4?version=1.0>
- Contraloría General de la República (2017). *Informe de Gestión 2016-2017*. Bogotá: CGR.
- Contraloría General de la República (2017). Informes consolidados de especial seguimiento al Fondo Adaptación, correspondientes a 2015, 2016 y a junio de 2017. Bogotá: CGR.
- Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. sentencia C-403 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-782 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentenciadel 5 de octubre de 2011. Proceso No. 30592. M. P. Leonidas Bustos.
- Fiscalía General de la Nación (2016). *Direccionamiento estratégico 2016-2020*. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Direccionamiento-estrategico-2016-2020-df-1.pdf>
- Garay, L. J. y Salcedo-Albarán, E. (2012). *Redes ilícitas y reconfiguración de Estados*. Bogotá: ICTJ.
- Garay, L. J., Salcedo-Alvarán, E., De León-Beltrán, I. y Guerrero, B. (2008). *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Grupo Interdisciplinario de Ciencias Sociales, AVINA y Transparencia por Colombia. Recuperado de http://moe.org.co/home/doc/moe_mre/CD/Otros%20mapas%20y%20documentos/Captura%20y%20Reconfiguraci%F3n%20Coopta-da%20del%20Estado%20Colombiano.pdf
- García Villegas, M. y Revelo, J. E. (2010). *Estado alterado: clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- ICTJ (2014). *Manual para la dirección de investigación de análisis y contextos*. Bogotá: ICTJ.
- Jain, A. K. (2001). Corruption: A review. *Journal of Economic Surveys*, 15 (1), 71-121.

- Klitgaard, R. (1998). International cooperation against corruption. *Finance and Development*, 35 (1), 3-6.
- Lalinde, S. y Villadiego C. (2017). *Sistema de Justicia Territorial para la Paz*. Bogotá: Dejusticia.
- Lindstedt, C. y Naurin, D. (2010). Transparency is not enough: Making transparency effective in reducing corruption. *International Political Science Review*, 31 (3), 301-322.
- López, C. (2003). Hacia un control fiscal orientado a resultados. *Precedente. Revista Jurídica*, 187-198.
- López, C., Sánchez, C. A. y Peña, E. (2007). Diagnóstico y perspectivas del control fiscal territorial. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 9 (2), 29-55.
- Martínez, W. (s. f.). Persecución de bienes provenientes de la corrupción. Recuperado de http://www.urosario.edu.co/Subsitio/VII-Jornadas-de-Derecho-Penal/documentos/Persecucion_bienes/.
- Ministerio de Hacienda (2017). Presupuesto de 2018 por \$235 billones: sensato, realista, responsable, que cumple con la regla fiscal y el compromiso social. *Boletín 151*. Recuperado de http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-087865%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased
- Morelli, S. (2017). La mala idea de abolir las contralorías regionales. Recuperado de <https://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/10070-la-mala-idea-de-abolir-las-contralor%C3%ADas-regionales.html>
- Newman, V. y Ángel, M. P. (2017). Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política. *Cuaderno 56*. Bogotá: Fedesarrollo.
- OCDE (2017). *Estudio de la OCDE sobre integridad en Colombia: invirtiendo en integridad pública para alcanzar la paz y el desarrollo*. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. París: Éditions OCDE.
- Ochoa, H. y Charris, S. (2003). Propuesta de un modelo de control fiscal para el Estado colombiano: el sistema de control fiscal nacional. *Revista Estudios Gerenciales*, 19 (89), 13-42.
- Ospina, J. (2016). La persecución de activos ilícitos derivados de la corrupción en Colombia como una herramienta eficaz en la prevención de la corrupción. *Revista Via Iuris*, 20: 81-104.
- Restrepo, M. A., Sánchez, C. A., Araújo, R., Peña, E. y Dineiger, P. (2008). *Control fiscal territorial. Construcción de un modelo de contraloría tipo*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Restrepo, M. A., Araújo, R. M. y Tuta, G. E. (2010). *Control fiscal. Validación de un modelo de mejoramiento de la gestión y los resultados de las contralorías territoriales en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rose-Ackerman, S. (2008) Corruption and Post-Conflict Peace-Building. Faculty Scholarship Series. *Paper 593*. Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/jfs_papers/593
- Transparencia por Colombia (2015-2016). Índice de Transparencia de las entidades públicas. Recuperado de http://indicedetransparencia.org.co_

Wallis, J. J. (2004). The Concept of Systematic Corruption in American Political and Economic History. *Working Paper*. National Bureau of Economic Research.

Zuleta, M. M., Saavedra, V. y Medellín, C. J. (2018). Fortalecimiento del sistema de compra pública para reducir el riesgo de corrupción. En: Villar, L. y Alvarez, D. (editores), *Lucha Integral contra la Corrupción en Colombia: Reflexiones y Propuestas*. Bogotá: Fedesarrollo.

Anexo disponible en: <http://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3642>

II. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DE LA CORRUPCIÓN EN LA RAMA JUDICIAL COLOMBIANA

Carolina Villadiego Burbano | Juan Sebastián Hernández Moreno

RESUMEN EJECUTIVO

El análisis de la corrupción judicial debe considerar las aproximaciones conceptuales a este fenómeno en general, la estructura del sistema de justicia, las distintas funciones que se desarrollan en él, y la multiplicidad de funcionarios, empleados y particulares que intervienen en este sistema.

Un primer punto de partida para el análisis general de la corrupción es, entonces, la fórmula propuesta por Klitgaard (1998) según la cual, la corrupción (C) tiende a aparecer cuando un decisor detenta un poder monopólico sobre un conjunto de decisiones (M), existe discrecionalidad para que tome dichas decisiones (D), y en el sistema hay pocos mecanismos de transparencia y rendición de cuentas (A). A esta fórmula se le puede incluir la probabilidad de que el acto sea sancionado (S), siguiendo a Anil Jain (2001).

En materia de sistema de justicia, una mirada a la corrupción que puede existir en él debe comprender que está integrado por varias autoridades, de las cuales algunas hacen parte de la Rama Judicial, y otras hacen parte del Poder Ejecutivo o de organismos de control. También, que hay personas particulares que prestan ciertos servicios, tales como abogados, conciliadores, árbitros, etc., y que la Rama Judicial tiene distintos servidores públicos (jueces, fiscales, empleados) que toman decisiones diferenciadas en materia de justicia (emiten sentencias, solicitan detenciones preventivas, realizan actas, suscriben contratos, entre otras), y

que tienen poderes distintos en el ejercicio de dichas funciones (jueces, magistrados, etc.). Finalmente, que en el sistema judicial se ejercen varias funciones que pueden agruparse en cinco: jurisdiccionales, de apoyo a la labor jurisdiccional, de gerencia de la rama, de gobierno de esta, y asociadas a la nominación o designación de servidores públicos.

Estos elementos son relevantes para analizar la corrupción que puede presentarse en el sistema judicial, y de manera particular, en la Rama Judicial. Ahora bien, este documento hace énfasis en la corrupción que puede presentarse en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales a cargo de jueces y magistrados, a partir de un enfoque de diseño institucional. Por ello, las recomendaciones específicas están encaminadas a comprender y combatir este fenómeno concreto, y se sugiere analizar las otras formas de corrupción que pueden presentarse en el ejercicio de otras funciones de la rama y que pueden involucrar a otros servidores y particulares, distintos de jueces y magistrados.

Según información de la Fiscalía General de la Nación, entre el 2008 y el 2016 se registraron 6.475 noticias criminales por hechos delictivos asociados con corrupción, en los que al menos un indiciado era juez, fiscal, magistrado o empleado judicial. La mayoría de noticias criminales registradas en el período de 2008 a 2016 fueron por el delito de prevaricato por acción (3.478) y prevaricato por omisión (2.113). Los delitos que más imputaciones y acusaciones tuvieron en dicho período fueron el prevaricato por acción, la concusión y el prevaricato por omisión. La forma de terminación más empleada en ese período fue el archivo, principalmente el relativo a la atipicidad de la conducta o a la inexistencia del hecho.

Igualmente, en los últimos años se han abierto distintas investigaciones que involucran a funcionarios o exfuncionarios judiciales por, presuntamente, haber cobrado o recibido dinero para que se adoptaran determinadas decisiones judiciales, o se engavetaran. Algunas de las investigaciones más relevantes, en donde hay al menos una imputación frente a alguna de las personas involucradas, se relacionan con la captura de varios magistrados, jueces y empleados judiciales del departamento del Meta; la acusación en contra del exmagistrado de la Corte Constitucional Jorge Ignacio Pretelt por el delito de concusión, y las investigaciones relacionadas con los exmagistrados y magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el exfiscal anticorrupción, conocida públicamente como el “cartel de la toga”.

En este escenario, a continuación se presentan algunas recomendaciones encaminadas a prevenir y luchar contra la corrupción judicial.

A. ACCIONES PARA PROFUNDIZAR EN LA CARACTERIZACIÓN Y EL ANÁLISIS DE LA CORRUPCIÓN JUDICIAL

El análisis de la corrupción judicial debe partir de criterios específicos que permitan definir, identificar y cuantificar la ocurrencia de actos de corrupción en la Rama Judicial. Por eso, una primera recomendación es *profundizar en la caracterización de la corrupción en el sistema judicial a partir de las distintas funciones que se ejercen en la rama*. Esto permitirá, por un lado, evidenciar los cargos en los que los funcionarios y empleados tienen mayor poder decisorio y mayor grado de discrecionalidad, aquellas funciones en las que estos servidores son más propensos a cometer actos de corrupción, y las que tienen menores mecanismos de control y sanción. Por otro lado, permitirá caracterizar las prácticas que pueden incentivar y desincentivar los actos de corrupción que pueden ser perpetrados por servidores de la rama, por particulares y por otros servidores públicos relacionados con el sistema de justicia.

Adicionalmente, una segunda recomendación es tener un *sistema o mecanismo de recopilación de información acerca de la corrupción judicial*, que permita conocer la magnitud del fenómeno, hacerle seguimiento y diseñar políticas de prevención, investigación y sanción con fundamentos empíricos más sólidos, pues las distintas dinámicas de corrupción pueden requerir respuestas institucionales diferenciadas. Por ejemplo, sería importante contar con mecanismos que permitan identificar y depurar, a partir de los delitos y las faltas disciplinarias que se siguen contra funcionarios y empleados judiciales, cuándo estas se relacionan con actos de corrupción y cuándo no. Algunos delitos y faltas disciplinarias deben ser analizados con detenimiento (prevaricato, por ejemplo), ya que debido a la forma como están consagrados en la legislación, pueden presentarse en circunstancias no necesariamente asociadas a hechos de corrupción o asociadas a esta.

B. ACCIONES PARA PREVENIR LA APARICIÓN DE FACTORES QUE FAVORECEN O INCENTIVAN LA CORRUPCIÓN JUDICIAL

Una primera recomendación es *fortalecer el compromiso ético de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de quienes quieran ingresar a trabajar en esta*. Unas ideas encaminadas a incrementar el compromiso ético de los funcionarios y empleados se relacionan con su formación y sensibilización, en particular respecto del rol que el ejercicio de sus funciones cumple en la sociedad y las razones por las cuales es tan relevante que sus actuaciones estén libres de corrupción. Por este motivo, mejorar la enseñanza de la profesión jurídica es una medida esencial para lograr este cometido.

