

DESAFÍOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: GESTIÓN DE RIESGOS Y PARADIGMAS GLOBALES

Directoras:

**Ana E. Carrillo del Teso
Graciela Pahul Robredo**

Coordinadores:

**María Quintas Pérez
Agustín M. Lago Montúfar**



eBook en www.colex.es



CIGG
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO
Y GOBERNANZA GLOBAL

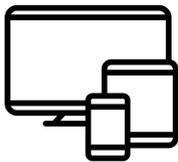




¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



Acceso desde cualquier dispositivo



Idéntica visualización a la edición de papel



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Puede descargar la APP “Editorial Colex” para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.



Síguenos en:



DESAFÍOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: GESTIÓN DE RIESGOS Y PARADIGMAS GLOBALES

Este trabajo se enmarca en el proyecto PID2019-107743RB I00/
AEI/10.13039/501100011033, «Configuración y efectos de los sistemas de gestión
de riesgo legal», IPs Nicolás Rodríguez García y Fernando Rodríguez López.

DESAFÍOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: GESTIÓN DE RIESGOS Y PARADIGMAS GLOBALES

DIRECTORAS:

**Ana E. Carrillo del Teso
María Graciela Pahul Robredo**

COORDINADORES:

**María Quintas Pérez
Agustín M. Lago Montúfar**

COLEX 2023

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

© Oswaldo Alfonso Borráez Gaona

© Omar Darío Cardona Arboleda

© Joan Antoni Llinares Gómez

© Juan Carlos Prías Bernal

© Agustín Miguel Lago Montúfar

© Ayelén Anzola

© Juan Camilo Barbosa Jaimés

© Camilo Ernesto Ojeda Amaya

© María Quintas Pérez

© María Camila Morales Osorio

© Miguel Matías Cortés Cuenca

© Túlio Felipe Xavier Januário

© Luis Ricardo Oliva

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

info@colex.es

www.colex.es

AUTORES

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

OSWALDO ALFONSO BORRÁEZ GAONA

OMAR DARÍO CARDONA ARBOLEDA

JOAN ANTONI LLINARES GÓMES

JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL

AGUSTÍN MIGUEL LAGO MONTÚFAR

AYELÉN ANZOLA

JUAN CAMILO BARBOSA JAIMES

CAMILO ERNESTO OJEDA AMAYA

MARÍA QUINTAS PÉREZ

MARÍA CAMILA MORALES OSORIO

MIGUEL MATÍAS CORTÉS CUENCA

TÚLIO FELIPPE XAVIER JANUÁRIO

LUIS RICARDO OLIVA

SUMARIO

PRESENTACIÓN	15
---------------------------	----

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN BRASIL

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

I. Introducción	19
II. Principios constitucionales para luchar contra la corrupción en Brasil	20
1. El principio de legalidad	20
2. El principio de impersonalidad	21
3. La moralidad	22
4. La publicidad	23
5. La eficacia	24
III. Conclusiones	25
IV. Bibliografía	27

CAPÍTULO II

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR SALUD

OSWALDO ALFONSO BORRÁEZ GAONA

I. Introducción	29
II. Panorama general del sistema de salud en Colombia	30
III. Prácticas corruptas en el sector salud	32
IV. Conclusiones	37
V. Bibliografía	38

CAPÍTULO III

DESASTRES Y CONTROL A LA CORRUPCIÓN

OMAR DARÍO CARDONA ARBOLEDA

I. Introducción	39
II. La necesidad de consolidar las instituciones para la gestión del riesgo de desastres	40

SUMARIO

III. Problemáticas en la práctica de la gestión del riesgo de desastres: el manejo de la pandemia de la Covid-19 en Colombia	42
IV. Conclusión	44
V. Bibliografía	45

CAPÍTULO IV

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA EXPERIENCIA DE LA AGENCIA VALENCIANA ANTIFRAUDE

JOAN ANTONI LLINARES GÓMES

I. Introducción	47
II. Las denuncias ante la AVAF	48
III. Recomendaciones	49
IV. La importancia del análisis de riesgos.	49
V. Hacia una estrategia nacional de lucha contra la corrupción	50
1. Integridad pública	51
2. Transparencia en la contratación pública.	54
VI. Conclusiones	55
VII. Bibliografía	55

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES SOBRE EL ASPECTO «PRIVADO» EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL

I. Introducción	57
II. Planteamiento del problema.	59
III. La etiología.	61
1. La educación.	63
2. Criminalidad organizada.	64
3. Pobreza estructural.	65
4. Ineficacia del Estado (efectividad de la justicia).	66
5. Transnacionalidad y globalización	67
IV. Alternativas	68
1. De la Administración de Justicia	69
2. Alternativas educativas y consensuales.	73
V. Conclusiones.	76
VI. Bibliografía	76

CAPÍTULO VI

NEBLINA EN LAS FRONTERAS: CLARIFICANDO EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL PARA DESASTRES

JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL

I. Introducción	79
---------------------------	----

SUMARIO

II. Controlando una función de naturaleza antinómica.	82
1. La naturaleza proactiva de la contratación para desastres	82
2. ¿Descentralización de la gestión del riesgo de desastres?	88
III. ¿Los controles administrativos como límite a la discrecionalidad del gerente contractual?.	93
1. El yugo del gerente contractual: la yuxtaposición de los controles administrativos a la contratación estatal	93
2. Hacia un entendimiento diferencial en el control de la contratación para desastres	99
IV. Conclusiones	103
V. Bibliografía	105

CAPÍTULO VII

CIBERBLANQUEO DE CAPITALS: EL ESPECIAL CASO DE LOS ACTIVOS VIRTUALES *OLD WINE IN NEW BOTTLES?*

AYELÉN ANZOLA

I. Introducción.	111
II. El ciberblanqueo de capitales en el contexto de los ciberdelitos.	112
1. Reflexión inicial sobre las conductas que conforman la categoría de ciberdelito.	112
2. Clasificación de los ciberdelitos	113
III. El ciberblanqueo de capitales en particular.	117
1. Concepto e impacto	117
2. Los activos virtuales y su implicación en el delito de blanqueo de capitales	119
IV. Conclusiones	123
V. Bibliografía	124

CAPÍTULO VIII

EL PAPEL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

JUAN CAMILO BARBOSA JAIMES

I. Introducción.	127
II. Abordaje conceptual de la inteligencia artificial.	128
1. Funcionamiento de la inteligencia artificial	130
III. Debate constitucional en torno a la aplicación de la inteligencia artificial	133
IV. Aplicación de la inteligencia artificial en la lucha contra la corrupción	135
1. Constitucionalidad de la IA: el caso holandés	135
2. La constitucionalidad de la inteligencia artificial en Francia	136
3. Sistema de alerta rápida —SALER—: el caso español.	137
V. Conclusiones.	138
VI. Bibliografía.	139

CAPÍTULO IX

LA CAPTURA DEL SUPERVISOR: ENTRE LA DISCRECIONALIDAD Y LA CORRUPCIÓN

CAMILO ERNESTO OJEDA AMAYA

I. Introducción	141
II. Diagnóstico y señales de un supervisor capturado	143
III. Pretensiones de la captura.	145
1. Un veneno llamado «discrecionalidad administrativa»	147
2. Las asimetrías de información y el coste de la legalidad.	149
IV. Medidas, provocaciones e incentivos para afrontar la captura del supervisor	151
V. Conclusiones.	154
VI. Bibliografía	154

CAPÍTULO X

MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y POPULISMO PUNITIVO EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

MARÍA QUINTAS PÉREZ

I. Introducción	157
II. La percepción de la corrupción en España	158
III. El papel de los medios de comunicación	161
IV. Populismo punitivo en materia de corrupción.	167
V. Conclusiones.	172
VI. Bibliografía.	173

CAPÍTULO XI

RED FLAGS. INDICIOS DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL SISTEMA JURÍDICO FRANCÉS

MARÍA CAMILA MORALES OSORIO Y HERNÁN MARTÍNEZ SERRANO

I. Introducción	179
II. La integración del método <i>Red flags</i> por la jurisprudencia francesa para la identificación de contratos públicos viciados de corrupción.	181
1. La evolución jurisprudencial previa a la utilización de <i>Red flags</i> para identificar un contrato viciado de corrupción en el derecho francés	182
2. La técnica <i>Red flags</i> : una integración coherente con el derecho francés	183
III. Una técnica probatoria que garantiza el respeto por el orden público internacional y promueve el desarrollo del compliance	185
1. La <i>méthode du faisceau d'indices</i> como una herramienta que promueve el compliance para luchar contra la corrupción	185
IV. Conclusiones	187
V. Bibliografía	189

CAPÍTULO XII

LOS MAPAS DE RIESGOS Y SISTEMAS DE *COMPLIANCE* EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

MIGUEL MATÍAS CORTÉS CUENCA

I. Introducción	193
II. Colombia y su lucha contra la corrupción en la última década	195
1. Ley 1474 de 2011.	197
2. Decreto 1081 de 2015.	197
3. Decreto 124 de 2016.	198
4. Ley 1778 de 2016	198
5. Circular externa n.º 100-000003 del 26 de julio de 2016	199
III. La realidad frente a los resultados.	200
IV. Conclusiones	203
V. Bibliografía	204

CAPÍTULO XIII

ENTRE PRESUNCIONES, ESTÁNDARES E INVERSIONES DE LA CARGA DE LA PRUEBA: EL RÉGIMEN PROBATORIO DEL DECOMISO AMPLIADO EN ESPAÑA, PORTUGAL Y BRASIL

TÚLIO FELIPPE XAVIER JANUÁRIO

I. Introducción	207
II. Concepto y evolución histórica del decomiso ampliado	209
III. Una mirada crítica a los sistemas portugués y brasileño de decomiso ampliado	211
IV. Los estándares probatorios reducidos del sistema español: ¿una posible solución?	217
V. Conclusiones.	219
VI. Bibliografía.	220

CAPÍTULO XIV

LA INVERSIÓN EN I+D EN EL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

LUIS RICARDO OLIVA

I. Introducción	223
II. Material y métodos	225
III. Resultados	226
1. Estado de derecho	226
2. La trampa del ingreso medio alto.	231
3. Inversión en I+D+I	233
IV. Análisis de asociación de indicador con relación a inversión en % en I+D+I	236
V. Conclusiones.	238
VI. Bibliografía.	241

PRESENTACIÓN

La corrupción es un fenómeno que no conoce fronteras de ningún tipo. Acompaña a la humanidad desde tiempos inmemoriales y no hay país que haya podido escapar de sus nocivos efectos. Tampoco existe ámbito de actuación en el que no se haya infiltrado, pues, más allá de la Administración pública, vemos sus tentáculos en empresas privadas, en organizaciones internacionales, en el deporte y hasta en emergencias como la originada por la pandemia de COVID-19.

Es de sobra conocido que los efectos de la corrupción son tanto económicos como sociales. Entre los más graves podemos señalar que lleva a una ineficiente asignación de recursos, al aumento de la desigualdad, a la desafección política y a la desconfianza hacia las instituciones democráticas.

La lucha contra este fenómeno debe llevarse a cabo desde distintos ámbitos y coordinando esfuerzos, tanto a nivel interno de cada Estado como en el plano internacional.

La obra que tiene entre sus manos reúne una serie de trabajos que abordan el combate contra la corrupción de forma interdisciplinar y con un enfoque global. Se abre con la lucha contra la corrupción en Brasil y su relación con los principios constitucionales. A continuación, nos trasladamos a Colombia con trabajos que centran el enfoque en las oportunidades para la corrupción en sectores tan importantes como son el de la salud (capítulo II) y el de la gestión de desastres, haciendo hincapié en la gestión de la pandemia de COVID-19 (capítulos III y VI). También hay espacio en el libro para abordar la lucha contra la corrupción desde las tecnologías más avanzadas. En concreto, encontrarán un capítulo dedicado a la inteligencia artificial y las oportunidades que ofrece en la prevención y alerta temprana de este fenómeno (capítulo VIII) y otro, el VII, centrado en el ciberblanqueo de capitales, herramienta cada vez más usada por los delincuentes para lograr el disfrute de las ganancias ilícitas.