Una segunda recomendación es que la *Rama judicial adopte prácticas serias y permanentes de transparencia y rendición de cuentas*. En este sentido, las distintas instituciones de la Rama Judicial deben adoptar acciones concretas de transparencia, sobre todo de aquellos actos en los que tienen un poder decisorio monopólico y que tienen poco (o nulo) control externo. Pueden, por ejemplo, publicar las declaraciones de renta y de bienes de todos los magistrados titulares y de los magistrados auxiliares; divulgar los procedimientos y mecanismos empleados para definir las listas de conjueces (generales y específicas en los casos concretos); publicar los nombres de los magistrados que tienen familiares con parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, o en provisionalidad, en la Fiscalía, los órganos de control, el Congreso de la República, o en altos cargos de la Rama Ejecutiva, entre otras acciones.

Una tercera recomendación es *avanzar hacia una comprensión democrática del principio de independencia judicial*, para que funcionarios y empleados entiendan la importancia de los controles internos y externos de sus actuaciones, controles que no pueden implicar injerencias indebidas en su ejercicio. Para ello, es importante tener en cuenta que el concepto de independencia judicial, al igual que el de corrupción, tiene varias dimensiones y aproximaciones conceptuales, y que una lectura democrática del concepto implica entender que la transparencia, la rendición de cuentas y el control no contrarían *per se* el principio de independencia.

Así las cosas, se sugiere que el Consejo Superior de la Judicatura realice varias acciones para llevar adelante las recomendaciones propuestas. Por ejemplo, puede adoptar políticas que obliguen a fortalecer la transparencia judicial y a mapear periódicamente los riesgos de corrupción en los diferentes estamentos y en el ejercicio de distintas funciones de la Rama Judicial; a robustecer la formación ética de los funcionarios y empleados judiciales; a publicar periódicamente información relativa a la corrupción judicial, en especial, información cuantitativa y cualitativa de las sanciones asociadas a actos de corrupción en la justicia; a fortalecer las acciones de promoción de la cultura de la legalidad al interior de la Rama Judicial, entre otras acciones.

C. ACCIONES PARA FORTALECER LA INVESTIGACIÓN Y LA SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN JUDICIAL

Por otro lado, se debe aumentar la capacidad de detección temprana de la corrupción judicial, y su investigación y sanción. Es necesario fortalecer la investigación, el procesamiento y

la sanción de los hechos que involucran a jueces, magistrados, empleados y fiscales, a través del sistema penal, disciplinario y de responsabilidad fiscal.

Una primera recomendación es *adoptar una política pública encaminada a que las instituciones judiciales rindan cuentas periódicas y públicas sobre los procesos de corrupción judicial que se adelantan* (en materia penal y disciplinaria), con los resguardos de información requeridos según la etapa procesal. Esto podría incrementar la legitimidad del sistema judicial y generar un desincentivo de los actos de corrupción en la justicia.

Una segunda recomendación es *analizar la información relativa a los distintos casos de corrupción judicial que se han sancionado*, y diseñar una estrategia articulada que permita combatirla y dismantelar los esquemas que fomentan la corrupción en la justicia. Esta acción debe articular los esfuerzos de las diferentes instituciones encargadas de investigar y sancionar la corrupción judicial (sistema penal, sistema disciplinario y sistema de responsabilidad fiscal), e involucrar a otras entidades según sus competencias.

Una tercera recomendación es *realizar ajustes al mecanismo de investigación y juzgamiento de los hechos delictivos que pueden cometer los magistrados de las altas cortes y el fiscal general*, para que este sea más efectivo. Sería interesante considerar el fortalecimiento de la investigación de los casos en la Cámara de Representantes. También, sería necesario revisar las disposiciones contenidas en la Ley 5ª de 1992 y en la Ley 600 de 2000 para simplificar el procedimiento de antejuicio político en el Congreso cuando la acusación se refiera a conductas delictivas, en el entendido de que la Corte Suprema es la que realiza el juicio.

1. INTRODUCCIÓN

La definición precisa del concepto de corrupción como fenómeno social y jurídico ha sido difícil de concretar. Es complejo delimitar con exactitud todas las conductas que constituyen actos de corrupción, pues varias definiciones doctrinales suelen identificar los elementos esenciales de algunos actos de corrupción, y dejan otros por fuera (Tanzi, 1998, p. 8).

Algunas definiciones abordan el fenómeno de la corrupción como uno que pertenece en esencia al incumplimiento o la desviación de los deberes de un servidor público (Nye, 1967, p. 419). Otras no predicen que la corrupción sea necesariamente cometida por un servidor público, pero sí requieren que exista una afectación al interés público o colectivo (Friedrich, 1989). Otras aproximaciones la definen como la violación de deberes de un *decisor* (sea o no un servidor público) que toma una decisión de manera desviada para generar beneficios

extrapositionales para sí mismo o para otra persona, sin incluir la afectación al interés público como uno de sus requisitos –como las definiciones elaboradas por David Bayley (1966, p. 720) o por Ernesto Garzón Valdez (1997)–.

La corrupción es un fenómeno multidimensional, por lo cual es importante adoptar una definición flexible (Corporación Excelencia en la Justicia y Transparencia por Colombia, 2008, p. 13). Debido a esto, un punto de partida para comprender este fenómeno es la definición general utilizada por Transparencia Internacional, según la cual, la corrupción es “(el) abuso de un poder encomendado para el beneficio privado”.¹

A pesar de la dificultad para definir el concepto de corrupción, la fórmula propuesta por Klitgaard es una herramienta útil, puesto que permite analizar los arreglos institucionales y las circunstancias que favorecen o generan la realización de actos de corrupción. Según él, la corrupción (**C**) tiende a aparecer cuando un decisor detenta un poder monopólico sobre un conjunto de decisiones (**M**), existe discrecionalidad para que este decisor tome dichas decisiones (**D**), y en el sistema hay pocos mecanismos de transparencia y rendición de cuentas (**A**, de *accountability*). Así, la corrupción puede esquematizarse en la siguiente fórmula: $C = M + D - A$ (Klitgaard, 1998). Sin embargo, siguiendo a Anil Jain, a esta formulación se le puede agregar un cuarto elemento, a saber: la probabilidad de que el acto corrupto sea sancionado (**S**), y se genere un desincentivo (Jain, 2001). Por esto, las circunstancias que favorecen la corrupción pueden conceptualizarse en la fórmula $C = M + D - A - S$ (Newman Pont y Ángel Arango, 2017, pp. 42-43).

En materia de justicia, el análisis de la corrupción debe considerar las aproximaciones conceptuales al fenómeno, así como las funciones que tiene el sistema de justicia y la multiplicidad de funcionarios, empleados y particulares que intervienen en él (Buscaglia, 2007, pp. 68-69). Por ejemplo, el sistema de justicia está integrado por varias autoridades; algunas hacen parte de la Rama Judicial, y otras hacen parte del Poder Ejecutivo o de organismos de control. También hay personas particulares que prestan ciertos servicios (abogados, conciliadores, árbitros, etc.).² Además, la Rama Judicial tiene distintos servidores públicos (jueces, fiscales, empleados) que toman decisiones diferenciadas en materia de justicia (emiten sentencias, solicitan detenciones preventivas, realizan actos, suscriben contratos, entre otras), y que tienen niveles diferenciados de poder (jueces, magistrados, etc.).

Ahora bien, este documento se aproxima al análisis de la corrupción judicial que puede presentarse en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales a cargo de jueces y magistrados,

1 Esta definición está en la página web de Transparencia Internacional. Véase <https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>

2 Esta estructura del sistema de justicia se desprende, en gran medida, de las disposiciones del artículo 116 de la Constitución Política.

a partir de un enfoque de diseño institucional, y brinda algunas recomendaciones para comprender y combatir este fenómeno.

Somos conscientes de que puede haber una multiplicidad de formas de corrupción en el sistema de justicia que requieren análisis y reflexiones particulares (por ejemplo, en materia contractual y presupuestal, o que se puede presentar en otras autoridades, como la Fiscalía), y que es importante caracterizar y profundizar el estudio de dichas dimensiones.

También somos conscientes de que hay limitaciones al analizar la corrupción judicial con un enfoque de diseño institucional y no examinar factores como la cultura al interior de las instituciones, el contexto histórico y social en el que estas existen, la ética de los servidores públicos, entre otras. Por eso, es necesario que otros estudios profundicen en ese análisis para no correr el riesgo de creer que la corrupción es un problema puramente de diseño institucional y que su eliminación solo depende de ajustes institucionales que la desincentiven (Andersson y Heywood, 2009, p. 751). Otros estudios (Corporación Excelencia en la Justicia y Transparencia por Colombia, 2008) han abordado problemas como la capacitación ética y profesional precaria (pp. 22-23), la tolerancia social a la corrupción (pp. 32-33), y el temor a represalias por parte de las partes en un proceso –sobre todo, de organizaciones criminales en zonas de conflicto– (pp. 24-26).

La metodología empleada para elaborar este documento tuvo cuatro enfoques. Primero, se realizó una revisión documental de la literatura académica que se relaciona con el concepto de corrupción y de aquella relacionada con las funciones de la Rama Judicial. El propósito era analizar los elementos que pueden fomentar la corrupción en el ejercicio de las funciones de la rama, y examinar dichas funciones en relación con los elementos que permiten caracterizarla según la fórmula $C = M + D - A - S$.

Segundo, se analizó la información suministrada por la Sala Disciplinaria (Consejo Superior de la Judicatura) y la Fiscalía General de la Nación respecto a las faltas disciplinarias y las noticias criminales en las que los indiciados o procesados fueron jueces, magistrados, empleados y fiscales. A la Sala Disciplinaria se le solicitaron datos sobre los procesos disciplinarios tramitados entre el 2008 y el 2016 contra jueces, magistrados y empleados judiciales, y el tipo de faltas disciplinarias y sanciones impuestas.³ A la Fiscalía se le solicitó información

3 Esta información fue solicitada por medio de una petición de acceso a la información pública el 11 de agosto de 2017. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria entregó información sobre el número de sanciones disciplinarias impuestas a jueces, magistrados, fiscales y otros funcionarios de su competencia entre el 2008 y el 2016, según el año, tipo de funcionario, sanción y norma infringida. Sin embargo, la información tiene algunas dificultades para ser comprendida y analizada.

sobre las noticias criminales registradas entre el 2008 y el 2016 por los delitos asociados a corrupción⁴ en contra de jueces, magistrados y fiscales.⁵

Tercero, se revisó información contenida en medios de comunicación respecto de casos de corrupción que involucran, presuntamente, a funcionarios judiciales, por haber favorecido intereses privados en decisiones judiciales. En particular, se escogieron casos que involucraban a magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, así como a jueces, magistrados y empleados del departamento del Meta. El propósito es reseñar hechos recientes de corrupción judicial de gran connotación pública, y ejemplificar algunas formas de corrupción en el ejercicio de las funciones judiciales.