Por su parte, los autores de los capítulos V y IX centran sus trabajos en la corrupción que se da en el ámbito privado, ineludiblemente unida a la pública. A su vez, en el capítulo X se analiza la posible relación entre los

medios de comunicación, la elevada percepción social de corrupción en España y la reforma del Código Penal.

Cabe destacar que la obra cuenta con la aportación del director de la Agencia Valenciana Antifraude, quien explica, en el capítulo IV, las funciones y contribuciones de esta institución en la promoción de la integridad pública, la transparencia y la protección de los denunciantes de corrupción.

Siguiendo con la prevención y detección, los capítulos XI y XII presentan, respectivamente, los indicios de corrupción en la contratación pública observados por la jurisprudencia francesa y los mapas de riesgos y sistemas de cumplimiento normativo implantados en la Administración pública colombiana.

Continúa la edición con un trabajo dedicado al estudio comparado (España, Portugal y Brasil) del decomiso de ganancias, instrumento con el que se busca que el delito no resulte provecho para quien lo comete.

Finalmente la publicación cierra con un análisis de la contribución que puede suponer la inversión en I+D+I para el Estado de Derecho con especial referencia a países latinoamericanos.

Esta obra es fruto del Congreso Internacional sobre Gobernanza y Lucha contra la Corrupción organizado por Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, el Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, el Observatorio de Derecho Militar de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y el Departamento de Derecho Público de esta misma Universidad, con la colaboración de la Editorial Colex.

El citado congreso reunió en Salamanca a especialistas de distintos ámbitos, como funcionarios públicos, miembros de Organizaciones Internacionales, académicos y profesionales del sector privado para analizar las últimas tendencias en materia de lucha anticorrupción tanto en el sector público como en el privado, llegados de Argentina, Austria, Brasil, Chile, Colombia, España, Francia, Inglaterra y Portugal. Junto a expertos de reconocido prestigio, se le dio voz a estudiantes de máster y doctorado, quienes pudieron presentar sus investigaciones, recibir retroalimentación y participar de la discusión académica.

La colaboración entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana tiene una larga tradición y ha permitido el intercambio académico, la apertura de ideas y la generación de conexiones internacionales.

El Congreso Internacional sobre Gobernanza y Lucha contra la Corrupción y la obra que ahora presentamos no se habrían llevado a cabo sin la desinteresada colaboración de muchas manos. Por ello, desde la coordinación queremos mostrar nuestro agradecimiento a las personas e instituciones que lo hicieron posible.

En primer lugar, agradecer a la Universidad de Salamanca, y en especial a la Facultad de Derecho, por ceder las instalaciones para el desarrollo del evento y ejercer como anfitriona.

Reconocer también desde estas páginas la inestimable ayuda, material y humana, del Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, el Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, el Observatorio de Derecho Militar de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y el Departamento de Derecho Público de esta misma Universidad.

Asimismo, agradecer a la Editorial Colex por su apoyo tanto en la publicación de este libro colectivo como en la celebración del congreso.

Por último, y como no podría ser de otra forma, agradecer a todos los ponentes y comunicantes que presentaron los resultados de sus investigaciones en el Congreso Internacional sobre Gobernanza y Lucha contra la Corrupción y que ahora lo hacen esta obra colectiva, ayudando con ello a la difusión de conocimientos sobre una materia tan relevante como es la lucha contra la corrupción.

Salamanca, enero de 2023.

El equipo de dirección y coordinación

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN BRASIL

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

Magistrada del Superior Tribunal Militar de Brasil

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN EN BRASIL 1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 2. EL PRINCIPIO DE IMPERSONALIDAD, 3. LA MORALIDAD. 4. LA PUBLICIDAD. 5. LA EFICACIA. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La Constitución es la expresión del consenso social sobre los valores básicos, y sus principios reflejan la congruencia, el equilibrio y la esencialidad de un sistema jurídico legítimo. A partir de este supuesto se puede afirmar que toda democracia se basa en normas éticas y morales juridificadas esenciales para la supervivencia de la sociedad política. La Administración pública, sus agentes y los ciudadanos deben orientar sus acciones hacia el bien común. De lo contrario, cualquier descuido puede sacrificar el marco republicano y poner en peligro el Estado de Derecho.

Una de las patologías contemporáneas más comunes es la corrupción, considerado el peor libertinaje social, asola a los países, avergüenza a los nacionales y lleva a la quiebra de los empresarios y a las empresas públicas y privadas, ya que su práctica aumenta los índices de desigualdad social y destruye las garantías fundamentales.

La corrupción reduce la calidad de vida de un pueblo e impide la realización de protecciones sagradas para hombres y mujeres, individual y colectivamente. Ataca los derechos del ser humano, habida consideración que los sobornos, la extorsión a servidores públicos, el fraude y la evasión, entre otras conductas reprochables, no solo perjudican al Gobierno y a las instituciones públicas, sino al ser humano per se. No cabe duda de que estos perjuicios afectan negativamente el crecimiento económico, crean un entorno desestabilizador y contaminan el comportamiento de las personas honestas, además de dar a menudo la impresión de que los delincuentes ricos, comúnmente conocidos como de «cuello blanco», son inmunes, o, están fuera del alcance de la justicia.

La Constitución Brasileña promulgada en 1988 establece, en su artículo 37, reglas y principios para combatir la corrupción dentro de la Administración pública. Estos son: la legalidad, moralidad, publicidad, impersonalidad y eficacia. Su incumplimiento constituye una infracción sancionable grave, tanto en el ámbito penal y civil, como en la órbita de lo administrativo y electoral.

II. Principios constitucionales para luchar contra la corrupción en Brasil

1. El principio de legalidad

Citándolos uno a uno, partimos del principio de legalidad, el cual deriva del propio Estado de Derecho, de cuyo seno no solo emanan las leyes, sino que ocasiona el sometimiento a las mismas. Este principio constituye un requisito previo para la validez de la actuación administrativa que se base en cualquier norma jurídica.

Por lo tanto, el Estado solo puede hacer lo que la ley le autoriza. En el ámbito de las relaciones entre los particulares, la máxima aplicable es la autonomía de la voluntad privada, que les permite, por el contrario, hacer todo lo que la Ley no les prohíba. Así, mientras que en los asuntos privados es lícito hacer todo lo que no esté legalmente prohibido, en la Administración pública solo se permite lo que la Ley concede.

La reserva legal consiste, por tanto, en un precepto imperativo que establece que solo la Ley puede regular determinadas materias, es decir, solo la ley puede regularlas. Esto lleva a la supremacía de la norma jurídica, que en su dimensión negativa significa la inadmisibilidad de utilizar cualquier otra fuente de derecho que no sea la Ley, y en su dimensión positiva, la posibilidad de que solo la Ley pueda establecer cualquier limitación o restricción de los derechos.

La legalidad puede dividirse en absoluta o relativa. La primera se produce cuando la Constitución establece que la materia deba ser regulada íntegramente por una ley formal. La segunda ocurre cuando el Constituyente Originario, a pesar de determinar la regulación del contenido mediante la norma, libera la norma para establecer pautas genéricas, detalladas a posteriori por un acto infra legal.

Por tanto, si el Gobierno dicta actos viciados, puede revocarlos él mismo en virtud de su denominado potestad de autotutela, cuestión que ya ha sido resumida por el Tribunal Supremo de Brasil en el precedente 473, o puede hacer que sean anulados por el Poder Judicial con efectos *ex tunc*.

Como medio de protección adicional del referido principio, hay que destacar la garantía de protección jurisdiccional universal, traducida en el precepto de que «la Ley no excluirá la apreciación del Poder Judicial de ninguna lesión o amenaza al derecho». Partiendo de su alcance genérico, en su núcleo se consagró el control judicial de los actos de gobierno.

Adicionalmente, para combatir los actos ilícitos, la Carta Política prevé la acción popular, el habeas corpus, el habeas data, el mandamiento judicial, la acción civil pública; además del ejercicio del control judicial, ora que se ejerza directamente, ora que se ejerza con asistencia del Tribunal de Cuentas.

Hay académicos que incluso han ido más allá de reconocer la legalidad, un principio de mayor amplitud que la legalidad en sentido estricto, como un deber impuesto al administrador, quien debe prestar atención, no solo al contenido formal de la norma, sino a todos los principios expresos o implícitos, del ordenamiento jurídico brasileiro. Así, la idea de legalidad está reconocida, por ejemplo, en el artículo 2 parágrafo único, I, de la Ley 9.784/1999 que exige «actuar conforme a la Ley y al Derecho».

De esa forma, además de las reglas y principios positivizados en el artículo 37, la Administración pública, es decir, el Estado Brasileño, debe observar los postulados implícitamente reconocidos por la normatividad patria, como la razonabilidad, la proporcionalidad, la atención a la finalidad pública, la continuidad del servicio, el consenso o participación, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la buena fe, entre otros que podrían mencionarse. Sin embargo, sería ilógico que se permitiera elegir y optar en este sentido.

2. El principio de impersonalidad

En tratándose de la impersonalidad, intrínseca al artículo 37 de la norma suprema, cuya consagración aparece por primera vez en la Constitución, se entiende que la misma tiene un doble sentido. El primero de ellos, en el entendido de no dar crédito al agente público por los actos realizados por él, sino que dicho reconocimiento sea otorgado al órgano al que pertenece, prohibiendo en consecuencia la promoción personal. La segunda, más

comúnmente asociada con el despliegue de la isonomía, consiste en prohibir al Poder Ejecutivo que se privilegie a un individuo en particular en detrimento de otros, por lo que la igualdad debe ser la guía aplicable a quienes se encuentran en idéntica situación.

La impersonalidad no solo pretende evitar el favoritismo, sino también frenar el trato degradante por venganza o sentimientos personales mediante el ejercicio del poder público. Esto se traduce en la idea de que la Administración debe tratar a todas las personas sujetas a la misma situación de manera similar sin discriminar a ninguno de manera particularmente beneficiosa o perjudicial. Por ende, no se tolera ni el favoritismo ni la persecución. Solo se privilegia el interés público.

En última instancia, estamos hablando de la propia isonomía, ya que la impersonalidad transpone la proposición de que: «todos son iguales ante la ley» a «todos lo son ante la Administración», de modo que las distinciones sean inadmisibles, salvo en las excepciones prevista por el legislador¹.

3. La moralidad

Más adelante, la moral emerge como un vector de principios rectores para la Gobernanza y sus gestores. Exige una conducta seria, leal, motivada y esclarecedora, aunque no esté prevista en la Ley, incorporando percepción éticos en la conducta del agente del Estado. La moral se articula, no solo con los criterios de conveniencia, oportunidad y justicia, sino que distingue lo honesto de lo deshonesto. Es preciso destacar que la moral no se agota con la aplicación de la moral común; por el contrario, es más rígida y detallada. Consiste no solo en la corrección de actitudes, sino también en la observancia de una buena administración².

Sobre el particular, la Carta de la República ha establecido como directriz la acción pública, para que la ética, las buenas costumbres y la honestidad guíen la acción del Estado. Ciertamente, no todo lo que es moralmente reprochable puede ser regulado por la Ley, pero la legalidad y la moral están intrínsecamente conectadas, por lo que se complementan mutuamente. Tal es su relevancia que la jurisprudencia del máximo tribunal judicial del país lo ha parametrizado, estableciéndose como un valor constitucional revestido de carácter ético-jurídico para condicionar la legitimidad y validez de los actos públicos. Así, un diálogo constante entre la moralidad y la probidad, la cual

1 TEIXEIRA ROCHA, Maria Elizabeth, «A Justiça Militar Brasileira a sua importância para o Estado Democrático de Direito». *Iuris Tantum*, Vol. 34. Num 32, (2020), pp. 103-107. <https://doi.org/10.36105/iut.2020n32.08>

2 NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro-Tomás. *Legalidad y buena administración: garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

consiste en el deber del agente público de servir a la Administración con honestidad, sin aprovecharse de las facultades derivadas del ejercicio de sus funciones, sea en beneficio propio o ajeno.

En esta línea, la promulgación de leyes, reglamentos y otras normas regulan la conducta de la Administración para dificultar las actitudes amorales e inmorales. La propia *Lex Fundamentalis* preveía como sanción por improbidad la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de los cargos públicos, la indisponibilidad de los bienes, o el reintegro a las arcas públicas como algunas medidas aplicar, ello, sin perjuicio de las acciones penales pertinentes a ejercerse en el numeral 4 de su artículo 37.

No obstante, todos estos postulados resultarían inútiles si no se articularan mediante el principio de publicidad. Ciertamente, la conveniencia de dar notoriedad y amplia divulgación pública en pro de la transparencia a la actuación pública resulta de fundamental importancia en los regímenes democráticos.

4. La publicidad

Ahora bien, cuando el Estado desatiende la norma jurídica y se ignora a sí mismo, reinará la impunidad y se perpetuarán las acciones delictivas, en un ciclo vicioso y dañino para la República. La publicidad, sin duda, representa un obstáculo importante para los corruptores y corrompidos, en concreto, después de que se inicien las investigaciones policiales y del Ministerio Público. Observarlo garantiza la claridad, sobre todo porque la prensa y los recursos tecnológicos de gran velocidad tienen la capacidad de difundir las noticias de interés común en tiempo real. Como resultado, se intensifica la participación de los ciudadanos en los foros de debate, ya sea mediante la difusión de conocimientos o mediante acciones positivas, como la presentación de las correspondientes demandas.

Existen varias disposiciones que garantizan el acceso a la información en las actuaciones de la Administración pública³. El artículo 5, XXXIII, establece que «toda persona tiene derecho a recibir de los entes públicos informaciones de su interés privado o de interés colectivo o general, que le serán facilitadas en el plazo que establezca la Ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo secreto sea esencial para la seguridad de la sociedad y del Estado». La publicidad en Brasil ha ganado protagonismo en los últimos años, culminando con la promulgación de la Ley de Acceso a la Información - Ley N.º 12.527 del 18 de noviembre de 2011.

3 Entre estas disposiciones se encuentran el artículo Art. 5, XIV, XXXIII, XXXIV, 37 N. 3, II, 216, N. 2 de la Constitución Federal.

La norma refuerza el precepto general de que la información contenida en los organismos públicos es de libre acceso, salvo en los casos previstos por la ley, entendido ello como transparencia pasiva. Asegura la divulgación del interés público, independientemente de la solicitud, entendido ello como transparencia activa, fomenta la cultura de la visibilidad y salvaguarda el control social sobre la Gobernanza⁴.

El conocimiento da lugar a la maduración del pensamiento de la comunidad, permitiéndole tomar posición y defender sus intereses, ya sea a través de la conciencia crítica o de la valoración de lo que se somete a la valoración colectiva. Por ello, el Estado está obligado a comunicar a los ciudadanos para que prevalezca la claridad y el desprendimiento del secreto.

La función principal de la información es poner al ciudadano en sintonía con el mundo. Hace posible la ética de las decisiones estatales capaces de producir efectos bajo garantías elementales. Tal importancia le fue atribuida por el Legislador de Primer Grado, que elevó a canon constitucional el habeas data, con la finalidad de asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del peticionario, contenidas en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público⁵.

5. La eficacia

Por último, el postulado de la eficacia figura como el último mencionado por el art. 37 de la Ley Fundamental. Su alcance es la combinación de productividad y economía para reducir el despilfarro de dinero público. De hecho, la eficacia no se ajusta a un concepto jurídico, sino económico, porque califica las actividades. El objetivo es conseguir mejores resultados con menos costes, utilizando los medios disponibles. En otras palabras, es la búsqueda del mejor uso de los recursos y medios, ya sean humanos, materiales o institucionales, para satisfacer bien las necesidades colectivas en un régimen de igualdad de usuarios⁶.

Incluso antes de que la Constitución Federal elevara este precepto a la máxima magnitud con la promulgación de la Enmienda Constitucional n.º 19 de junio de 1998, los estudiosos ya lo conceptualizaban como un deber de todo agente público de desempeñar sus funciones con prontitud, perfección y eficiencia funcional. Es el principio más moderno de la función administrativa, que ya no se conforma con ser realizada solo con la legalidad, exigiendo

4 Lo anterior, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 12.527 de 2011.

5 Ello de acuerdo con el artículo 5, LXXII de la Constitución Federal.

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *A constituição e o Supremo*. 6 ed. Brasília, 2017. [https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=175946].

resultados positivos en el servicio público, y satisfacción en la atención de las necesidades sociales.

Además, la inercia del Poder Ejecutivo puede generar el deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la demora, haciéndolo responsable civilmente ante los tribunales. El Derecho Administrativo pasó entonces a tener una doble finalidad: ordenar, disciplinar y limitar el poder, así como garantizar la optimización de la actuación del Estado, apuntando a los resultados.

En este sentido, la Constitución prevé la pérdida de la plaza de funcionario si el mismo resulta insuficiente tras un procedimiento de evaluación periódica del desempeño (art. 41, III), mencionando la posibilidad de ampliar la autonomía de gestión y financiera de los organismos mediante un contrato que fije objetivos de desempeño para el organismo o entidad (art. 37, § 8), entre otras medidas de productividad adoptadas. En cualquier caso, no hay que olvidar que la eficacia, en ningún caso, prevalece sobre la legalidad, y la observancia conjunta es obligatoria.

Como puede verse, los principios se comunican. La impersonalidad aboga por la correcta aplicación de la ley y el respeto a la moral, que impone la publicidad de los actos realizados, para incidir positivamente en la eficacia administrativa. Se vislumbra, por tanto, una sana complementariedad e intersección, nunca solapada, debido a la indispensabilidad de la comunión de principios de las determinaciones normativas.

Tales proposiciones reflejan la maduración del pensamiento jurídico brasileño y su arduo esfuerzo por construir un país más honesto y ético. Para ello, es necesario romper las barreras y derrotar a la maquinaria corrupta que opera dentro del propio Estado, el cual se encuentra acosado constantemente por llagas difíciles de erradicar y cuya represión no siempre ha sido eficaz y presente.

Sin duda, la disposición abstracta de los principios es de suma importancia porque constituye el punto de partida desde el que se desarrollarán las normas que harán efectiva la Carta Política. Sin embargo, no basta con concretarlas, sino que es necesario actuar.

Además, la tipificación de la conducta ilícita es una de las herramientas para cambiar el paradigma. En este sentido, el marco normativo infra constitucional vigente ha demostrado ser valioso para la investigación, persecución y juzgamiento de estos delitos, incluyendo la recuperación de activos y divisas desviadas ilícitamente.

III. Conclusiones

Concluyo afirmando que la prevalencia de la moral y la legalidad guía a las sociedades políticamente organizadas. Un país en el que los representantes

del pueblo ceden a intereses turbios y no respetan la ley está condenado al fracaso económico, ético y social.

Es un escenario trágico que hiere a la ciudadanía y priva a los seres humanos, especialmente a los más necesitados y desamparados, de la posibilidad física y moral de sobrevivir, sabiendo que no se destinan los recursos presupuestarios que deberían ser asignados a áreas sensibles como la salud y la educación de las minorías.

Añádase que los valores del trabajo y la libre empresa quedan en el punto de mira en los Estados dominados por esta perversión, en los que predomina una elevada presión fiscal con fines eminentemente recaudatorios, nunca comunitarios, y que acaban comprometiendo los salarios, las ganancias o beneficios adquiridos lícitamente por los asalariados y los empresarios honrados. Para colmo, el pluripartidismo, cuya finalidad es garantizar la diversidad ideológica en el campo electoral, se debilita, ya que las ideas, los proyectos y los debates pierden espacio frente al capital.

En consecuencia, el poder que, en teoría, debería emanar del pueblo a través de sus representantes elegidos, no se corresponde con la realidad y se convierte en una farsa. Los intereses que persiguen corruptos y corruptores, diametralmente opuestos a los consagrados en el contrato social, chocan con preceptos indelebles inscritos en el artículo 3 de la Carta Fundamental que tiene por objeto la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, que procure el desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza y la marginación, la reducción de las desigualdades sociales y regionales y la promoción del bienestar de todos.

Tácito afirmaríase hace casi dos mil años, que «cuanto más corrupto es el Estado, más numerosas son sus leyes»⁷. Evidentemente, en Brasil no faltan leyes. Sin embargo, gracias a la supervisión de los organismos públicos ha sido posible, no sin obstáculos y dificultades, lo reconozco, aplicar el derecho penal a los delincuentes.

El Ministerio Público o Fiscalía, como es conocido en otros ordenamientos, al ser insertado en el capítulo de las funciones esenciales a la Justicia, ganó, en la Asamblea Constituyente de 1986, independencia funcional, autonomía administrativa y financiera, pudiendo cumplir con solvencia su papel de *custos legis* y *dominus litis*. La Policía Federal, aunque vinculada al Poder Ejecutivo, se destaca valientemente en la lucha contra la corrupción en la fase preprocesal, asegurada como está por el inciso I del §1 del art. 144 de la Carta Política.

A pesar de que la Ley Mayor se refiere solo una vez a la palabra «corrupción» como causa de impugnación del mandato electivo, la Teoría de los

7 TÁCITO, Cornelio, EL AZIR, Soliman (Redactor) *Historias*, Letras Universales, Madrid, 2006.

Principios los proyecta como parámetro para expurgar el delito tan nefasto, valorando la dialéctica de la legitimidad.

IV. Bibliografía

NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro-Tomás. *Legalidad y buena administración: garantías del ciudadano frente a la corrupción y la malas prácticas en la gestión pública.* Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *A constituição e o Supremo.* 6 ed. Brasília, 2017. [https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=175946].

TÁCITO, Cornelio, EL AZIR, Soliman (Redactor) *Historias,* Letras Universales, Madrid, 2006.

TEIXEIRA ROCHA, Maria Elizabeth, «A Justiça Militar Brasileira a sua importância para o Estado Democrático de Direito». *Juris Tantum,* Vol. 34. Num 32, (2020), pp. 103-107. <https://doi.org/10.36105/iut.2020n32.08>

CAPÍTULO II

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR SALUD

OSWALDO ALFONSO BORRÁEZ GAONA

Presidente del Tribunal de Ética Médica de Bogotá

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PANORAMA GENERAL DEL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA. III. PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL SECTOR SALUD. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La corrupción es un tema que nos atañe a todos y desafortunadamente, no hay sector que se escape de ella, a nivel local, nacional, mundial. La lucha contra la corrupción en el ejercicio de la medicina es un tema que por su impacto en la sociedad es muy grave. El porcentaje de médicos que actúan inadecuadamente y resultan sancionados por ello, es muy bajo, y quizás, poco representativo de la sociedad, pero al observar el tipo de faltas que cometen los médicos en el ejercicio profesional se pone de presente el efecto negativo que se genera en la sociedad, y por ello, se debe ser severo en la lucha contra este tipo especial de corrupción.

Es un hecho social inherente a la actividad humana misma y políticamente ha existido en todos los regímenes en mayor o menor grado, asociado al deseo de poder, de «buscar» prestigio, y se da como abuso de prerrogativas que se tiene, además podría dar «mejor status social», en ocasiones ligada a las responsabilidades sociales, y algunos lo interpretan como que les mejora sus posiciones políticas. Representa la conversión de la propiedad social en privada¹.

1 MEDINA PEÑA, R & GUERRA AGUAYO, G., «Apuntes sobre la corrupción desde lo social, axiológico y jurídico». *Revista científica sobre cultura, comunicación y desarrollo*. Vol. 7. N.

Indudablemente está relacionada con el proceso de formación de valores, siendo nulo o deficiente en aquellas personas que tienden a realizar actos corruptos, siendo un acto voluntario, con una degradación progresiva de los valores, buscando otro estilo de vida —con menos carencias—, aunado a los deficientes controles jurídicos y administrativos existentes de las actividades relacionadas con el ejercicio de los profesionales de la salud en muchos medios, pero en particular en el nuestro. Mucho daño nos ha hecho el ejemplo de actividades ilícitas como el narcotráfico, el lavado de dinero, los dineros en los paraísos fiscales. La desigualdad extrema que se presenta en Latinoamérica también influye de forma importante.

Ello ha llevado a que estas prácticas y decisiones de los diferentes agentes se concreten en la institucionalización de la corrupción en las esferas del poder político, y también, en los distintos niveles y escenarios de la administración². Cuando el ser humano ha sido formado con féreos valores morales, éticos, estéticos y espirituales, difícilmente se involucra en actos de este tipo³.