Cuarto, se revisaron indicadores internacionales sobre percepción y transparencia de la Rama Judicial, con el fin de tener presente esa información en la aproximación al análisis de la corrupción judicial. Somos conscientes de que esta información tiene limitaciones (y por eso se utilizan otras aproximaciones al análisis de la corrupción judicial), pues el análisis se centra en la percepción de la corrupción y no en la corrupción de manera directa, por lo cual, la efectividad de la medición depende de qué tanto la percepción corresponda a la realidad (Rohwer, 2009, p. 50). Algunos autores sostienen, por ejemplo, que se desconoce si la definición de corrupción utilizada en los índices es compartida por las personas encuestadas o consultadas (Andersson y Heywood, 2009, p. 753), lo que dificulta comprender a qué tipo de corrupción se refiere la percepción medida (Rohwer, 2009, p. 49). Asimismo, los índices también pueden sugerir que la corrupción es un problema exclusivamente de diseño institucional, pues suelen omitir o despreciar variables contextuales, sociológicas, económicas y políticas más complejas (Andersson y Heywood, 2009, p. 751).

4 Respecto de la lista de delitos que pueden asociarse a hechos de corrupción seguimos la clasificación realizada por Newman y Ángel (2017, pp. 60-65), es decir: abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (art. 416), abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 417), abuso de la función pública (art. 428), acuerdos restrictivos de la competencia (art. 410A), asesoramiento y otras actuaciones ilegales (art. 421), cohecho impropio (art. 406), cohecho por dar u ofrecer (art. 407), cohecho propio (art. 405), concusión (art. 405), contrato sin cumplimiento de los requisitos legales (art. 410), corrupción privada (art. 250A), destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos (art. 403), enriquecimiento ilícito (art. 312), enriquecimiento ilícito de particulares (art. 327), evasión fiscal (art. 313), interés indebido en la celebración de contratos (art. 409), intervención en política (art. 422), lavado de activos (art. 323), omisión de control (art. 325), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402), peculado culposo (art. 400), peculado por aplicación oficial diferente (art. 399), peculado por apropiación (art. 397), peculado por uso (art. 398), prevaricato por acción (art. 413), prevaricato por omisión (art. 414), revelación de secreto (art. 418), revelación de secreto culposa (art. 418B), soborno (art. 444), soborno en la actuación penal (art. 444A), soborno transnacional (art. 433), tráfico de influencias de particular (art. 411A), tráfico de influencias de servidor público (art. 411), utilización indebida de fondos captados del público (art. 314), utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de la función pública (art. 432), utilización indebida de información obtenida en ejercicio de la función pública (art. 431), Utilización indebida de información oficial privilegiada (art. 420), utilización indebida de información privilegiada (art. 258), y violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408).

5 Esta información fue solicitada a través de una petición de acceso a la información pública del 14 de julio de 2017. En concreto, la Fiscalía nos entregó información sobre el número de noticias criminales por los 43 delitos de corrupción recibidas entre 2008 y 2016, en los que por lo menos un indiciado era juez, magistrado, fiscal o empleado judicial; el número de formulaciones de imputación y de acusación por estos delitos en procesos con por lo menos un juez, magistrado, fiscal o empleado judicial como indiciado entre 2008 y 2016 discriminadas año a año, por tipo de delito y por tipo de funcionario; y, finalmente, el número de actuaciones de culminación del proceso penal por estos delitos contra jueces, magistrados, fiscales o empleados judiciales, discriminadas año a año, por tipo de actuación (archivo, preclusión, sentencia, etc.), tipo de funcionario, y por delito.

De esta forma, este documento se divide en tres partes. La primera presenta una aproximación a los elementos que permiten caracterizar la corrupción judicial. La segunda se aproxima a un análisis de la corrupción judicial en Colombia a partir de la información de indicadores internacionales y datos sobre percepción y victimización, la información derivada de los registros administrativos a los que accedimos sobre delitos y faltas disciplinarias registradas en contra de jueces y magistrados, y la descripción de algunos casos emblemáticos que evidencian corrupción en la justicia. La tercera propone recomendaciones de política pública encaminadas a analizar y caracterizar la corrupción judicial, y a desarrollar herramientas que permitan prevenirla y combatirla. Finalmente, el texto cuenta con dos anexos que contienen la información entregada por la Fiscalía y la descripción de la metodología empleadas en el índice internacional que se cita en el texto.

2. ELEMENTOS PARA CARACTERIZAR LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR JURISDICCIONAL

La caracterización de la corrupción judicial requiere analizar las distintas funciones que se ejercen en el sector jurisdiccional de la Rama Judicial, en las que participan jueces, magistrados y empleados. En términos generales, pueden reunirse en cuatro grandes grupos, a saber: las asociadas a la función misional jurisdiccional, las de apoyo para la realización de dicha labor judicial, las de gobierno judicial y las de gerencia.

En primer lugar, los jueces y magistrados tienen como actividad principal ejercer funciones jurisdiccionales, es decir, adoptar decisiones que resuelven las controversias que se les presentan. En el ejercicio de dichas funciones adoptan decisiones por medio de sentencias u otras actuaciones (autos que imponen medidas de aseguramiento, ordenan el remate de bienes, decretan medidas cautelares de embargo, etc.). Esta función misional corresponde a la razón de ser de la Rama Judicial, y debe distinguirse de las funciones de apoyo para ejercer la función jurisdiccional (Vargas, 2006, p. 83).

Esta función la ejercen jueces y magistrados quienes, siguiendo la fórmula de Klitgaard, tienen el monopolio de las decisiones jurisdiccionales (**M**). Los actos de corrupción que pueden presentarse están relacionados, por ejemplo, con ofrecer decisiones en un sentido favorable a una de las partes o a un tercero interesado en la decisión a cambio de pago, que puede ser exigido por el funcionario judicial u ofrecido por la persona interesada y aceptada por el funcionario (Corporación Excelencia en la Justicia y Transparencia por Colombia, 2008, pp. 41-44). También, pueden aparecer actos de corrupción encaminados a retrasar, agilizar u omitir un pronunciamiento judicial (Buscaglia, 2007, pp. 68-69).

Algunas decisiones jurisdiccionales son de interés general y por esto varias personas pueden tener interés en ellas (constitucionalidad de las leyes o nulidad de actos administrativos generales).⁶ En ese escenario, los magistrados pueden enfrentar distintas presiones para adoptar decisiones en un sentido determinado, a través de acciones encaminadas a ejercer coerción para que el caso sea decidido en favor de grupos políticos o económicos (Corporación Excelencia en la Justicia y Transparencia por Colombia, 2008, p. 41). La presión puede ser efectuada por parte de funcionarios judiciales, otros funcionarios públicos, o particulares que tengan diversos intereses en la decisión (Rose-Ackerman, 2007, p. 16).

En el ejercicio de la función jurisdiccional, es importante considerar el principio de independencia judicial. Siguiendo a Tiede, comprender este principio implica entender lo que quiere decir “judicial” y lo que quiere decir “independiente” en un contexto determinado. Por ejemplo, “judicial” puede referirse a jueces individuales, a instituciones judiciales (una corte), a partes de las instituciones (salas) (2006, pp. 130-131), o a la rama judicial en conjunto (pp. 136-148). La comprensión del principio de independencia judicial es crucial para el estudio de la corrupción judicial, ya que una noción excesiva y corporativista de esta independencia puede aumentar el monopolio (M) y la discrecionalidad (D) de los funcionarios judiciales, mientras que muy poca independencia puede aumentar la posibilidad de influencias externas en la labor judicial –por ejemplo, por parte del poder ejecutivo– (Rose-Ackerman, 2007, pp. 16-17).

En segundo lugar, existen funciones de gestión que son de apoyo a la función jurisdiccional (Vargas, 2006, p. 79). Según Vargas (p. 79), estas funciones permiten la operación de los juzgados y corresponden a disposiciones cotidianas que hacen operativo el trabajo misional de adoptar decisiones jurisdiccionales. Pueden ser ejecutadas por funcionarios y empleados de la rama, pues se refieren al reparto de casos, a las notificaciones, a las citaciones a audiencias, a las publicaciones de las decisiones; en fin, a las distintas actuaciones que permiten que los jueces adopten decisiones judiciales. El monopolio en el ejercicio de estas funciones varía, pues depende del modelo de despacho judicial adoptado (si tiene secretaría común, si es un órgano colegiado, si es un juzgado unipersonal, etc.), y de si la función específica la ejerce más de un servidor (M). En el ejercicio de estas funciones pueden aparecer formas de corrupción denominadas “más pequeñas” (*petty*) (Andvig y Fjeldstad, 2001) y esporádicas (Nadelmann, 1999), como el cobro y el pago de sobornos para agilizar trámites, para priorizar notificaciones, para fijar fechas de audiencias, entre otras. Estas formas de corrupción también pueden ser permanentes, y ser reconocidas por usuarios que comentan que en determinado despacho “se tiene que cancelar un dinero para agilizar el trámite”.

6 Constitución Política (1991), artículos 237 y 238; Congreso de la República, Ley 1437 del 18 de enero de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (arts. 1 y 2).

En tercer lugar, la rama judicial tiene a su cargo funciones de gestión que pueden clasificarse en funciones de gobierno y de gerencia (Vargas, 2006, p. 79). Las funciones de gobierno corresponden al direccionamiento estratégico y la definición de directrices de la Rama Judicial (**D**); y las de gerencia corresponden a la ejecución de las líneas, directrices y planes definidos por el gobierno judicial, al administrar los recursos asignados para este fin (**D**) (p. 79). En la Rama Judicial, estas funciones son desempeñadas por diversos funcionarios y empleados, principalmente, por funcionarios y empleados del Consejo Superior de la Judicatura (y seccionales), y de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Nacional y seccionales) (**M**).

Al igual que en el caso anterior, el monopolio en el ejercicio de dichas funciones varía según el tipo de función específica que se va a analizar, y, por eso, la caracterización del fenómeno de la corrupción en el ejercicio de estas funciones puede ser diversa. Pueden existir casos de corrupción caracterizados como *petty* o esporádicos (Andvig y Fjeldstad, 2001), y formas más institucionalizadas o sistemáticas de corrupción (Nadelmann, 1999), como por ejemplo, el tráfico de influencias para asignar mayores recursos a determinados despachos; el soborno para la contratación de ciertos servicios o suministros (que involucran a privados), entre otras posibilidades.