Colombia se percibe como uno de los países más corruptos del mundo. El año pasado, el país ocupó el puesto 87 de 150 países analizados por índice de corrupción, teniendo una baja calificación de 39 puntos sobre 100, siendo el máximo puntaje la ausencia de corrupción. Se estima que al año se pierden por este tipo de situaciones más de 50 billones de pesos, lo cual representa cerca del 17 % del presupuesto general de la nación para la vigencia 2021. Es una cifra nada despreciable que se pierde por corrupción⁴.

II. Panorama general del sistema de salud en Colombia

En el 2021, para el sector salud se realizó una apropiación de 36.05 billones de pesos, lo cual significa un incremento del 16.6 % frente al año anterior. Para el año 2022, se estima que el incremento que se realizará dejará el presupuesto para el sector salud en un total de 50 billones de pesos. Este

1. 2022. Web. pp. 107-112.

2 MEDINA PEÑA, R & GUERRA AGUAYO, G. *Op. Cit.*; PASTRANA VALLS, A., «Estudio sobre la corrupción en América Latina». *Revista mexicana de opinión pública*, (27), 13-40.

3 MEDINA PEÑA, R & GUERRA AGUAYO, G., *ut supra*.

4 BERNAL MARÍN, Iván «Colombia se vuelve a rajarse en corrupción según índice de transparencia internacional», *Diario la República* 26 de enero de 2022. [<https://www.larepublica.co/globoeconomia/colombia-se-vuelve-a-rajar-en-corrupcion-segun-indice-de-transparencia-internacional-3291811>].

año, se incrementó de una forma importante el presupuesto, pero aun así las pérdidas por corrupción siguen siendo de miles de millones de pesos⁵.

La Organización de las Naciones Unidas, ha encontrado que la corrupción es una de las 10 principales causas de la ineficiencia en atención sanitaria. El dinero que se pierde por cuenta de este flagelo a nivel mundial representa cerca del 7.29 % del total del gasto en recursos sanitarios, lo cual equivale a la no despreciable suma de 451 billones de dólares estadounidenses a nivel mundial⁶.

Quiero poner de presente cómo es la estructura del sistema de salud colombiano con el fin de advertir los eslabones en donde se puede dar una mayor pérdida de recursos.

En un primer nivel, hay un órgano rector que es el Ministerio de Salud, que regula y controla la política pública de salud, así como el funcionamiento del sistema de cara a las prestaciones y garantías que se deben realizar para la materialización del derecho a la salud, del cual gozamos todos los habitantes del territorio nacional. Ello, al estar afiliados al sistema de salud, sea por contribución, por hacer parte del régimen subsidiado, o por simplemente estar vinculados al no encontrarse en ninguna de las dos situaciones, refiriéndose a población migrante o habitantes de calle. Recursos que se canalizan mediante fondos de salud que giran los recursos necesarios para la atención a las administradoras del régimen que se denominan Empresas Promotoras de Salud (EPS).

Sin perjuicio de que la mayoría de los habitantes obtienen sus prestaciones mediante el régimen general, es preciso poner de presente que existen otros subsistemas de salud que funcionan y que permiten fortalecer la cobertura del sistema, como los sistemas de seguro privado, los regímenes especiales que operan para algunos sectores como las fuerzas armadas, para el magisterio, para algunos de los servicios de salud universitarios y de ciertas empresas oficiales, como Ecopetrol entre otros. Hay otros sistemas de salud complementarios que son los referentes a la protección laboral que, si bien tiene un alcance más limitado, ofrece cobertura y prestaciones para demandas de servicios de salud y complementa el sistema principal de cobertura. Adicionalmente, se tiene el seguro obligatorio para accidentes de tránsito, especializado en caso de que ocurran siniestros de esta naturaleza que demanden la atención del paciente en ciertas circunstancias excepcionales que permiten complementar el régimen general.

Se tiene un segundo tipo de agente del sistema que son las Empresas Promotoras de Salud, quienes son las encargadas de administrar los recursos y

5 BERNAL MARÍN. *ut supra*.

6 MEDINA PEÑA, R & GUERRA AGUAYO, G., «Apuntes sobre la corrupción desde lo social, axiológico y jurídico». *Revista científica sobre cultura, comunicación y desarrollo*. Vol. 7. N. 1. 2022. Web. pp. 107-112.

contratar con las instituciones prestadoras de salud. Estos entes, públicos o privados, reciben el dinero de los fondos de salud y de las afiliaciones y contratan los servicios directamente con las Instituciones Prestadoras de Salud, dependiendo de lo que se haya gastado en la atención del paciente.

Finalmente, las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) hacen mención a todas aquellos entes públicos o privados, sean clínicas u hospitales, incluyendo personas físicas o naturales, consultorios médicos particulares y demás, que son los que finalmente prestan el servicio de salud, quienes proporcionan la atención.

Así, podemos ver que hay varios subsistemas de salud importantes que fortalecen la prestación y cobertura del servicio, el Sistema de Salud General, el Sistema de Accidentes Laborales, y los regímenes especiales. Un paciente en un momento dado puede estar siendo atendido por los 3 sistemas, lo cual es absurdo y genera una pérdida de recursos. Existe un límite de prestaciones a atender. Desafortunadamente ciertas de las instituciones prestadoras de servicios de salud, tratan de agotar rápidamente estos recursos al recibir al paciente (ejemplo de los pacientes en los casos de accidentes de tránsito), ordenando todo tipo de exámenes y tratamientos, considerados algunas veces innecesarios, y cuando se agotan esos recursos, si lo remiten al Sistema General de Salud.

Otros integrantes del sistema son los proveedores de servicios de salud, los proveedores de productos médicos, las farmacéuticas, los comercializadores y fabricantes de tecnología médica, entre otros. Todos ellos funcionan y deberían trabajar y contratar con las instituciones prestadoras de salud, quienes son las que atienden directamente al paciente.

III. Prácticas corruptas en el sector salud

Se han observado prácticas en el mercado de salud en donde las Empresas Promotoras de Salud, quienes afilian a los pacientes, prestan también servicios de salud, lo cual consideramos reprochable al poder afectar la imparcialidad de la contratación y la calidad del servicio por medio de la competencia. Se destaca que, a pesar de que la Ley les impone un límite del 30 % que podrían utilizar de sus recursos para contratar con sus mismas IPS, lo cual es reprochable porque se advierte que contratan a veces en límites superiores a los establecidos, sea de forma directa o simulada. Siempre teniendo prioridad en la contratación con las instituciones que hacen parte de su mismo grupo empresarial.

Como vemos son varios los actores que tienen un papel en el sistema. También se tiene un gran número de recursos que ingresan al sistema sea por aportes por afiliados, la mayoría siendo aportes por trabajadores; el pago de planes especiales de salud; los aportes de transferencias del Estado para

garantizar el funcionamiento del sistema y otro tipo de recursos, entre los cuales se encuentran donaciones, tributos especiales entre otros.

Las EPS que son las Empresas que administran y afilian los pacientes o usuarios, para nosotros los médicos ha sido muy difícil ese cambio de denominación siendo esta nueva nomenclatura más próxima a un negocio que a un servicio, en nuestro medio desafortunadamente tenemos que la salud se ha convertido en un negocio puramente, dónde han llegado multinacionales, se ha perdido el foco en la calidad de la atención que se le brinda a los pacientes.

La unidad por capitación, que es lo que paga el Estado Colombiano por cada paciente, equivale aproximadamente a \$989.712 pesos colombianos o 247 dólares estadounidenses anuales. Estas EPS son un intermediario entre la demanda del servicio y la oferta, es decir entre los pacientes y quienes prestan el servicio como tal. Estas empresas tienen una relación directa e influencia, muchas veces formando parte de los mismos grupos empresariales con los proveedores de medicamentos y de insumos médicos, lo cual se configura en un factor que favorece el desvío de recursos. Se supone que deben ser empresas con solvencia moral y económica elevada, pero en algunos de los casos no es así.

La captación de recursos que tienen las EPS por cuenta de las cuotas de los afiliados se ha visto enfocada en fortalecer la prestación directa de los servicios, favoreciendo la integración vertical que debería ir por Ley (Art. 15 Ley 1122 de 2007) hasta un 30 % pero que en la práctica llega hasta el 90 %, en algunos casos. Esta situación es uno de los factores importantes de corrupción porque las empresas que tienen los pacientes afiliados contratan con sus mismas instituciones prestadores y se pagan a tarifas superiores a las que se podrían obtener en la generalidad del mercado. Esas tarifas distan mucho de las que les pagan a otras instituciones.

Cuando trabajé en un hospital público por muchos años se observaron este tipo de situaciones. En el Hospital Público la empresa promotora distrital pagaba cierto dinero, pero dicha empresa, estando asociada con unos agentes privados, quienes contratan con sus propias clínicas, y a estas les pagaban una tarifa superior que aquella que le pagaban a la institución pública. Esto es completamente absurdo cuando el servicio es el mismo.

Lo anterior, entre otros elementos, ha llevado a que sea la excepción que los médicos hoy en día estén contratados laboralmente, pues el régimen general que se les aplica en la práctica ha sido el de la prestación de servicios, retirando muchas de las garantías. El personal que cumple una función misional en las instituciones prestadoras de salud, especialmente en las empresas sociales del Estado, o incluso en los entes privados, debería estar contratado con todas las garantías laborales de acuerdo con la Ley. Ello no es así en la realidad, se tiene que el personal de salud se encuentra contratado

por caso, por día, por presupuestos anticipados globales, por servicios específicos, y excepcionalmente por una contratación laboral formal.

Entonces, como vemos la corrupción es un elemento de trascendental importancia en materia de salud, pues no solo afecta el funcionamiento institucional, sino que atenta directamente contra la vida de las personas. Lo que no se hace con los pacientes, se puede pagar con la vida de ellos. Una vida que se pierde por un peso que se robe es muy triste. Algunos pacientes no reciben los tratamientos requeridos, cuando se retrasan las atenciones, se atrasa el inicio de operaciones, de procedimientos de lucha contra enfermedades tan graves como el cáncer que incide en el resultado total, que es el incremento de costos, de complicaciones de los pacientes, déficit en la calidad de la atención o, fatalmente con la pérdida de vida de los pacientes.

Este desvío de recursos también afecta negativamente la calidad del servicio por cuenta de la falta de personal, en donde no se cuenta con dinero suficiente para contratar la cantidad de personas que se requiere para dar condiciones mínimas de atención, y se tiene una sobrecarga laboral. Se tiene una desprotección de las áreas periféricas del país. Por supuesto se puede tener menos prestación de programas de salud pública, menor vacunación, menor capacidad de implementación de programas como el de vacunación, que redundan en enfermedades o incluso muertes por asuntos o patologías que deberían ser totalmente prevenibles.

¿Dónde y cómo se pueden perder los dineros? El ente rector, es decir, el Ministerio de Salud no le paga oportunamente a las EPS por lo que les corresponde por la atención de cada paciente. Por supuesto, las EPS no le giran (no le pagan) oportunamente a las IPS, donde está el talento humano en salud, lo que hacen las IPS entonces es no pagar a los proveedores, no pagar a sus médicos, enfermeras, personal del talento humano en general. En algunas regiones del país, al personal de salud no le pagan en hospitales desde hace 18 meses. Creo que es el único recurso humano que no recibe pago en tanto tiempo. La gravedad del problema se oculta por el sofisma de creer que los médicos y en general el talento humano tienen la posibilidad de trabajar en varios sitios, lo cual a su vez ocurre por los malos salarios que se tienen y la demora en los pagos.

Los dineros que las EPS captan, algunas los destinan a la construcción de IPS propias, consultorios laboratorios y clínicas para favorecer la integración vertical, cuando el supuesto es que deberían fomentar la competencia sin limitarse a contratar, con cualquier tipo de institución prestadora que resulte más adecuada de cara a las necesidades del paciente, con el fin de ampliar la cobertura. Entonces no hay un pago oportuno, se da una prestación deficiente o nula, no se paga a los proveedores.

Lo anterior genera una grave circunstancia en donde cuando las instituciones prestadoras o los médicos no reciben los dineros adeudados luego de la prestación del servicio, con niveles de deuda muy elevados, que las obligan

a asumir mayores precios, a tener que realizar pagos de contado, o a asumir créditos para poder seguir funcionando a tasas de interés mucho mayores que las que se tienen en el mercado.

Algunas de las EPS se quiebran porque como he mencionado, toman los dineros, luego los desvían y por los bajos índices de solvencia que se tienen por causa de estas desviaciones, llegan a tener que ser liquidadas; no solo por no estar prestando el servicio que deben, sino por no contar con los recursos necesarios, lo cual a su vez, puede afectar la viabilidad del sistema. Hemos visto que en los últimos 2 años se han liquidado más de 13 empresas promotoras de salud. ¿Qué pasa cuando estas empresas se liquidan? Los pagos quedan pendientes, tanto para personal, proveedores y terminan arrastrando en su lastre a muchas instituciones. Lamentablemente, hasta ahora, nadie asume estas deudas.

Las instituciones viven saturadas esperando que lleguen los dispositivos requeridos para una atención adecuada y oportuna, contrastando con instituciones privadas en donde se prestan servicios de muy alta calidad, pero, en donde ello no es la regla general sino la excepción. Adicionalmente, el exceso de burocratización genera ineficiencias en el sistema, afectando la oportunidad y pertinencia del servicio, retrasando la atención varias semanas o meses. Limitan los exámenes que pueden solicitar los médicos, incluso, atentando contra la calidad y la autonomía médica. Se ha detectado prácticas de incluir un mayor número de afiliados de los que se tienen, inscribiendo como afiliados en algunos casos, personas fallecidas. No hay prevención de enfermedades a pesar de que hay muchos recursos destinados a ese fin (atención primaria), con el fin de reducir los costos del tratamiento del paciente.

Las IPS, quienes prestan los servicios de salud defendiéndose de todos estos problemas pueden llegar a incurrir en la corrupción. Se advierten prácticas como la facturación de servicios que no se han prestado; se dan sobrecostos en medicamentos, insumos y dispositivos; se cobran comisiones por parte de las EPS para contratar sus servicios y para pagarles oportunamente por el servicio prestado; todo lo cual conlleva a que se precarice la contratación del personal y se incumpla con la normativa laboral.

En lo particular, los médicos como profesionales también incurren en prácticas de corrupción. Si bien el número de sancionados resulta proporcionalmente bajo frente a todos los agentes del sistema, cualquier falta cometida por un facultativo resulta importante y de gran trascendencia por su deber de garante ante los derechos de los demás.

Se observan prácticas como la falsificación de documentos, desde que egresan a las mismas facultades, donde se falsifican documentos para poderse graduar, tales como el año rural, las prácticas que deben realizar en su ejercicio y demás. Se generan duplicidad de exámenes, en donde al paciente se le realizan el mismo examen varias veces, duplicando los cos-

tos cuando no hay lugar a hacer el examen nuevamente desatendiendo la confianza que debería existir entre las diferentes instituciones. Se facturan procedimientos no realizados. No se incluyen en las historias clínicas lo ocurrido con un paciente, ocultando errores y partes del procedimiento y de la atención que deberían estar todas consagradas en la historia clínica. Se formulan y ordenan innecesariamente medicamentos y procedimientos. Se realizan procedimientos sin tener las competencias o la formación para realizar atenciones especializadas arriesgando la salud y la vida de los pacientes. Actuar de manera desleal con las instituciones en donde trabajan o prestan sus servicios, convenciendo a los pacientes para que dejen de ser atendidos en esa institución para atenderlos directamente en su consultorio.

Se ha llegado inclusive a la formación de «carteles» de algunas enfermedades, al igual que carteles de las drogas. Casos como los pacientes de síndrome de Down, de Hemofilia, que siendo enfermedades de relativa baja ocurrencia, han aparecido estos «carteles» para asegurar el pago del tratamiento, teniendo en cuenta que les proporciona un pago mayor por parte del Estado. Ello viene desde algunos administradores, quienes buscan médicos cómplices en lo asistencial y en los trámites para sustraer recursos.

El problema no solamente es la sustracción irregular de recursos del sistema. También es corrupción vulnerar la dignidad de los pacientes. Se ha visto de forma importante el incremento de las agresiones sexuales a los y a las pacientes por parte de los médicos, con especial atención a la pandemia del Covid-19. Esto es realmente alarmante, en los órganos de control, observándose una demanda de quejas relacionadas con agresión sexual.

También se observa como práctica corrupta, el no respetar la autonomía de los pacientes. Sobre este particular, es preciso recordar que cada paciente tiene el derecho de decidir lo que aceptan hacerse y no hacerse, previa explicación clara por los profesionales de la salud. Ello se liga al trato sin humanismo frente a los mismos, quienes generalmente acuden en situación de debilidad. También resulta reprochable aprovecharse de la aparente inferioridad del paciente por no tener conocimiento técnico especializado frente al médico. Corrupción es no cumplir los compromisos con las instituciones donde prestan sus servicios, no atendiendo bien sus obligaciones frente a los pacientes. No contar con las competencias y formación. La recertificación (por actualización periódica) debería ser una obligación para los profesionales, teniendo en cuenta que se debe ejercer con conocimientos frescos y actualizados para ofrecer lo mejor a los pacientes dentro de la autonomía profesional autorregulada. No observar las normas establecidas para el ejercicio.

Asimismo, observamos que los pacientes tampoco se escapan de la corrupción. Se advierten situaciones reprochables como la venta de los medicamentos que se les formulan; venta de los elementos que se les dan, como los pañales, por ejemplo; buscan la formulación de medicamentos no necesarios; búsqueda de incapacidades que no son pertinentes; o evadir, no

pagar, o eludir, pagar menos de lo que les corresponde frente al sistema por la atención que demandan. Se observan situaciones en donde los pacientes se incorporan en duplicidad de regímenes de atención para no pagar o pagar menos de lo que les corresponde.

La industria de proveedores también tiene prácticas corruptas, tales como elevar los costos de los medicamentos, ocultar los medicamentos genéricos por vender los de marca registrada; vender por un precio mayor al del mercado bienes y servicios que demandan los prestadores del servicio. Salta a la vista sobre el particular, la ausencia de mecanismos de compra de demanda agregada de este tipo de productos que pudiera ser parte de la solución a la reducción de precios en insumos y tecnologías.

IV. Conclusiones

Las decisiones responsables que debemos tomar con respeto a la autonomía del paciente y la voluntad de ayudarlo siempre deben guiar el ejercicio profesional. Se le debe dedicar el tiempo suficiente para entender su padecimiento, instruir al paciente y encontrar la mejor alternativa; instruirse como galeno en los avances del conocimiento médico y de las nuevas tecnologías; y atender siempre a la excelencia en cada aspecto del actuar profesional.

¿Quién es la autoridad que controla el ejercicio profesional de los médicos en Colombia?: Los Tribunales de Ética Médica en Colombia son organismos privados que cumplen una función pública. Su finalidad es llevar a cabo la trascendental tarea de mantener los más altos estándares éticos y disciplinarios en el cuerpo médico colombiano; siempre velando por la defensa del buen ejercicio de la medicina; y en procura de garantizar los derechos y deberes de los pacientes y médicos⁷.

Se propone que se reforme el Sistema de Salud para que haya gobernabilidad. Desafortunadamente el manejo real de la salud en Colombia lo tienen las EPS y debería el órgano rector supervisar el sistema, que retiren la intermediación financiera de estas entidades, prefiriendo un pago directo a los diferentes actores del sistema que permita garantizar una cancelación oportuna y a tarifas justas. Con participación del sector privado buscando sistemas de competencia en donde también se permita la participación de entes de capital público.

Es pertinente igualmente, tener una verdadera política de salud pública, con un esquema que permita prevenir más que curar, que se dé una atención primaria de la salud, con la unificación de los distintos sistemas existentes evitando esta sectorización que actualmente existe. Todo ello, sumado a un

7 Ello, de conformidad con la Ley 23 de 1981 «Por la cual se dictan normas en materia de ética médica».

adecuado control de los entes vigilantes del sistema que no tengan miedo de aplicar sanciones ejemplares cuando procedan.

Todo es una mezcla de la ausencia de gobernabilidad en el sector salud, altos niveles de impunidad, algunos dirigentes del sistema carentes de estándares éticos y una marcada cultura de permisividad con la corrupción. Lo anterior, ha llevado al sistema de salud a un estado crítico, en donde la desviación de recursos, la afectación de derechos sociales, y especialmente la vulneración de los derechos humanos y la dignidad de los pacientes, así como de los trabajadores de la salud, se presentan como consecuencias de dicho flagelo.

Es decir, un sistema vulnerable frente a los actos de corrupción que se resuelve por un cambio de mentalidad y de formación desde el hogar y la educación básica, inculcando valores. Las bases de una cultura de la legalidad; la exigencia a los programas de medicina de incluir cátedras y cursos de ética y humanismo; la rigurosidad de las sanciones; el buen funcionamiento de los entes de control, entre ellos los tribunales de ética médica; y el seguimiento de bienes de los responsables en relación con la justicia civil, penal, social, se podrían establecer como posibles alternativas para enfrentar esta problemática.

Existe en Colombia la Ley 1751 de 2015 «Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones», que contempla el derecho fundamental a la salud, garantizando su prestación, la cual debe implementarse como parte de mejorar sustancialmente la atención en salud en nuestro país.

V. Bibliografía

BERNAL MARÍN, Ivan «Colombia se vuelve a rajarse en corrupción según índice de transparencia internacional» *IPS, Diario la República* (26 de enero de 2022).

MEDINA PEÑA, Rolando. & GUERRA AGUAYO, Gustavo Alfredo. «Apuntes sobre la corrupción desde lo social, axiológico y jurídico». *Revista científica sobre cultura, comunicación y desarrollo*. Vol. 7. N. 1. 2022. Web. pp. 107-112.

PASTRANA VALLS, Alejandro. «Estudio sobre la corrupción en América Latina». *Revista mexicana de opinión pública*, (27), Web, pp. 13-40.

CAPÍTULO III

DESASTRES Y CONTROL A LA CORRUPCIÓN

OMAR DARÍO CARDONA ARBOLEDA

Profesor, Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Ingeniería de la Universidad Politécnica de Cataluña. Asesor internacional en gestión del riesgo de desastres y adaptación al cambio climático.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR INSTITUCIONES PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES. III. PROBLEMÁTICAS EN LA PRÁCTICA DE LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES: EL MANEJO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 EN COLOMBIA. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

No es un tema nuevo, el de los desastres, y de cómo actúan las instituciones frente a este tipo de situaciones. Pero a modo de introducción debo decir que la pandemia de la Covid-19 en la mayoría de los países se ha estado solventando, utilizando facultades y medidas excepcionales de emergencia, sin mediar los órganos legislativos en la mayoría de los casos. Es decir, se han estado expidiendo decisiones del ejecutivo con fuerza de ley, que obviamente deben justificarse ante las instancias de control constitucional y político; porque es esa la primera rendición de cuentas que debe existir después de una declaración de emergencia, desastre, alarma, calamidad o, como se les denomine, en cada legislación. Las decisiones sobre la pandemia han sido sectoriales, administrativas y políticas en todos los niveles territoriales, por lo cual debe exigirse la rendición de cuentas en todo sentido y, sobre todo, transparencia desde un punto de vista no solo político, sino social y económico.

II. La necesidad de consolidar las instituciones para la gestión del riesgo de desastres

Como dije, el tema de los desastres ya tiene bastante tiempo, desde hace décadas los países han desarrollado una institucionalidad para enfrentar los desastres y las emergencias. Por ejemplo, el concepto de defensa civil existe, en los Estados Unidos, desde los años 40 del siglo pasado; concepto que tuvo posteriormente múltiples cambios o reformas institucionales¹. Desde esa época se comenzó a hablar del tema por los desastres que se presentaron cada vez con mayor frecuencia. En Chile, por ejemplo, se empezó hablar del tema en los años 60, debido a un gran terremoto; uno de los más grandes que ha habido en el planeta. También, en Costa Rica, por varias erupciones volcánicas en los años 60. Luego, en los años 70, les siguieron otros países de las Américas como Perú, Honduras, Guatemala y Nicaragua a raíz de terremotos y de eventos importantes que consolidaron la necesidad de ese tipo de institucionalidad². Finalmente, en los 90, países como México y Colombia desarrollaron marcos interinstitucionales más evolucionados, basado en las enseñanzas de esas décadas anteriores, e incluso, estos mismos marcos institucionales se han actualizado recientemente³. En las Naciones Unidas se crearon organismos como la UNDRR, que derivó en DHA y finalmente en OCHA y la UNDRR (United Nations Disaster Risk Reduction Office).