Por último, hay ciertas funciones que deben ser analizadas con detenimiento, pues son cruciales para garantizar la independencia de los jueces. Por ejemplo, la selección de funcionarios y empleados de la Rama Judicial (por lo general, M+D),⁷ en la que los funcionarios judiciales tienen distintos grados de participación en su ejercicio según las disposiciones constitucionales y legales establecidas para ello.⁸

Así, el nombramiento en cargos de carrera debe ajustarse a los principios constitucionales (merito como fundamento principal).⁹ La Corte Constitucional¹⁰ ha sostenido que se debe seleccionar al primer candidato de la lista, pues estas se elaboran según el puntaje obtenido

7 La selección de funcionarios y empleados suele estar en cabeza del sector jurisdiccional de la rama según las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia, aunque en algunos casos, otros funcionarios del Estado participan en el proceso (por ejemplo, en la selección de magistrados de la Corte Constitucional). El monopolio y la discrecionalidad en el ejercicio de estas funciones son más reducidos en la asignación de los cargos en propiedad, pues estos requieren la realización de un concurso de méritos. Sin embargo, el monopolio y la discrecionalidad en el ejercicio de estas funciones puede aumentar en los casos de nombramientos por encargo o en provisionalidad, pues en estos, el nombramiento depende del nominador (por regla general, el juez o magistrado superior, o la Sala específica de la corporación), quien selecciona de la lista de candidatos suministrada por el Consejo Superior de la Judicatura. Véase Congreso de la República. Ley 270 del 7 de marzo de 2017, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (arts. 131 y 132).

8 En términos generales, las reglas constitucionales y legales establecidas para la selección y provisión de cargos en la Rama Judicial están contenidas en la Constitución Política (el art. 256 le otorga al Consejo Superior de la Judicatura las atribuciones relacionadas con la administración de la carrera judicial y la elaboración de las listas de candidatos para la designación de los funcionarios judiciales), y en la Ley 270 de 1996 que define la clasificación de los empleos y las distintas autoridades nominadoras de la Rama (por ejemplo, arts. 130-132). Además, existe jurisprudencia referida al ejercicio de estas funciones (véanse notas al pie 8 y 9).

9 Constitución Política (1991) (arts. 125 y 126). Congreso de la República. Ley 270 del 7 de marzo de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (art. 156).

10 Corte Constitucional. Sentencias C-037 del 5 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-613 del 6 de agosto de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

de forma descendente. Por esto, se debe estar atento a analizar los casos en los que no se designa al primer candidato, pues aunque la jurisprudencia ha sostenido que puede ser posible hacerlo por razones objetivas, sólidas y explícitas,¹¹ es importante constatar que la no selección de este responda a dichos criterios y no a razones indebidas. Igualmente, se debe estar atento al nombramiento de cargos en provisionalidad en la Rama Judicial para verificar que no se empleen prácticas clientelistas, de soborno o de tráfico de influencias, entre otras (Corporación Excelencia en la Justicia y Transparencia por Colombia, 2008, pp. 41-42).

Otro ejemplo es la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura (D), en la que participan, según las reglas constitucionales establecidas, distintos servidores del Estado.¹² Aunque según la jurisprudencia de la Corte Constitucional la elección de estos magistrados cuenta con un margen de discrecionalidad más amplio,¹³ estas formas de elección permiten ciertas dinámicas, como el tráfico de influencias, los casos de “yo te elijo, tú me eliges”, el intercambio de favores, entre otras prácticas indebidas.¹⁴

En suma, los actos de corrupción que pueden presentarse en la Rama Judicial son diversos, pueden responder a varias dinámicas (pequeñas, esporádicas, permanentes, sistemáticas), pueden ser perpetrados por distintos funcionarios y empleados, y pueden presentarse en el ejercicio de funciones jurisdiccionales y de otras funciones a cargo de la rama. El análisis del fenómeno de la corrupción en la Rama Judicial debe comprender las distintas funciones y atribuciones que tiene, los servidores públicos que participan en su ejercicio, los particulares que tienen intereses en el ejercicio de dichas funciones, entre otras cuestiones. También debe analizar el grado de monopolio que existe en el ejercicio de las funciones y la forma de rendición de cuentas y de control de las mismas.

11 Corte Constitucional. Sentencias C-037 del 5 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-086 del 17 de febrero de 1999, M. P. José Gregorio Hernández; SU-613 del 6 de agosto de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-969 del 23 de noviembre de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

12 Las reglas de elección de estos magistrados están establecidas en la Constitución Política (arts. 231, 239, 254), que define las autoridades del Estado que participan en dicha elección. Por ejemplo, en el caso de la Corte Suprema y el Consejo de Estado, las autoridades que participan en el proceso son las mismas corporaciones y el Consejo Superior de la Judicatura.

13 Corte Constitucional. Sentencia T-521 del 7 de julio de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-969 del 23 de noviembre de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

14 Consejo de Estado. Sentencia de Unificación 2013-0007-00 del 15 de julio de 2014, M. P. Stella Conto Díaz del Castillo. La repercusión de este caso puede consultarse en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/se-acabo-el-yo-te-elijo-tu-me-eliges-articulo-500628>

3. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DE LA CORRUPCIÓN JUDICIAL

Este apartado hace una aproximación al estudio de la corrupción judicial en Colombia, en particular, a la corrupción que puede presentarse en el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Se realiza a partir del análisis de la información de indicadores internacionales y datos sobre percepción y victimización, la información derivada de los registros de delitos y faltas disciplinarias en contra de jueces y magistrados, y la descripción de algunos casos emblemáticos relativos a la corrupción en la justicia.

A. INDICADORES INTERNACIONALES SOBRE CORRUPCIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA

1. *Índice de Estado de Derecho (Rule of Law)*

El Índice del Estado de Derecho (Rule of Law Index), elaborado por el World Justice Project, tiene como objetivo medir el nivel de implementación de aspectos esenciales de un Estado de derecho (*rule of law*) en distintos países, a través de la medición de nueve factores que son construidos por medio de la evaluación de diferentes variables. La fuente de información utilizada para valorar estos aspectos es, por una parte, una encuesta de 1.000 personas en las tres ciudades más grandes de cada país, y por otra parte, unos cuestionarios hechos a expertos en la práctica y academia correspondiente a los diversos factores que constituyen el índice (World Justice Project, 2016, p. 15).

En 2016, el Índice de Estado de Derecho posicionó a Colombia en el lugar 71 de 113 países analizados, con un puntaje de 0,51.¹⁵ Si se le compara con países de América Latina y el Caribe, Colombia se encuentra en el puesto 19 de 30 países, la lista es liderada por Uruguay (con 0,72), Costa Rica (0,68) y Chile (0,68).

El Índice presenta datos concretos sobre percepción de corrupción según el poder público (factor 2 del índice), así como dos subfactores sobre corrupción en los factores de justicia civil y de justicia penal (factores 7 y 8).

Los datos generales relacionados con corrupción en Colombia no son alentadores, pues el factor de “ausencia de corrupción”, que evalúa la corrupción según las ramas del poder público, registró un puntaje de 0,41 consolidado, que ubica a Colombia en el puesto 77 a nivel

¹⁵ El puntaje va de 0,00 en el caso de un nulo cumplimiento de los factores del Estado de derecho, a 1 en caso de un cumplimiento perfecto.

mundial (World Justice Project, 2016, pp. 30-31). De las tres ramas, la Rama Judicial obtuvo el mejor puntaje (con 0,53) (p. 70).

Los puntajes de corrupción en los factores que se refieren específicamente a la justicia civil y a la justicia penal no fueron particularmente buenos. La ausencia de corrupción en el sistema de justicia civil fue calificada con un puntaje de 0,48, mientras que en el caso de la justicia penal, este puntaje fue de 0,40 (World Justice Project, 2016, p. 70).

2. Percepción y victimización de la corrupción judicial en la ciudadanía

Debido a la diversidad de formas que asume la corrupción, la medición de la victimización real por actos de corrupción es compleja; en varias circunstancias, la víctima de un acto de corrupción puede ser difusa (como la sociedad), o puede no ser identificable de manera clara.

En 2016, Transparencia Internacional llevó a cabo una investigación que encontró información interesante sobre la corrupción en los países de Latinoamérica. Esta investigación se basó en 22.302 encuestas (*surveys*) realizadas por el Latinobarómetro y por Market Research Services entre mayo y diciembre de 2016 en 20 países de la región (Transparency International, 2017, p. 5).¹⁶ Se enfocó en el soborno a un funcionario público por parte de un ciudadano, por lo que otras formas de corrupción no fueron medidas.

En el caso de la percepción de corrupción en Colombia,¹⁷ el 53% de la población encuestada aseguró que algunos jueces y magistrados eran corruptos, el 21% creía que la mayoría eran corruptos, y el 16% creía que todos eran corruptos.¹⁸

Respecto de los resultados sobre victimización por corrupción en la justicia (a saber, si las personas que tuvieron contacto con las “cortes” en los últimos doce meses tuvieron que pagar algún soborno), el 11% reportó haber tenido que pagar alguna especie de soborno. Aunque este valor se acerca al promedio regional (del 12%), debe señalarse que este promedio incluye a Venezuela y a Honduras que tienen una tasa muy alta de soborno en los ser-

16 En el caso de Colombia, las encuestas realizadas fueron de una muestra de 1.200 personas adultas, de manera aleatoria y presencial, y en diferentes hogares, discriminando factores como el nivel de urbanización o la estratificación de las regiones (Transparency International, 2017, p. 31).

17 Los datos discriminados por pregunta y por país pueden ser consultados en: https://www.transparency.org/files/content/feature/GCB_2017_LAC_Full_Final_Regional_Results_English.xlsx

18 Estos resultados pueden consultarse en: https://www.transparency.org/files/content/feature/GCB_2017_LAC_Full_Final_Regional_Results_English.xlsx

vicios de justicia (56 y 36% respectivamente), mientras que la siguiente tasa más alta fue la de Guatemala (13%). Por su parte, hubo otros países que tuvieron tasas entre el 4 y el 6%.¹⁹

B. REGISTROS ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS CON LA CORRUPCIÓN JUDICIAL

Dos instituciones tienen información relevante para analizar la corrupción judicial. La Fiscalía General posee información sobre el número de investigaciones penales adelantadas por hechos que están —o pueden estar— asociados a corrupción de jueces, fiscales, empleados judiciales y magistrados de tribunales o consejos seccionales. La Sala Disciplinaria²⁰ (y sus seccionales) tienen información sobre la cantidad de procesos y sanciones disciplinarias que están —o pueden estar— asociadas a actos de corrupción.

Los datos permiten evidenciar el tipo de conductas que pueden estar asociadas a actos de corrupción judicial, aunque no reflejan necesariamente la cantidad de hechos de corrupción ocurridos. Esto se debe al posible subregistro de dichos hechos, a la falta de detección de los mismos dada la naturaleza encubierta de la corrupción, y a que no se sabe cuántas denuncias realizadas se hacen como forma de retaliación en contra del funcionario judicial por adoptar una decisión determinada.

1. Información sobre procesos penales

Según la Fiscalía, en respuesta al derecho de petición enviado por Dejusticia (ver Anexo 1), entre el 2008 y el 2016 se registraron 6.475 noticias criminales por hechos delictivos asociados con corrupción²¹ en los que al menos un indiciado era juez, fiscal, magistrado o empleado judicial. La información recibida desagrega el número de noticias criminales ingresadas al año según el tipo de funcionario o empleado judicial indiciado, pero no se aclara si una misma noticia criminal que involucra a varios funcionarios o empleados es contada más de una vez (tabla 1).