En los años 90 no puedo dejar de mencionar que se desarrolló el decenio internacional para la reducción de los desastres naturales y, desde entonces, se han realizado tres conferencias mundiales sobre el tema en Yokohama, en Kobe y en Sendai. Desde el 2015 se cuenta con el Marco de Acción de Sendai, los Objetivos del Desarrollo Sostenible y del Acuerdo de París, lo que ha contribuido al desarrollo institucional en gestión del riesgo de desastres no solo a escala global sino en la mayoría de los países.

Ahora bien, la atención de emergencias, la prevención de desastres y finalmente lo que hoy llamamos la gestión del riesgo de desastres, centrada en el riesgo y no en el desastre; es decir, en las causas y no solo en el producto, ha derivado en la necesidad de hacer algo antes de que se presente el desastre⁴. Por ende, esto significa la necesidad de hacer una rendición de cuentas

1 ANDERSON, William. «Local civil defense in natural disaster: from office to organization». *Report series*. Vol. 7. University of Delaware, Delaware, 1969.

2 LAVELL, Allan; FRANCO, Eduardo. «Estado, sociedad y gestión de los desastres en América Latina: en busca del paradigma perdido», *La Red*, Lima, 1996.

3 CARDONA, Omar Darío; LAVELL, Allan; MANSILLA, Elizabeth; MORENO, Álvaro Martín. *Avances en las estrategias de desarrollo institucional y sostenibilidad financiera de la gestión del riesgo de desastres en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2005.

4 CARDONA, Omar Darío; CARREÑO, Martha Liliana; BERNAL, Gabriel; SUÁREZ, Dora; BARBAT, Alex H. «Decision-making based on holistic seismic risk assessment, including socioeco-

bastante peculiar, sobre una situación que no ha ocurrido aún, pero que exige que las instituciones tengan que considerar acciones que se tendrían que llevar a cabo en forma anticipada, sobre el riesgo, y no solamente remediando o atendiendo las crisis que se puedan presentar; es decir, los desastres.

Colombia, planteó un sistema interinstitucional dirigido desde la Presidencia de la República desde los años 90, y posteriormente, en el 2012, a la luz de lo que sería la Política de Gestión del Riesgo de Desastres, la Ley 1523, se hizo una armonización, actualización y modernización de dicho sistema. La idea fue concebir el sistema nacional como una orquesta, donde hay un director que orienta y coordina y unos músicos que tienen sus propias partituras. Cada uno es autónomo y hace lo que le corresponde con su instrumento musical, pero de manera coordinada y en conjunto. Así se logra que haya una sinfonía. En este caso, para lograr la gestión del riesgo de desastres, es necesario involucrar los diferentes sectores, instituciones nacionales y entidades territoriales, teniendo en cuenta la descentralización política, administrativa y fiscal. Se trata de un sistema en el cual cada una de las instituciones enfrenta la problemática de acuerdo con el ámbito de su competencia y que, basado en los principios de complementariedad, subsidiariedad y concurrencia, busca abordar el problema del riesgo de desastres de una manera integral y de forma multisectorial e interinstitucional.

Esto ha implicado no solo considerar las funciones de cada entidad sino procesos misionales de toda la organización, que son i) el conocimiento del riesgo; ii) la reducción del riesgo, que corresponde a acciones ex ante. Pero también acciones ex post, como, iii) el manejo de desastres; es decir, la respuesta a la emergencia, la rehabilitación, la recuperación e, incluso, la reconstrucción.

Esto implica que las situaciones ordinarias deben atenderse con las capacidades institucionales y con un régimen de excepción de procedimientos expeditos y simplificados que pueden activarse para atender la anormalidad que se deriva de las situaciones de desastre. Esto genera que sea necesario la realización de un plan específico de respuesta y recuperación, así como la declaración de la urgencia manifiesta o de la calamidad que permite redestinar recursos del presupuesto para que sean utilizados para atender los gastos imprevistos originados por las razones de urgencia que se están planteando. Es decir, hay un hecho generador disparador, pero, también, hay una circunstancia asociada con la incapacidad, dificultad o urgencia para enfrentar la situación. Si bien son dos elementos que se presentan al mismo

«nomic, resilience and governance risk drivers», *16th European Conference on Earthquake Engineering*, Tesalónica, 2018.

tiempo, se tiene que uno de ellos detona y define la situación y, el otro está asociado con la capacidad de respuesta⁵.

En el caso colombiano se trata de un régimen de excepción que se activa, es decir, que ya está establecido en la Ley. No es algo que se inventa con la crisis, sino que ya está definido de forma previa. De esta manera el sistema jurídico en sus variantes constitucional y administrativa se preocupa entonces por la vigencia de ese estado de cosas que denomina normalidad; y se limita, a prever los medios para restablecerla cuando estima que ha sido quebrantada. Por ello, se trata de medidas extraordinarias, que se requieren para tratar situaciones anormales, que no podrían ser tratadas mediante los instrumentos ordinarios que tiene el ordenamiento jurídico.

Se podría decir que la burocracia está preparada para funcionar en la normalidad, pero no en situaciones en donde se espera una respuesta intensiva y especial. Al respecto, un colega, Luis Roberto Wiesner, proponía que el desastre es la antítesis del derecho, pues representa la anormalidad, el desajuste, la ruptura del funcionamiento rutinario de la sociedad y de la acción de la burocracia⁶. Planteaba, Luis Roberto, que el desastre, al implicar en muchos casos un régimen de excepción, ratifica la dificultad que tiene la burocracia para enfrentar las crisis⁷.

Ahora, en Colombia, aparte de esa institucionalidad, y de ese régimen de excepción definido y que se puede activar si se dan las circunstancias; están también las disposiciones constitucionales que están consagradas en los artículos 212, 213 y 215, el Estado de Guerra, el Estado de Conmoción Interior, y el Estado de Emergencia Económica, Social o Ecológica por grave calamidad pública.

III. Problemáticas en la práctica de la gestión del riesgo de desastres: el manejo de la pandemia de la Covid-19 en Colombia

Sorprendentemente, y es lo que quiero poner de presente, esa declaración de emergencia a nivel constitucional ha sido justificada muchas veces

5 CARDONA, Omar Darío. «A System of Indicators for Disaster Risk Management in the Americas», *250th Anniversary of the Lisbon Earthquake*, Instituto de Estudios Ambientales, Universidad Nacional de Colombia, 2005. <https://www.unisdr.org/2005/HFdialogue/download/tp3-paper-system-indicators.pdf>

6 WIESNER, Luis Roberto. «El orden jurídico frente al caos. El caso nuclear». *Revista de Derecho Privado*, Vol. 437, Universidad de los Andes, Bogotá, 1988, pp. 25-52. <http://hdl.handle.net/1992/47223>

7 WIESNER, Luis Roberto, *Desastre y Derecho: una aproximación al riesgo tecnológico*, Temis, Bogotá, 1991.

por cuenta de la supuesta incapacidad del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, que se fue creado justamente para enfrentar las crisis. La solución que se ha dado, entonces, es crear nuevas instituciones, con regímenes de contratación que toman las normas del derecho privado como régimen excepcional para cada desastre, aun cuando estos artículos constitucionales deberían solamente aplicarse en un caso extremo, que realmente implique la potencial mutación del sistema político.

Esto no ha pasado solamente en Colombia; ha pasado en muchos países. En Costa Rica, por ejemplo, se ha observado que cada vez que hay un cambio presidencial, lo primero que se hace es declarar el estado de emergencia con el fin de resolver supuestas urgencias, o más bien deficiencias, que no se han resuelto en el pasado. De hecho, el recientemente, en dicho país, se planteó la necesidad de declarar la emergencia por problemas asociados a posibles delitos cibernéticos. Con base en ello se ha justificado la utilización de poderes excepcionales para hacer puentes, edificios, vías sin haber propiamente un desastre o algo que haya dado lugar a la declaratoria de excepción. Esta situación se ha presentado, muchas ocasiones, en varios países de América Latina.

Esto amerita una reflexión sobre ¿qué es desastre, catástrofe, crisis, emergencia? ¿Qué es anormalidad? y ¿Qué es normalidad? En países donde se tienen problemas de desarrollo muy serios, la línea entre lo que es normal o anormal es difícil de determinar. Adicionalmente, es necesario reflexionar sobre el tipo de régimen de excepción que puede activarse y qué se debe hacer para que no se sigan invocando poderes constitucionales ante la insuficiencia de instrumentos para conjurar las necesidades que surgen con ocasión de un desastre.

Cuando se presentó la Covid-19 en Colombia el Gobierno no utilizó ninguno de los instrumentos de gestión del riesgo de desastres. Decretó la emergencia sanitaria y luego decretó la emergencia económica social y ecológica a nivel constitucional, artículo 215; la figura del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres fue ignorada. En parte, por marasmo, falta de iniciativa y apropiación del tema y por agotamiento de un discurso considerado inefectivo en materia de gestión del riesgo por los dirigentes de turno.

Así, el Gobierno Nacional buscó facultades excepcionales a la luz de la Constitución y no utilizó la legislación existente. Paulatinamente se creó un sistema ad-hoc, en el que confluían el presidente y todos los ministros, con un gerente que fue nombrado específicamente para manejar la emergencia de la Covid-19. El 21 de marzo de 2020 el presidente de la República nombró dicho gerente para la atención integral de la pandemia y esta Gerencia, dependiente de Presidencia, no consideró que en la misma Presidencia de la República también existía la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, y se le dotó a la nueva figura institucional además de funciones, personal y recursos.

Lo que quiero destacar de lo anterior son dos aspectos. Primero, que a pesar de que las pandemias hacían parte de los eventos cubiertos por la legislación vigente, que establece instrumentos, instancias y recursos, como el mismo Sistema Nacional, Consejo Nacional, conformado por los ministros, un Fondo Nacional, un Plan Nacional y una Unidad Nacional de Gestión del Riesgo Desastres, con su director nacional, e incluso figuras similares a nivel departamental y municipal, se prefirió ignorar estas instancias y crear un Fondo para la Mitigación de Emergencias (FOME) junto con el gerente para la emergencia de la Covid-19, con funciones como las del mencionado director de la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. Así, se desconoció la institucionalidad con la cual el sistema, por ejemplo, había enfrentado ya, no solo otros desastres, sino atendido emergencias en materia de salud como el cólera, el dengue, entre otros.

El Gobierno Nacional declaró la emergencia sanitaria y luego el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica como lo mencioné, no hizo la declaración de desastre a la luz de la legislación existente a pesar de que la pandemia cumplía con todo para activar las medidas de excepción que allí se contemplaban. En resumen, el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres fue ignorado y se concluyó que el sistema era una burocracia más. Esto ilustró una sequía intelectual, por un lado, que en cierta forma desveló la inoperancia de un discurso inefectivo, o sea un poco lo que decía el doctor Luis Roberto Wiesner cuando decía que el desastre era la antítesis del Derecho⁸.

El segundo elemento, es que paradójicamente, y en forma paulatina la institucionalidad fue convocada siguiendo el sentido común de los dirigentes de turno, con arbitrariedades y copiando lo que están haciendo en otros países. Pero el presidente y los ministros, no solo el de salud, sino todos, terminaron en la práctica, conformando el Consejo Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres que ya existía en la legislación, e involucraron en sus acciones sectoriales a los departamentos y luego a los municipios. La gerencia se diluyó y los recursos se ejecutaron desde el Fondo Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres a través de la Unidad Nacional. En términos prácticos, el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo Desastres terminó funcionando, si, incluso con cierta integralidad, pero no de una manera formal, o de una manera apropiada por el establecimiento de esa nueva legislación *ad-hoc*.

IV. Conclusión

Hoy hay varios cuestionamientos frente a la forma en que se ha operado y manejado los recursos. La emergencia estuvo vigente hasta finales de junio

8 WIESNER, Luis Roberto, 2019. *Op. Cit.*

de 2022. Se dice que es confidencial la manera cómo se ha procedido en la materia; por ejemplo, en materia de contratación, lo cual limita, entre otras, el acceso a los expedientes contractuales por parte de los entes de control, quienes no han tenido aún acceso a la información porque se estaba a la espera de que se terminara la situación de emergencia. Debo decir que ha habido casos en Colombia, como el del volcán Galeras, cuyas vecindades han estado desde hace casi 17 años en situación de desastre, aunque no hubiese ocurrido, y que, desde ese entonces, se ha mantenido sin llevar a cabo el retorno a la normalidad. Es preciso señalar, también, que se han activado medidas por diversas emergencias que han permitido que se llegue a decir que hemos estado pasando de la burocracia a la cleptocracia⁹, como resultado de desastres reales y de otros no tan reales.

Para terminar, señaló que desafortunadamente estas situaciones, como ya lo he manifestado previamente, se han estado presentando en muchos países por motivo de la pandemia, siendo situaciones que han suscitado críticas y cuestionamientos, tanto en Colombia como en muchos otros países. Ello ha derivado en que se debiliten las figuras nacionales de gestión del riesgo de desastres, de protección civil o como se les denomine, con razón en algunos casos, pero también con objetivos políticos, buscando relajar el control fiscal y la transparencia en el uso de los recursos del Estado.

La última reflexión que quiero hacer es que gobernar es anticiparse, que la gestión del riesgo no es una entidad, ni un sector; es una estrategia de desarrollo. El riesgo, en la medida que es una construcción social, es un común denominador de los distintos modos de gestión del desarrollo, o de sus modalidades; como la gestión ambiental, del territorio, de la resiliencia, de la sostenibilidad o de la adaptación al cambio climático. Por esta razón, es importante revisar lo que ha estado pasando y no permitir el detrimento de una institucionalidad fundamental para la calidad de vida y el bienestar de las personas por el abuso de ciertos gobernantes.

V. Bibliografía

ANDERSON, William. «Local civil defense in natural disaster: from office to organization». *Report series*. Vol. 7. University of Delaware, Delaware, 1969.

CARDONA, Omar Darío; LAVELL, Allan; MANSILLA, Elizabeth; MORENO, Álvaro Martin. «Avances en las estrategias de desarrollo institucional y sostenibilidad financiera de la gestión del riesgo de desastres en América

9 PAVA, Javier. «Recursos de Gestión del Riesgo de Desastres: Pasar de ser una oportunidad de saqueo a una oportunidad para enfrentar el cambio climático». *Inédito, borrador. Comunicación personal, 2022.*

Latina y el Caribe», *Banco Interamericano de Desarrollo*, Washington, 2005.

CARDONA, Omar Darío; CARREÑO, Martha Liliana; BERNAL, Gabriel; SUÁREZ, Dora; BARBAT, Alex H., «Decision-making based on holistic seismic risk assessment, including socioeconomic, resilience and governance risk drivers», *16th European Conference on Earthquake Engineering*, Tesalónica, 2018.

CARDONA, Omar Darío. «A System of Indicators for Disaster Risk Management in the Americas», *250th Anniversary of the Lisbon Earthquake*, Instituto de Estudios Ambientales, Universidad Nacional de Colombia, 2005. <https://www.unisdr.org/2005/HFdialogue/download/tp3-paper-system-indicators.pdf>

LAVELL, Allan; FRANCO, Eduardo. «Estado, sociedad y gestión de los desastres en América Latina: en busca del paradigma perdido», *La Red*, Lima, 1996.

PAVA, Javier. «Recursos de Gestión del Riesgo de Desastres: Pasar de ser una oportunidad de saqueo a una oportunidad para enfrentar el cambio climático». *Inédito, borrador. Comunicación personal*, 2022

WIESNER, Luis Roberto. «El orden jurídico frente al caos. El caso nuclear». *Revista de Derecho Privado*, Vol. 437, Universidad de los Andes, Bogotá, 1988, pp. 25-52. <http://hdl.handle.net/1992/47223>

WIESNER, Luis Roberto, *Desastre y Derecho: una aproximación al riesgo tecnológico*, Temis, Bogotá, 1991.

CAPÍTULO IV

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA EXPERIENCIA DE LA AGENCIA VALENCIANA ANTIFRAUDE

JOAN ANTONI LLINARES GÓMES

Director de la Agencia Valenciana Antifraude

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS DENUNCIAS ANTE LA AVAF. III. RECOMENDACIONES. IV. LA IMPORTANCIA DEL ANÁLISIS DE RIESGOS. V. HACIA UNA ESTRATEGIA NACIONAL DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. 1. INTEGRIDAD PÚBLICA, 2. TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La Agencia Valenciana de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana (AVAF) nace en 2016 mediante Ley 11/2016, de 28 noviembre, de la Generalitat Valenciana. Creada por el Parlamento Valenciano (Les Corts) en cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción como órgano especializado de control externo preventivo y correctivo. También como autoridad de protección de las personas denunciantes de corrupción. La AVAF está adscrita directamente al parlamento que es quien elige a la persona titular de la dirección. La institución actúa con independencia del resto de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones.

La AVAF tiene naturaleza de Administración pública, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Desde su independencia debe cumplir los principios de imparcialidad y neutralidad.

Las actuaciones de la Agencia se desarrollan dentro del territorio de la Comunidad Valenciana, siendo su ámbito subjetivo la administración autonómica y local; el sector público empresarial e institucional; las entidades dependientes del parlamento en cuanto a su actividad administrativa; las entidades de derecho público; las universidades públicas valencianas y entidades vinculadas; las personas físicas y jurídicas, receptoras de fondos públicos; y los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales. Asimismo, tiene capacidad de actuar sobre contratistas y subcontratistas de las AA. PP. y sobre cualquier persona jurídica o física que perciba fondos públicos.

La prevención y erradicación del fraude y la corrupción de las instituciones valencianas y el impulso de la ética pública se fijan como los objetivos principales de la Agencia junto con uno muy importante: la protección de las personas denunciantes de corrupción.

Las funciones y áreas de la AVAF, desarrolladas tanto en su Ley como en el Reglamento, son el análisis, la investigación, la protección al denunciante, la prevención, la formación y la documentación.

La Agencia Valenciana Antifraude se constituye como una de las cinco agencias autonómicas que operan en el Estado Español junto con la Oficina Antifraude de Cataluña (2008), la de las Islas Baleares (2016), la de Andalucía (2021) y la de Navarra (2022). Aragón y Asturias cuentan con Ley Antifraude que crean las respectivas agencias, pero estas no han iniciado la actividad.

Además de estas oficinas y agencias regionales, existen dos oficinas municipales (Barcelona y Madrid) y varios órganos estatales (SNCA y ORIESCON). Todos unidos forman la Red de Oficinas y Agencias Anticorrupción que se reúne al menos dos veces al año para poner en común estrategias y compartir experiencias en sus objetivos comunes.

II. Las denuncias ante la AVAF

Según las materias, las denuncias presentadas ante la Agencia tienen relación, mayoritariamente, con la gestión de recursos humanos (45 %) seguido por la contratación pública (14 %), urbanismo y medio ambiente, gestión de fondos y patrimonio y el uso indebido de los recursos públicos.

Hasta fin de 2021 se recibieron 968 denuncias, con un crecimiento exponencial muy marcado de las cuales 358 corresponden a ese último ejercicio.

Por lo que respecta al canal de presentación de las denuncias, la mayoría, un 88,5 %, se reciben a través del Buzón de Denuncias al que se accede a través de la página web de la AVAF¹.

Este buzón es un canal de comunicación electrónica que permite que cualquier persona comunique hechos o conductas que resulten contrarias al derecho y a los principios o reglas éticas y de buen gobierno y administración, en el ámbito del fraude o la corrupción pública, conforme a la normativa vigente, y complementaria de las vías tradicionales de comunicación de denuncias (registro, presencial, correo electrónico...), pudiendo presentarse denuncias anónimas.

III. Recomendaciones

Sobre el particular, se destaca que en la página web de la AVAF² pueden consultarse una serie de manuales que incluyen recomendaciones temáticas, que facilitan la implementación de marcos de integridad y ética públicos, a disposición de las instituciones y la ciudadanía en general, para disipar dudas en materia de fraude, corrupción e integridad pública³. También se pueden haber dado a conocer mediante este mecanismo recomendaciones de investigación, conclusiones y reflexiones sobre los distintos expedientes de investigación en la materia.

Las áreas temáticas sobre las que versan estos documentos son: i) Riesgos contrarios a la integridad pública en el sector pública instrumental valenciano; ii) riesgos comunes en los procesos de toma de decisiones y algunos mecanismos de prevención; iii) sobre el conflicto de interés; iv) sobre planificación; v) sobre el enriquecimiento injusto; la vi) guía plan de integridad pública; y, vii) la toma de decisiones de cargos electos en EELL.

IV. La importancia del análisis de riesgos

El análisis de los riesgos resulta fundamental a la hora de vigilar el adecuado ejercicio de la actividad contractual. La contratación pública supone

1 AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA. «Buzón de denuncias», 2022. IPS. [<https://www.antifraucv.es/buzon-de-denuncias-2/>].

2 AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA. «Garantías Procedimentales». IPS. [<https://www.antifraucv.es/publicaciones/g/>].

3 Ver AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA. «El Plan de Integridad Pública: Hoja de Ruta y Anexos Facilitadores». Agencia Valenciana Antifraude. [https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2022/07/13_220707_Actualizacion_Guia_avaf_plan_de_integridad_publica.pdf].

el 14 % de las denuncias recibidas en la Agencia, constituyendo el segundo mayor volumen de ellas y siendo los riesgos más importantes detectados los siguientes: i) La falta de planificación estratégica en la contratación; ii) las contrataciones con limitación de la concurrencia; iii) las modificaciones y prórrogas de contratos de forma irregular; iv) la inexistencia de responsabilidades concretas ante irregularidades en el contrato; v) la insuficiencia de recursos humanos cualificados en gestión de la contratación; vi) la ausencia de planes de formación en materia de contratación pública; vii) el control defectuoso de la ejecución y liquidación del contrato.

Adicionalmente, se presenta un octavo elemento, el cual destaca como particularmente riesgoso, esto es, las incompatibilidades y colisiones, o conflictos de interés, en actividades como i) la redacción de proyectos y pliegos técnicos o jurídicos administrativos dirigida; ii) la escogencia de los miembros de las mesas de contratación; o iii) la dirección y ejecución del contrato⁴. Estos riesgos se pueden localizar en las diferentes fases de la actividad contractual.

En la fase de preparación encontramos el impulso y preparación de contratos innecesarios y perjudiciales, la preparación de contratos limitando indebidamente la concurrencia o la libre competencia; la filtración de información privilegiada; y la adjudicación directa a un operador al margen del procedimiento de contratación.

Durante la fase de licitación, los peligros más importantes residen en la no evitación de prácticas anticompetitivas; la admisión o exclusión de empresas licitadoras de forma sesgada; valoración de las ofertas de forma arbitraria; y resolución de la adjudicación o formalización de los contratos irregularmente.

Para finalizar, en la fase de ejecución aparecen como mayores riesgos la obtención de una prestación diferente a la contratada; la modificación injustificadamente del contrato; la autorización de pagos injustificados o irregulares; y la no exigencia de responsabilidades por incumplimientos.

V. Hacia una estrategia nacional de lucha contra la corrupción

La Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia establece los principios o criterios específicos, de obligatoria consideración en la planificación y ejecución de los componentes del Plan, por los cuales

4 AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN EN LA COMUNITAT VALENCIANA. «Recomendación general. La ejecución de los contratos en clave de integridad pública», *Recomendaciones AVAF*, Valencia, 2022.

se establece el refuerzo de los mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de interés.

En concreto, en el artículo 6.6 se establece el procedimiento a seguir en el caso de detectar un posible fraude y en el artículo 6.4 la obligatoriedad de evaluar este riesgo, configurando, como actuaciones obligatorias, la cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Interés y la disponibilidad para abordar estos conflictos⁵.