19 Estos resultados pueden consultarse en: https://www.transparency.org/files/content/feature/GCB_2017_LAC_Full_Final_Regional_Results_English.xlsx

20 El Acto Legislativo 02 de 2015 creó la Comisión Nacional de Disciplina que reemplaza a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que fue originalmente creada en el artículo 254 de la Constitución Política como parte del Consejo Superior de la Judicatura. Al momento de realizar este documento, dicha Comisión no se había implementado, por lo cual, la Sala Disciplinaria continuaba en el marco del régimen de transición establecido en la reforma constitucional.

21 La lista de estas conductas se encuentra en la nota al pie 4.

Tabla 1. Cantidad de noticias criminales que entraron entre 2008 y 2016 en las que al menos un indiciado era juez, fiscal, magistrado o empleado judicial

Año	Empleado judicial	Fiscal	Juez	Magistrado	Total
2008	39	381	209	14	643
2009	40	398	306	11	755
2010	29	333	315	49	726
2011	43	324	360	122	849
2012	49	273	344	104	770
2013	29	252	324	37	642
2014	39	222	234	59	554
2015	79	257	270	159	765
2016	61	301	253	156	771
Total	408	2.741	2.615	711	6.475

Fuente: Fiscalía General de la Nación (2017). Respuesta a derecho de petición.

El número de noticias criminales que involucraban a fiscales y jueces indiciados osciló, por año, entre 200 y 400 noticias criminales en el período comprendido entre 2008 a 2016. En el caso de las noticias criminales que involucraban a magistrados (respecto de los que la Fiscalía tiene competencia), hay diferencias entre los años: en 2008 y 2009 hubo 14 y 11 noticias criminales respectivamente, mientras que en 2015 y 2016, hubo 159 y 156 noticias criminales respectivamente.

La mayoría de noticias criminales registradas en el período de 2008 a 2016 fueron por el delito de prevaricato por acción²² (3.478) y prevaricato por omisión²³ (2.113). Es importante mencionar que estas conductas no necesariamente pueden estar asociadas a hechos de corrupción, pues, por ejemplo, pueden referirse a que el funcionario judicial usó una interpretación legal distinta a la realizada por un juez de instancia superior sin que ello esté asociado

22 El artículo 413 del Código Penal tipifica el delito de prevaricato por acción de la siguiente manera: “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.

23 El artículo 414 del Código Penal tipifica el delito de prevaricato por omisión de la siguiente manera: “El servidor público que omite, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses”.

a un beneficio propio o ajeno, o a que son denuncias realizadas por quienes “perdieron” el caso en la decisión de instancia, como mecanismo de presión o retaliación en contra del funcionario judicial. También es posible que dichas conductas sí hayan sido llevadas a cabo con el objetivo de favorecer de manera indebida los intereses de una parte o de un tercero (tabla 2).

Tabla 2. Cantidad de noticias criminales que entraron entre 2008 y 2016 en los cinco delitos más representativos en los que al menos un indiciado era juez, fiscal, magistrado o empleado judicial

Delito	Empleado judicial	Fiscal	Juez	Magistrado	Total
Prevaricato por acción (art. 413)	109	1.104	1.731	534	3.478
Prevaricato por omisión (art. 414)	90	1.230	671	122	2.113
Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (art. 416)	56	86	64	8	214
Concusión (art. 404)	44	89	31	4	168
Peculado por apropiación (art. 397)	26	22	29	5	82
Otros delitos	83	210	89	38	420
Total	408	2.741	2.615	711	6.475

Fuente: Fiscalía General de la Nación (2017). Respuesta a derecho de petición.

Adicionalmente, en el período estudiado hay un bajo registro de noticias criminales cuyos hechos estén más directamente asociados al fenómeno de la corrupción, como el cohecho²⁴ propio (77 noticias registradas en el período entre 2008 y 2016), el tráfico de influencias (52 noticias) o el enriquecimiento ilícito (21 noticias). También hay un bajo registro de delitos que pueden estar más asociados a hechos de corrupción en la gestión de la rama, como el de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales (12 noticias), o el interés indebido en la celebración de contratos (1 noticia criminal).

Por otro lado, la información de la Fiscalía permite establecer el número de imputaciones realizadas durante el período comprendido entre 2008 a 2016. Con estas imputaciones es

²⁴ El cohecho es el delito directamente asociado al soborno. El cohecho propio ocurre cuando el funcionario recibe pago o beneficio para emitir, omitir o retardar un acto contrario a sus deberes; el cohecho impropio ocurre cuando el acto por el que se paga debe ser llevado a cabo; y el cohecho por dar u ofrecer ocurre cuando la persona ofrece el pago al funcionario correspondiente. Véase Congreso de la República. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Por la cual se expide el Código Penal (arts. 405-407).

posible determinar el número de casos en los que la Fiscalía considera que existen elementos materiales probatorios para inferir razonablemente que la persona imputada es autora o partícipe de la conducta investigada;²⁵ aunque no implica que se pueda sostener que es responsable de la conducta. La información también permite analizar el número de escritos de acusación presentados por la Fiscalía, en los que esta formalmente acusa al imputado de haber cometido la conducta delictiva y considera que lo puede vencer en juicio.²⁶ En esta etapa, la Fiscalía normalmente tiene un convencimiento mayor sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado.

El número de imputaciones y de acusaciones respecto de la cantidad de noticias criminales registradas es bajo. Los delitos que más imputaciones y acusaciones tuvieron en el período comprendido entre 2008 y 2016 fueron el prevaricato por acción (48 imputaciones y 38 acusaciones), la concusión (19 y 18), y el prevaricato por omisión (17 y 13) (tabla 3).

Tabla 3. Noticias criminales que tienen registrada una actuación de imputación o escrito de acusación realizada entre 2008 y 2016, en las que al menos un indiciado era juez, fiscal, magistrado o empleado, por delito

Año	Noticias criminales registradas	Formulación de imputación	Escrito de acusación
2008	643	1	2
2009	755	7	7
2010	726	5	5
2011	849	13	11
2012	770	15	16
2013	642	22	11
2014	554	12	16
2015	765	17	9
2016	771	17	14
Total	6.475	109	91

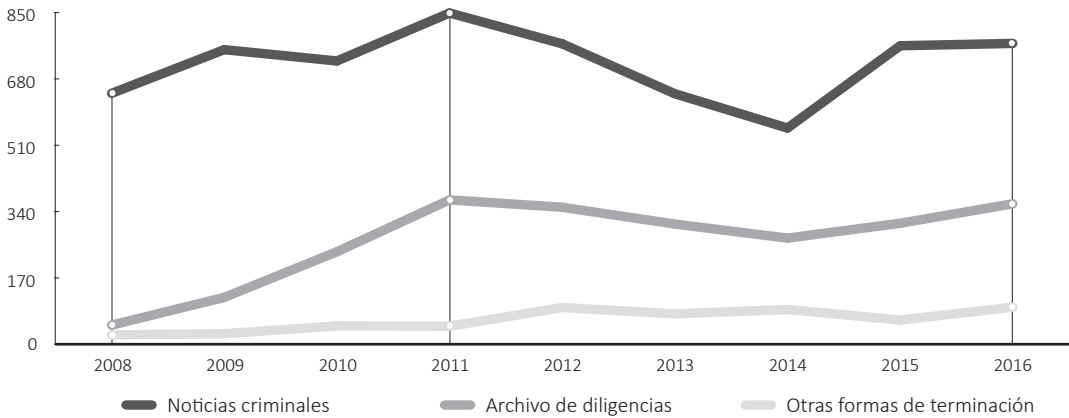
Fuente: Fiscalía General de la Nación (2017). Respuesta a derecho de petición.

25 Congreso de la República. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (arts. 286 y 287).

26 *Ibid.*, artículo 336.

Respecto de las formas de terminación registradas que pueden presentarse en distintas fases procesales,²⁷ entre el 2008 y el 2016 la más empleada fue el archivo (2.377), principalmente el relativo a la atipicidad de la conducta o inexistencia del hecho (2.351). Otras formas de terminación en el período incluyeron la preclusión (229 durante el período analizado) y las sentencias (51), entre otras (gráfico 1).

Gráfico 1. Noticias criminales y formas de terminación del proceso penal entre el 2008 y el 2016



Fuente: elaboración con base en datos de la Fiscalía General de la Nación (2017). Respuesta a derecho de petición.

Nota: Es importante aclarar que para efectos de este documento se agruparon distintos datos de formas de terminación en algunas categorías. Así, la serie “Archivo de diligencias” agrupa datos de tres clasificaciones usadas por la Fiscalía: archivo por atipicidad de la conducta o inexistencia del hecho (con 2.351 registros), archivo por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo (con 8), y archivo por otras causales (con 18). La serie “Otras formas de terminación” incluye la preclusión, la sentencia condenatoria, la sentencia absolutoria, la inactivación del caso por conexidad o doble radicación, la salida a otra jurisdicción, la conciliación con acuerdo, el desistimiento de la querrela, la extinción de la acción penal, entre otras.

En suma, la mayor cantidad de noticias criminales registradas en el período analizado no alcanzó la fase de imputación ni las subsiguientes fases, y la forma más empleada de terminación fue el archivo por atipicidad. Es fundamental analizar con mayor detenimiento en qué

27 La legislación procesal penal establece distintas formas de terminación, tales como el archivo, la preclusión y la sentencia, entre otras.

proporción los delitos señalados pueden constituir corrupción judicial, en qué circunstancias eso no ocurre (en especial, en los delitos en los que la asociación del hecho con el fenómeno de la corrupción no es evidente *prima facie*), cuáles son las razones que explican que el archivo por atipicidad y la preclusión sean formas de terminación bastante empleadas, y por qué hay un número bajo de imputaciones y acusaciones.

En este análisis es importante tener en cuenta que caracterizar e investigar la corrupción judicial debe ser una prioridad, pues la justicia es la encargada de investigar y sancionar la corrupción general y, por tal razón, no puede existir manto de duda sobre sus actuaciones. Igualmente, es importante verificar y garantizar que la justicia sea capaz, de manera independiente y eficiente, de investigar y sancionar su propia corrupción.

2. Información sobre procesos disciplinarios

El régimen disciplinario de los funcionarios judiciales está regulado en el marco general establecido para los servidores públicos,²⁸ y en disposiciones especiales contenidas en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Constitución y otras leyes.²⁹ Al igual que en el caso de algunos delitos, es importante mencionar que las faltas disciplinarias no siempre están relacionadas con hechos de corrupción, pues algunas pueden estar asociadas a falta de diligencia en el desempeño del cargo o a incumplimiento de ciertos procedimientos, sin que esto necesariamente implique que se ha abusado de un poder encomendado en beneficio propio o ajeno.

La información recibida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no permite asociar, de manera clara, las faltas y las sanciones impuestas a hechos de corrupción. Primero, porque la información específica sobre el fundamento legal de las sanciones (según norma y artículo vulnerado), por sí sola, no permite determinar la naturaleza de la conducta sancionada. Segundo, porque la forma en la que se encuentran consagrados los deberes, las prohibiciones y las faltas disciplinarias hace que la naturaleza de la conducta sea, en ocasiones, difusa. Por ejemplo, varias sanciones se deben a violaciones de los deberes de los funcionarios judiciales,³⁰ entre ellas, las relacionadas con el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996, es decir, el deber de “respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos”.³¹ Esta disposición tan general no permite

28 Congreso de la República. Ley 734 del 5 de febrero de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Véanse, entre otras, las disposiciones del Título XII.

29 *Ibid.*, artículo 196.

30 Congreso de la República. Ley 270 del 7 de marzo de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (art. 153).

31 *Ibid.*, artículo 153, numeral 1.

identificar si el acto por el que se sancionó al funcionario judicial involucró una situación de corrupción.

Por otro lado, no es posible analizar si el control disciplinario de los funcionarios y empleados judiciales desincentiva y sanciona de manera efectiva la corrupción judicial, debido a los problemas en la calidad de la información. Esta debilidad de la calidad de la información es problemática, toda vez que, según fue analizado por la Corporación Excelencia en la Justicia en 2008, el régimen disciplinario de la Rama Judicial suele tener controles débiles y poco rigurosos, y suele ofrecer pocas medidas de protección a los funcionarios o usuarios que pueden denunciar actos de corrupción, entre otras (Corporación Excelencia en la Justicia y Transparencia por Colombia, 2008, pp. 18-19).

C. CASOS DE CONNOTACIÓN PÚBLICA

Otra aproximación al análisis de la corrupción judicial se deriva de los casos que involucran a funcionarios o exfuncionarios judiciales que están siendo investigados o acusados, presuntamente, por haber cobrado o recibido dinero por la adopción de una determinada decisión judicial. En este apartado se reseñan tres casos que están en proceso de investigación y juzgamiento, en los que ha habido al menos una imputación en contra de alguno de los funcionarios y exfuncionarios involucrados. Los casos se reseñan a partir de la información de prensa, y fueron seleccionados con base en dos criterios, a saber: i) que evidenciaran actos de corrupción que pudieran involucrar a jueces y magistrados de varias instancias judiciales en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales; y, ii) que mostraran el posible involucramiento no solo de funcionarios de la rama, sino de sectores económicos, políticos y de crimen organizado.

La descripción que se realiza de los casos tiene fines ilustrativos, no pretende agotar la exposición de todos aquellos donde puede haber corrupción en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, ni significa que se considere que sean los casos más representativos. La información no permite realizar análisis generalizables respecto de la corrupción en la justicia, pero sí evidenciar formas y dinámicas concretas en las que esta se puede presentar.

Vale la pena mencionar que la investigación y el juzgamiento de funcionarios judiciales por favorecer intereses de terceros en las decisiones no es un fenómeno reciente. Hay varios exfuncionarios judiciales condenados por esto, como el exdirector seccional de Fiscalías de

Medellín (Guillermo Valencia Cossio),³² el juez promiscuo municipal de Puerto López, Meta (Jaime Enrique Nieto Ojeda),³³ entre otros.

1. Los funcionarios y empleados judiciales del departamento del Meta

En 2017 fueron capturados varios magistrados, jueces penales y de ejecución de penas, y empleados judiciales del departamento del Meta. Están acusados de favorecer a integrantes de bandas criminales para entorpecer o evitar el funcionamiento de la administración de justicia, en especial para obtener beneficios penales para personas condenadas.

En efecto, el 30 de junio de 2017, la policía judicial de la Dijin capturó³⁴ a un juez penal, a un juez de ejecución de penas, a un juez promiscuo, a un fiscal seccional de Villavicencio, a una investigadora del CTI, a un psiquiatra de Medicina Legal, y a un jefe jurídico del Instituto Nacional Penitenciario de Villavicencio. El 10 de julio de 2017, la Fiscalía señaló a los magistrados del Tribunal Superior de Villavicencio de liderar la red de corrupción.³⁵ Otros funcionarios fueron señalados,³⁶ y para el 10 de julio de 2017 se había capturado un total de 24 funcionarios y empleados judiciales.³⁷

Según la Fiscalía, esta red de corrupción ofrecía decisiones judiciales favorables a cambio de sumas millonarias de dinero que, según el ente acusador, ascendían a \$3.000 millones de pesos repartidas entre los magistrados del Tribunal Superior entre 2010 y 2015.³⁸ Más aún, según algunos testimonios, al pago de sumas de dinero se agregaron otros servicios, como el pago de estadías en balnearios, licor y servicios sexuales.³⁹

32 Véase, por ejemplo, El Espectador (2011). Corte Suprema declara culpable a Valencia Cossio. 10 de febrero. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-suprema-declara-culpable-valencia-cossio-articulo-250066>

33 Véase Fiscalía General de la Nación (2017). Corte confirma sentencia y revoca beneficio a juez condenado por prevaricato en Meta. 3 de noviembre. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/corte-confirma-sentencia-y-revoca-beneficio-a-juez-condenado-por-prevaricato-en-meta/>

34 Véase El Tiempo (2017). Se destapa otra «olla» de corrupción judicial. 30 de junio. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/en-el-meta-detienen-a-cuatro-jueces-en-nuevo-escandalo-de-corrupcion-judicial-104344>

35 Véase El Tiempo (2017). Hasta con servicios sexuales habrían sobornado a magistrados del Meta. 10 de julio. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/escandalo-de-corrupcion-en-magistrados-del-meta-107680>

36 Véase El Tiempo (2017). La escandalosa venta de beneficios que sacude a la justicia y al Inpec. 5 de julio. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/la-venta-de-beneficios-que-sacude-a-la-justicia-y-al-inpec-105644>

37 Véase Caracol Radio (2017). Justicia del Meta al “banquillo” por corrupción. Recuperado de: http://caracol.com.co/radio/2017/07/09/judicial/1499610824_071262.html

38 Véase El Tiempo (2017). «Magistrados aceptaron \$3.000 millones de bandas del Meta»: Fiscalía. 10 de julio. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/fiscalia-les-imputa-cargos-a-tres-magistrados-del-tribunal-superior-de-villavicencio-por-corrupcion-107418>

39 Véase El Tiempo (2017). La escandalosa venta de beneficios que sacude a la justicia y al Inpec. 5 de julio. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/escandalo-de-corrupcion-en-magistrados-del-meta-107680>

Según las grabaciones de las comunicaciones interceptadas por la Fiscalía que se han conocido, los beneficios judiciales o administrativos ofrecidos a las personas procesadas contaban con precios diferenciados y determinados, “como si se tratara de un catálogo de mercancías”.⁴⁰ Debido a que la gran mayoría de beneficios ofrecidos eran órdenes de libertad condicional, permisos de trabajo o sustitución de la privación de la libertad por prisión domiciliaria, las personas clave de esta red eran los jueces de ejecución de penas que adoptan este tipo de decisiones.⁴¹ Hasta la fecha de elaboración de este documento se sabe que los procesos penales contra las personas capturadas continúan abiertos.⁴²

2. La tutela de Fidupetrol en la Corte Constitucional

El 28 de febrero de 2015, el entonces magistrado de la Corte Constitucional, Mauricio González Cuervo, presentó ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes una denuncia en contra del entonces magistrado de la Corte Constitucional, Jorge Ignacio Pretelt.⁴³ Según la denuncia, Pretelt había solicitado al abogado de Fidupetrol, Víctor Pacheco, la suma de \$500 millones de pesos para influir sobre él (González Cuervo), en cuyo despacho se encontraba la decisión de la acción de tutela de Fidupetrol.⁴⁴ Luego de una investigación en la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes, la Cámara acusó al entonces magistrado Pretelt ante el Senado el 15 de diciembre de 2016⁴⁵ por el delito de concusión.⁴⁶ El Senado decidió suspenderlo del cargo y enviar el caso ante la Corte Suprema de Justicia para que se realice el juzgamiento penal.⁴⁷ El 19 de octubre de

40 El Tiempo (2017). La escandalosa venta de beneficios que sacude a la justicia y al Inpec. 5 de julio. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/la-venta-de-beneficios-que-sacude-a-la-justicia-y-al-inpec-105644>

41 *Idem*.

42 Véase El Tiempo (2017). Imputan cargos a implicados en red de corrupción en el Meta. 2 de julio. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/delitos/imputan-cargos-a-implicados-en-red-de-corrupcion-en-el-meta-104856>; RCN Noticias (2017). Fiscalía acusó a tres magistrados de Meta implicados en caso de corrupción. Recuperado de: <http://www.noticiasrcn.com/nacional-justicia/fiscalia-acuso-tres-magistrados-meta-implicados-caso-corrupcion>

43 Véase El Tiempo (2018). Las claves en el caso contra el magistrado Jorge Pretelt. 18 de agosto. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/claves-en-el-caso-contra-el-magistrado-jorge-pretelt-37858>

44 Véase El Espectador (2016). El caso de Jorge Pretelt. 25 de agosto. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/el-caso-de-jorge-pretelt-articulo-651120>. El Espectador (2016). Senado suspendió del cargo a Pretelt y lo dejó en manos de la Corte Suprema. 24 de agosto. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/senado-suspension-del-cargo-pretelt-y-dejo-manos-de-cort-articulo-650883>

45 Véase Revista Semana (2015). Cámara de Representantes aprueba acusación contra el magistrado Jorge Pretelt. 15 de diciembre. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/camara-de-representantes-acuso-al-magistrado-jorge-pretelt/453774-3>

46 Según el Código Penal colombiano, el delito de concusión consiste en el abuso del cargo o funciones hecho por un servidor público para constreñir o inducir a alguien a prometer favores, dinero u otro beneficio. Congreso de la República. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Por la cual se expide el Código Penal (art. 404).

47 Véase El Espectador (2016). Senado suspendió del cargo a Pretelt y lo dejó en manos de la Corte Suprema. 24 de agosto. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/senado-suspension-del-cargo-pretelt-y-dejo-manos-de-cort-articulo-650883>

2017 la Corte inició la audiencia de juzgamiento, sin que a la fecha de elaboración de este documento se haya dictado sentencia.⁴⁸

3. *El fiscal anticorrupción y los exmagistrados y magistrados de la Corte Suprema de Justicia*

En 2017 se conoció la existencia de una presunta red de corrupción judicial que involucra a tres exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia y a un magistrado de la sala penal de dicha Corte. Las acusaciones se refieren a una red de corrupción liderada por dichos exfuncionarios, que ofrecían o engavetaban decisiones judiciales a funcionarios con fuero constitucional, procesados ante la sala penal de la Corte Suprema (congresistas y otros altos funcionarios).

Este caso fue de conocimiento público el 27 de junio de 2017, cuando el entonces director de la Unidad Anticorrupción de la Fiscalía, Luis Gustavo Moreno, y su socio, Leonardo Pinilla, fueron capturados en Bogotá, luego de que investigaciones realizadas en Estados Unidos determinaron que Moreno había solicitado un soborno de un millón de dólares para favorecer al exgobernador del departamento de Córdoba, Alejandro Lyons.⁴⁹ El exgobernador era investigado por Moreno por actos de corrupción a causa de irregularidades en la contratación del departamento de Córdoba, caso que comenzó a involucrar también a otros familiares de Lyons.⁵⁰

Como consecuencia de esta captura, el exfiscal Moreno se comprometió a colaborar con la justicia y a declarar en contra de los exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia Camilo Tarquino, José Leonidas Bustos y Francisco Ricaurte, y el magistrado Gustavo Malo, que presuntamente participaban en dicha red de corrupción.⁵¹ Según la información recopilada, los exmagistrados de la Corte habrían recibido pagos para decidir o influir en decisiones favorables de personas investigadas penalmente, tales como, evitar la emisión de órdenes de captura,⁵² promover el archivo de las investigaciones y dictar fallos inhibitorios.⁵³ A me-

48 Véase El Tiempo (2017). Jorge Pretelt negó haber exigido dinero en el caso de Fidupetrol. 19 de octubre. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/se-inicia-juicio-contr-a-el-exmagistrado-jorge-pretelt-por-caso-fidupetrol-142630>

49 Véase El Tiempo (2017). US \$1 millón, el soborno que pedía jefe de Unidad Anticorrupción. 27 de junio. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/gustavo-moreno-jefe-de-unidad-anticorrupcion-capturado-por-pedir-soborno-103384>

50 Véase El Tiempo (2017). Fiscalía, con la lupa sobre negocios de papá de Alejandro Lyons. 17 de noviembre. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/fiscalia-investiga-negocios-del-papa-de-alejandro-lyons-en-cordoba-152126>

51 Véase El Tiempo (2017). Estas son las 26 personas contra las que declarará Gustavo Moreno. 11 de noviembre. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/delitos/salpicados-por-exfiscal-gustavo-moreno-por-cartel-de-la-toga-150286>

52 Véase El Espectador (2017). "Gustavo Moreno era un extorsionista profesional": Musa Besaile. 29 de agosto. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/gustavo-moreno-era-un-extorsionista-profesional-senador-musa-besayle-articulo-710493>

53 Véase El Tiempo (2017). Las absoluciones que enredan a Leonidas Bustos y a su corte. 15 de octubre. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/investigacion-absoluciones-de-leonidas-bustos-gustavo-moreno-y-otros-141190>

diados de octubre de 2017, Luis Gustavo Moreno presentó sus declaraciones contra ellos, y describió la forma en la que utilizaba los sobornos para influir en cómo se llevaban los casos contra varios congresistas.⁵⁴

Dentro de la presunta red de corrupción, el exmagistrado Ricaurte parecía tener una gran cantidad de poder dentro de la Corte Suprema y otros tribunales o instituciones.⁵⁵ Aunque Luis Gustavo Moreno aceptó cargos y accedió a colaborar con la justicia el pasado 11 de diciembre de 2017,⁵⁶ todavía se desconoce si ha dicho todo lo que sabe sobre este episodio, y las circunstancias de su nombramiento como director de la Unidad Anticorrupción de la Fiscalía, entre otras cuestiones.⁵⁷

4. RECOMENDACIONES

La corrupción es un fenómeno que no tiene una definición única en la literatura, y que puede ser caracterizado y analizado a partir de varios marcos conceptuales, por lo que su análisis requiere considerar distintos enfoques. Por eso, aunque este texto prioriza la aproximación a la corrupción judicial desde un enfoque más de diseño institucional, ello no quiere decir que no sea relevante explorar otras aproximaciones, más asociadas a la cultura institucional y al contexto político, económico e histórico en el que se desempeña el sistema judicial.

El texto considera que un primer punto de partida para comprender el fenómeno de la corrupción es la definición planteada por Transparencia Internacional, la cual señala que la corrupción es “el abuso de un poder encomendado para el beneficio privado”.⁵⁸ Igualmente, sugiere realizar una aproximación a la caracterización de la corrupción judicial a partir de la fórmula propuesta por Klitgaard, según la cual, la corrupción (C) tiende a aparecer cuando un decisor detenta un poder monopólico sobre un conjunto de decisiones (M), existe discrecionalidad para que tome dichas decisiones (D), y en el sistema hay pocos mecanismos de transparencia y rendición de cuentas (A). A esta fórmula se le puede incluir, siguiendo a Anil Jain (2001), la probabilidad de que el acto sea sancionado (S).

54 Véase Revista Semana (2017). Gustavo Moreno contrataca. 21 de septiembre. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/gustavo-moreno-revelaciones-y-chats/544442>

55 Véase El Espectador (2017). ¿Hasta dónde llegó la corrupción en la justicia? 23 de septiembre. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/hasta-donde-llego-la-corrupcion-en-la-justicia-articulo-714663>

56 Véase El Tiempo (2017). Exfiscal Moreno acepta cargos y pide rebaja de la mitad de la pena. 11 de diciembre. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/exfiscal-moreno-es-acusado-hoy-en-la-corte-por-dos-cargos-por-corrupcion-160408>

57 Véase Revista Semana (2017). La verdad que podría llevarse Gustavo Moreno. 21 de diciembre. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/extradicion-a-estados-unidos-del-exfiscal-gustavo-moreno/551156>

58 Esta definición se encuentra en la página web de Transparencia Internacional. Véase <https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>

De esta manera, la aproximación al análisis de la corrupción judicial puede realizarse a partir de varios elementos. En primer lugar, puede considerarse el tipo de función involucrada en la que el decisor adopta la decisión (jurisdiccional, apoyo, gobierno, gerencia). En segundo lugar, debe tenerse clara la cantidad y el tipo de funcionarios y empleados que participan en el ejercicio de dicha función (jueces, fiscales, magistrados, empleados), así como el grado de monopolio y discrecionalidad en el ejercicio de la misma. En tercer lugar, debe saberse en qué circunstancias (decisiones de interés general, entre partes, contratación, etc.), qué particulares y servidores públicos pueden tener interés en la decisión que se adopta (ciudadanos, entidades públicas, políticos, sectores económicos, jueces, etc.). En cuarto lugar, debe considerarse los beneficios privados que genera el abuso del decisor en el ejercicio de la función. En quinto lugar, debe explorarse el funcionamiento de los mecanismos de rendición de cuentas y sanción existentes en el marco del ejercicio de la función (sanciones disciplinarias, penales, etc.).

Adicionalmente, la aproximación al análisis y a la lucha contra la corrupción judicial debe partir, por un lado, de la necesidad de develar y combatir este fenómeno, y, por otro, de asegurar que las medidas adoptadas para combatirla no comprometan la independencia de los jueces, no se realicen con el fin de perseguir u hostigar a los funcionarios judiciales, ni fomenten la cooptación de la justicia por parte de sectores políticos, económicos u otros.

En este escenario, a continuación se presentan algunas recomendaciones encaminadas a aumentar el conocimiento, y algunas medidas para prevenir y luchar contra la corrupción judicial. Dada la complejidad de este fenómeno, dichas recomendaciones son ilustrativas más que exhaustivas.

A. ACCIONES PARA PROFUNDIZAR EN LA CARACTERIZACIÓN Y EL ANÁLISIS DE LA CORRUPCIÓN JUDICIAL

El análisis de la corrupción judicial debe partir de criterios específicos que permitan definir, identificar y cuantificar la ocurrencia de actos de corrupción en la Rama Judicial. Por eso, una primera recomendación es *profundizar en la caracterización de la corrupción en el sistema judicial a partir de las distintas funciones que se ejercen en la rama*. Esto permitirá, por un lado, evidenciar los cargos en los que los funcionarios y empleados tienen mayor poder decisorio, mayor grado de discrecionalidad; aquellas funciones en las que estos servidores son más propensos a cometer actos de corrupción, y las que tienen menores mecanismos de control y sanción. Por otro lado, permitirá caracterizar las prácticas que pueden incentivar y desincentivar los actos de corrupción que son factibles de ser perpetrados por servidores

de la rama, por particulares y por otros servidores públicos relacionados con el sistema de justicia.

Dicha caracterización puede priorizar las funciones jurisdiccionales, pues la función misional de la Rama Judicial es administrar justicia de manera imparcial en un Estado de derecho. En estas funciones, los jueces y los magistrados tienen poder decisorio. Varios casos de corrupción reseñados en este texto están relacionados con estas funciones, pues se refieren al pago de dinero por adoptar determinadas decisiones judiciales (beneficios penales para personas condenadas, magistrados y exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia que reciben dinero para fallar a favor de políticos, entre otros).

La corrupción en el ejercicio de estas funciones puede expresarse de distintas formas, a saber: en la recepción de pagos por la promulgación de decisiones judiciales, en el tráfico de influencias para la toma de decisiones, en el favorecimiento indebido a una parte o a terceros, entre otras. También, se puede llevar a cabo en casos esporádicos donde unos funcionarios o empleados están involucrados; o puede ser efectuada de forma estructural, esto es, a través de esquemas organizados que involucran a varios funcionarios y empleados judiciales, y cuyos tentáculos pueden incluir a particulares o funcionarios de otras instituciones (jueces, fiscales, guardias del Inpec, etc.).

Esta caracterización debe incluir las funciones de gestión a cargo de la Rama Judicial. Los actos de corrupción que pueden presentarse en ellas pueden tomar distintas formas según el nivel de gestión del que se trate, y la cantidad de funcionarios, empleados y particulares involucrados en ellos. Así, pueden presentarse en la contratación de bienes y servicios, en el nombramiento de cargos en provisionalidad, en la asignación de contratos en el nivel territorial, entre otras cuestiones. En estas funciones, la corrupción también puede darse de manera aislada o asumir formas más estructurales o institucionalizadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, una segunda recomendación es tener un *sistema o mecanismo de recopilación de información acerca de la corrupción judicial*, que permita conocer la magnitud del fenómeno, hacerle seguimiento y diseñar políticas de prevención, investigación y sanción con fundamentos empíricos más sólidos, pues las distintas dinámicas de corrupción pueden requerir respuestas institucionales diferenciadas.

Por ejemplo, sería importante contar con mecanismos que permitan identificar y depurar, a partir de los delitos y las faltas disciplinarias que se siguen contra funcionarios y empleados judiciales, cuándo estas se relacionan con actos de corrupción y cuándo no. Algunos delitos y faltas disciplinarias deben ser analizados con detenimiento (prevaricato, por ejemplo), ya que debido a la forma como están consagrados en la legislación, pueden presentarse en

circunstancias asociadas o no a hechos de corrupción. En este sentido, sería recomendable realizar un análisis del contexto institucional y externo de las conductas delictivas y disciplinarias que pueden estar asociadas a la corrupción judicial, para determinar criterios que permitan establecer cuándo estas se relacionan con corrupción y la forma en la que los sistemas de información pueden identificarlas en las distintas etapas procesales.

B. ACCIONES PARA PREVENIR LA APARICIÓN DE FACTORES QUE FAVORECEN O INCENTIVAN LA CORRUPCIÓN JUDICIAL

La corrupción judicial no solo debe ser analizada y caracterizada, sino que debe prevenirse. Dado que el sistema judicial y la confianza ciudadana en la justicia son esenciales en un Estado democrático de derecho, se requiere prevenir y eliminar los factores que la favorecen o incentivan.

Para esto, una primera recomendación es *fortalecer el compromiso ético de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de quienes quieran ingresar a trabajar en la rama*. Esta recomendación parece etérea, pero dada la importancia de la justicia, sin contar con la ética de sus funcionarios y empleados no es viable un buen sistema que investigue y sancione la corrupción general. Unas ideas encaminadas a incrementar el compromiso ético de los funcionarios y empleados se relacionan con su formación y sensibilización, en particular respecto del rol que el ejercicio de sus funciones cumple en la sociedad y las razones por las cuales es tan relevante que sus actuaciones estén libres de corrupción. Por este motivo, mejorar la enseñanza de la profesión jurídica es una medida esencial para lograr este cometido.

Una segunda recomendación es que la *Rama Judicial adopte prácticas serias y permanentes de transparencia y rendición de cuentas*. Esto es importante por dos razones. Primero, porque según Klitgaard (1998), la transparencia y la rendición de cuentas son factores que reducen y desfavorecen la corrupción en una institución determinada, pues aumentan el control ciudadano sobre esta. Segundo, porque estas medidas son obligaciones que ya están normativamente establecidas en la Ley 1712 de 2014, Ley de Transparencia y de Acceso a la Información.

En este sentido, las distintas instituciones de la Rama Judicial deben adoptar acciones concretas de transparencia, sobre todo de aquellos actos en los que tienen un poder decisorio monopólico y que tienen poco (o nulo) control externo. Pueden, por ejemplo, publicar las hojas de vida completas y las declaraciones de renta y de bienes de todos los magistrados titulares y de los magistrados auxiliares; divulgar los procedimientos y mecanismos empleados para definir las listas de conjuces (generales y específicas en los casos concretos); y pu-

blicar los nombres de los magistrados que tienen familiares con parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad en la Fiscalía, los órganos de control, el Congreso de la República, o en altos cargos de la Rama Ejecutiva, entre otras acciones.⁵⁹

Una tercera recomendación es *avanzar hacia una comprensión democrática del principio de independencia judicial*, para que funcionarios y empleados entiendan la importancia de los controles internos y externos de sus actuaciones, aunque dichos controles no pueden implicar injerencias indebidas en su ejercicio. Para ello es importante tener en cuenta que el concepto de independencia judicial, al igual que el de corrupción, tiene varias dimensiones y aproximaciones conceptuales, y que una lectura democrática del este implica entender que la transparencia, la rendición de cuentas y el control no contrarían *per se* el principio de independencia.

De esta forma, sería importante realizar una caracterización de la independencia judicial, para lo cual, siguiendo a Tiede, podría debatirse qué significa independencia y qué significa judicial (2006). Una caracterización de este tipo permitiría presentar un análisis de los distintos grados de independencia que existen en el ejercicio de las funciones del sistema judicial, caracterizar los grados de autonomía y de control de dichas funciones, y evaluar qué funciones pueden tener mayor control sin comprometer la independencia de los jueces.

Así las cosas, se sugiere que el Consejo Superior de la Judicatura realice varias acciones para llevar a cabo las recomendaciones propuestas. Primero, puede hacer un análisis periódico de la corrupción en la Rama Judicial, para caracterizarla a partir de las distintas funciones, y servidores y particulares que participan en el ejercicio de las mismas, identificar las diversas formas de corrupción que se presentan, y definir las acciones de prevención que puede implementar. Segundo, puede adoptar políticas judiciales que obliguen a fortalecer la transparencia judicial y la formación ética de los funcionarios y empleados. Tercero, puede publicar periódicamente información relativa a la corrupción judicial, en especial, información cuantitativa y cualitativa de las sanciones asociadas a actos de corrupción en la justicia. Cuarto, puede fortalecer la promoción de la cultura de la legalidad al interior de la Rama Judicial. Y por último, puede avanzar hacia una comprensión democrática del concepto de independencia judicial.

59 Estas y otras solicitudes de transparencia fueron presentadas el pasado septiembre de 2017 por Dejusticia y la Corporación Excelencia en la Justicia a través de un comunicado conjunto. Este puede consultarse en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/09/COMUNICADO-PARA-QUE-LA-RAMA-JUDICIAL-DESARROLLE-ACCIONES-comm-amrs-1.pdf>

C. ACCIONES PARA FORTALECER LA INVESTIGACIÓN Y LA SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN JUDICIAL

Por otro lado, se debe aumentar la capacidad de detección temprana de la corrupción judicial, y de su investigación y sanción. Es necesario fortalecer la investigación, procesamiento y sanción de los hechos que involucran a jueces, magistrados, empleados y fiscales, a través del sistema penal, disciplinario y de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que los funcionarios judiciales son, usualmente,⁶⁰ los encargados de realizar la investigación y el juicio de los delitos que se imputan a los funcionarios y empleados judiciales. Además, también debe considerarse que la Sala Disciplinaria (mientras se implementa la Comisión Nacional de Disciplina creada mediante Acto Legislativo 02 de 2015) es la encargada de investigar y sancionar disciplinariamente a la mayoría de los funcionarios judiciales. Esto tiene como riesgo la consolidación de cierta solidaridad entre los funcionarios judiciales (sobre todo cuando pertenecen a la misma entidad o se han conocido con anterioridad), lo que hace necesario adoptar acciones que garanticen objetividad e imparcialidad en esos casos. También, requiere que la Fiscalía ofrezca garantías acerca de que puede investigar a sus propios fiscales y empleados, y no solo a jueces o empleados del sector jurisdiccional.

En este escenario se sugieren tres recomendaciones concretas. La primera recomendación es *adoptar una política pública encaminada a que las instituciones judiciales rindan cuentas periódicas y públicas sobre los procesos de corrupción judicial que se adelantan* (en materia penal y disciplinaria), con los resguardos de información requeridos según la etapa procesal. Esto podría incrementar la legitimidad del sistema judicial y generar un desincentivo de los actos de corrupción en la justicia.

La segunda recomendación es *analizar la información relativa a los distintos casos de corrupción judicial que se han sancionado*, y diseñar una estrategia articulada que permita combatir la corrupción y dismantelar los esquemas que la fomentan. Esta acción debe articular los esfuerzos de las diferentes instituciones encargadas de investigar y sancionar la corrupción judicial (sistema penal, sistema disciplinario y sistema de responsabilidad fiscal), e involucrar a otras entidades según sus competencias.

La tercera recomendación es *hacer ajustes al mecanismo de investigación y juzgamiento de los hechos delictivos que pueden cometer los magistrados de las Altas Cortes y el fiscal gene-*

60 La Constitución establece que los magistrados de las Altas Cortes y el fiscal general son investigados y acusados por el Congreso de la República (arts. 174 y 178), y que si la causa es penal, el Senado enviará el caso a la Corte Suprema para que se adelante el juicio.

ral, para que el mecanismo sea más efectivo. Sería interesante considerar el fortalecimiento de la investigación de los casos en la Cámara de Representantes. También, sería necesario revisar las disposiciones contenidas en la Ley 5ª de 1992 y en la Ley 600 de 2000 para simplificar el procedimiento de antejuicio político en el Congreso cuando la acusación se refiere a conductas delictivas, en el entendido de que la Corte Suprema es la que realiza el juicio.

REFERENCIAS

- Andersson, S. y Heywood, P. (2009). The politics of perception: Use and abuse of transparency international's approach to measuring corruption. *Political Studies*, 57, 746-767.
- Andvig, J. y Fjeldstad, O.-H. (2001). *Corruption: A Review of Contemporary Research*. Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights.
- Bayley, D. (1966). The effects of corruption in a developing nation. *Western Political Quarterly*, (4), 719-732.
- Buscaglia, E. (2007). Judicial corruption and broader justice system. En Transparency International, *Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems* (pp. 68-79). Cambridge: Transparency International.
- Corporación Excelencia en la Justicia y Transparencia por Colombia (2008). *La corrupción judicial en Colombia: una aproximación al mapa de riesgos*. Bogotá D.C.: Corporación Excelencia en la Justicia.
- Friedrich, C. (1989). Corruption Concepts in Historical Perspective. En A. Heidenheimer y M. Johnston, *Political Corruption: A Handbook*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Garzón Valdez, E. (1997). Acerca del concepto de corrupción. En F. Laporta, y S. Álvarez, *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial.
- Jain, A. (2001). Corruption: A review. *Journal of Economic Surveys*, 15(1), 71-121.
- Klitgaard, R. (1998). International cooperation against corruption. *Finance and Development*, 35(1), 3-6.
- Nadelmann, E. (1999). *Cops Across Borders. The internationalization of US Criminal Law Enforcement*. University Park: The Pennsylvania State University Press.
- Newman Pont, V. y Ángel Arango, M. (2017). *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuesta de política*. Bogotá D.C.: Fedesarrollo- La Imprenta Editores.
- Nye, J. (1967). Corruption and political development: A cost-benefit analysis. *The American Political Science Review*, 61(2), 417-427.
- Rohwer, A. (2009). Measuring corruption: A comparison between Transparency International's Corruption Perception Index and the World Bank's Worldwide Governance Indicators. *CESifo DICE Report*, 7(3), 42-52.
- Rose-Ackerman, S. (2007). Judicial independence and corruption. En Transparency International, *Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems* (pp. 15-25). Cambridge: Transparency International.
- Tanzi, V. (1998). *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope and Cures*. Working paper. Washington: International Monetary Fund.

Tiede, L. B. (2006). Judicial independence: Often cited, rarely understood. *Journal of Contemporary Legal Issues*, 15, 129-162.

Transparency International (2017). *People and Corruption: Latin America and the Caribbean*. Berlin: Transparency International.

Vargas Viancos, J. (2006). Herramientas para el diseño de despachos judiciales. *Revista Sistemas Judiciales*, 10, 78-103.

Villadiego Burbano, C. y Lalinde Ordóñez, S. (2017). *Sistema de justicia territorial para la paz*. Bogotá D.C.: Dejusticia.

World Justice Project (2016). *Rule of Law Index 2016*. Washington: World Justice Project

Anexo disponible en: <http://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3642>

Aunque parezca atractivo tratar de medir los efectos negativos de la corrupción, lo cierto es que el impacto que ésta tiene sobre el desarrollo de los países es incalculable. La corrupción afecta la provisión de bienes públicos, la legitimidad del Estado y la efectividad de éste para exigir legalidad a los ciudadanos, la eficiencia del mercado, la innovación, la competitividad y la priorización del bien público en la formulación de políticas. En otras palabras, la corrupción constituye un factor común subyacente a los problemas de un país, no sólo un problema adicional.

Esta problemática se ha reflejado en las prioridades de investigación de Fedesarrollo, dando como resultado este libro, donde se recogen varios estudios encaminados a mejorar el diagnóstico sobre la corrupción en Colombia y el diseño integrado de políticas públicas para prevenirla y combatirla.

Al abordar el problema de la corrupción desde distintos ángulos, el libro busca contribuir al debate de ideas, el cual estamos convencidos permitirá avanzar hacia mejores políticas públicas. Fedesarrollo, en su papel de centro de investigación económica y social, aporta de esta manera a la compleja construcción de consensos y a la búsqueda de decisiones que puedan mejorar la calidad de vida de los colombianos.

ISBN: 978-958-56558-4-3



9 789585 655843