1. Integridad pública

La integridad es el uso de los fondos, los recursos y los activos alineados con el interés público y armonizados con los principios generales de buen gobierno. La OCDE, en sus «Principios para la integridad en la contratación pública» (2009), establece 10 principios en 4 ejes siendo estos:

1. **Transparencia** o el conocimiento efectivo de las decisiones relacionadas con los contratos públicos, así como del resto de informaciones relacionadas con la tramitación del procedimiento de contratación en sus diferentes fases (preparación, adjudicación y ejecución) que garanticen la adecuada igualdad y competencia entre todos los licitadores.
2. **Buena gestión**, que supone hacer frente a las deficiencias comunes en la planificación y gestión de la contratación pública, incluyendo las necesidades que no estén bien valoradas, mejorando los presupuestos poco realistas o formando a funcionarios que están poco cualificados.
3. **Prevención de la mala conducta, cumplimiento y seguimiento**, utilizando mecanismos para prevenir riesgos (mapas, evitar concentración tareas, mecanismos electrónicos para evitar contactos directos); fortaleciendo la integridad por parte adjudicatario en gestión contrato (medidas voluntarias: pactos de integridad, códigos de conducta...); y utilizando mecanismos de monitorización (minería de datos, líneas rojas, sistemas denuncias...).
4. **Rendición de cuentas y control**, estableciendo una clara cadena de responsabilidad junto a controles coordinados; tratando las reclamaciones de los licitadores de manera justa y oportuna; y empoderando a la sociedad civil para indagar en la contratación pública

Los efectos de la integridad son claros ya que constituye un instrumento para fomentar la buena administración y con ella una buena gobernanza. La

5 Ver AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN EN LA COMUNITAT VALENCIANA. «Reflexiones sobre conflictos de interés: su desconocimiento la antesala de la corrupción». *Agencia Valencia Antifraude*, Valencia, 2020.

actuación coherente de un cargo o empleado público en el marco de referencia establece los cimientos para la buena administración que contribuirá a la consecución del interés general.

La integridad se establece como el mecanismo óptimo para la lucha contra los conflictos de interés y la corrupción. La actuación recta de un cargo o empleado público garantiza la ausencia de desviaciones respecto al marco de referencia, lo cual evita la influencia de intereses, motivaciones o hasta particulares en la toma de decisiones públicas que puedan prevalecer sobre el interés general.

Por eso, la ausencia de integridad comporta mala administración y, eventualmente, también puede ser la manifestación de la existencia de conflictos de interés y de casos de corrupción.

La corrupción constituye una violación de la integridad. En el marco normativo encontramos el principio de Integridad en diferentes leyes. Una de ellas es la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado que, en su artículo 3, establece que el ejercicio del alto cargo queda sometido a la observancia, además de las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente a una serie de principios entre los que se encuentra el de Integridad definido como actuaciones realizadas con la debida diligencia y sin incurrir en riesgo de conflicto de interés.

También el Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público, en su artículo 52, titulado Deberes de los empleados públicos y el Código de Conducta, establece, entre otros principios, el principio de integridad⁶.

Así mismo, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública dispone que los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de interés que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos y para que hagan uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por

6 Los empleados públicos tendrán que ejercer con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y tendrán que actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respecto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

conflictos de interés. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver estos conflictos.

El artículo 24 de esta Directiva define el conflicto de interés como cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

Además, la Directiva establece que los poderes adjudicadores pueden excluir de la participación en un procedimiento de contratación a licitadores cuando se pueda demostrar que estos son culpables de una mala y grave conducta profesional que pueda poner en entredicho su integridad; que podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros (...), cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de interés en el sentido del artículo 24; y que podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés que pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato, valorando criterios de selección de capacidad técnica y profesional.

Otra norma que regula la Integridad es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). En su preámbulo, enuncia que, «en el Libro I se introduce una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés, mediante la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de interés que puedan surgir en los procedimientos de licitación».

Así mismo, en su artículo 1 por el que fija el objeto y finalidad de la Ley, hace referencia al principio de Integridad al señalar que la regulación de la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

La lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés viene regulada en esta Ley 9/2017 en su artículo 64, en el que determina

que los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de interés que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores y que cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Para finalizar, en su artículo 132, regula los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, de carácter estructural y material de efectos directos siendo concretamente: igualdad de trato entre licitadores, eficiencia en el gasto público e integridad en prevenir el fraude y revelar los conflictos de interés.

2. Transparencia en la contratación pública

Viendo la transparencia desde una perspectiva integral, podríamos hablar de publicidad, así como participación ciudadana y control. La transparencia es efectiva en todas las fases del procedimiento (de la fase de preparación a la de ejecución) y en todos los tipos de contratos. Habría que conseguir que la ciudadanía entendiese cómo se contrata, para que esta fuese efectiva.

Algunos ejemplos de transparencia integral que podrían ser adoptados por las Administraciones públicas serían; i) la programación contratación pública; ii) mayores exigencias en la motivación de la actuación contractual; iii) obligación correlativa de publicar; iv) la prevención conflictos de interés: identidad licitadores, miembros mesas, comité de expertos, organismos técnicos; v) la publicación información sobre contratos menores; vi) la publicación encargos a medios propios; vii) la limitación a las modificaciones de contratos; viii) un análisis más profundo del perfil del contratante: acceso libre, no siendo necesaria la identificación; y ix) la publicación en formatos abiertos y reutilizables y ha de permanecer accesible al público durante un periodo no inferior a cinco años.

De tal forma, las obligaciones de transparencia de los contratistas quedarían fijadas en: Primero, informar a la Administración de las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de Servicios públicos y la percepción de fondos públicos (para incorporar esta información en el portal de transparencia. (art. 4 Ley 19/2013). Segundo, facilitar a la Administración, a petición de esta y en los términos y plazo que estipule, cualquier información que sea necesaria para satisfacer una solicitud de acceso a la información pública (art. 17.1 Ley 19/2013). Tercero, aque-

llos que prestan servicios públicos o son adjudicatarios de concesiones de obras públicas: facilitar o publicar la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y la calidad del servicio, de acuerdo con los términos definidos en el pliego. Finalmente, en los contratos de informes y auditorías: Art. 8 Ley 19/2013 (...) Información económica, presupuestaria y estadística. e) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan (...).

VI. Conclusiones

La contratación pública supone en España entre un 15 y un 20 % de su PIB por lo que no es menester recalcar la importancia económica que supone la correcta gestión de los contratos y el buen funcionamiento de los principios de concurrencia competitiva entre las empresas. De hecho, la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia, ha llegado a cifrar en 40.000 millones de euros las pérdidas que sufren el conjunto de las administraciones públicas por no aplicar debidamente la ley de contratos del sector público en lo que respecta a la estricta aplicación de las reglas de mercado. El propio Tribunal de Cuentas Europeo ha destacado la incoherencia de que la construcción en las mismas condiciones orográficas de un metro cuadrado de autopista cueste 80.000€ en Alemania y 160.000 en España. La AVAF trabaja para que esas incoherencias no se produzcan.

VII. Bibliografía

AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA. «Buzón de denuncias», 2022. IPS. <https://www.antifraucv.es/buzon-de-denuncias-2/>

AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA. «Garantías Procedimentales», 2021. IPS. <https://www.antifraucv.es/publicaciones/g>

AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA. «El Plan de Integridad Pública: Hoja de Ruta y Anexos Facilitadores». *Agencia Valenciana Antifraude*, 2021, https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2022/07/13_220707_Actualizacion_Guia_avaf_plan_de_integridad_publica.pdf

AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA. «Recomendación general. La ejecución de los contratos en clave de integridad pública», *Recomendaciones AVAF*, Valencia, 2022.

AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA. «Reflexiones sobre conflictos de interés: su desconocimiento la antesala de la corrupción». *Agencia Valenciana Antifraude*, Valencia, 2020.

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES SOBRE EL ASPECTO «PRIVADO» EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL

Catedrático de derecho penal especial de la Pontificia Universidad Javeriana

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. III. LA ETIOLOGÍA. 1. LA EDUCACIÓN, 2. CRIMINALIDAD ORGANIZADA, 3. POBREZA ESTRUCTURAL, 4. INEFICACIA DEL ESTADO (EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA), 5. TRANSNACIONALIDAD Y GLOBALIZACIÓN. IV. ALTERNATIVAS. 1. DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, 2. ALTERNATIVAS EDUCATIVAS Y CONSENSUALES. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

El tratamiento de la corrupción tradicionalmente está ligado a la actividad que desarrollan los servidores públicos en el ejercicio de la función pública. No es accidental que buena parte de los delitos que ordinariamente pudieran llamarse «de corrupción» son delitos especiales o de sujeto activo calificado, bajo la consideración normativa de agentes o empleados del Estado¹. No obstante, la propia evidencia de *lege data* demuestra que se trata de un asunto que refleja una evidente «bilateralidad», como quiera que el efecto

1 CÓDIGO PENAL COLOMBIANO [CPC]. Ley 599 de 2000. Art. 20. Julio 24 de 2000 (Colombia), Código Penal Español [CPE]. Ley Orgánica 10 de 1995. Art. 24. Noviembre 23 de 1995 (España). Código Penal Portugués [CPP]. Decreto-Lei 48 de 1995. Art. 386. Marzo 15 de 1995 (Portugal). Código Penal Brasileño [CPB]. Decreto-Lei 2.848. Art. 327. Diciembre 7 de 1940 (Brasil).

reprochable de la corrupción, que es el desvío de los fines del ejercicio de la función pública, en no pocas ocasiones obedece a un acto corruptor que no proviene necesariamente del interior de la administración del Estado sino de la actividad de los particulares.

Por lo anterior, también es frecuente que las diferentes legislaciones en la materia recojan de manera expresa la figura de la «corrupción activa» o lo que es lo mismo, diferentes formas de cohecho por dar u ofrecer². De manera más reciente, distintos ordenamientos jurídicos han reconocido la proyección global del fenómeno de la corrupción acordando instrumentos internacionales para enfrentarla³ que reflejan, en el plano interno, la tipificación del denominado soborno transnacional⁴.

Este panorama, de suyo complejo, que reprocha por regla general la ilicitud en las relaciones entre los particulares y el Estado, tiene una extensión hacia lo privado en la medida que el legislador ha proyectado la ética de «lo público» a «lo particular». De esta forma se ha comenzado a tipificar en diferentes legislaciones la denominada «corrupción privada» como una expresión de reproche penal a la violación de los deberes de buena fe, lealtad y fidelidad con el cumplimiento de la debida administración de bienes o recursos cuya administración se ha encargado a terceros por una relación de confianza⁵.

Sobre las bases anteriores, el propósito del presente trabajo consiste en aproximarse, de manera breve, al fenómeno de «lo privado» en la corrupción para responder las siguientes preguntas:

-
- 2 CÓDIGO PENAL COLOMBIANO [CPC]. Ley 599 de 2000. Art. 407. Julio 24 de 2000 (Colombia), Código Penal Español [CPE]. Ley Orgánica 10 de 1995. Art. 424. Noviembre 23 de 1995 (España). Código Penal Portugués [CPP]. Decreto-Lei 48 de 1995. Art. 373. Marzo 15 de 1995 (Portugal). Código Penal Brasileño [CPB]. Decreto-Lei 2.848. Art. 333. Diciembre 7 de 1940 (Brasil).
 - 3 CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION (CICC), adoptada por la OEA, Caracas, 29 de marzo de 1996. y CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolucion 58/4 del 31 de octubre de 2003.
 - 4 CÓDIGO PENAL COLOMBIANO [CPC]. Ley 599 de 2000. Art. 433. Julio 24 de 2000 (Colombia), Código Penal Español [CPE]. Ley Orgánica 10 de 1995. Art. 24. Noviembre 23 de 1995 (España).
 - 5 Tal tendencia es el resultado también de la formalización de diferentes convenios internacionales como lo son el *Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa* (Convenio n.º 173 del Consejo de Europa), (Arts. 2 y 7) Estrasburgo, 27 de enero de 1999 y el *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, París, 7 de diciembre de 1997. Se concreta además en diferentes expresiones como Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. Art. 433. Julio 24 de 2000 (Colombia)., Código Penal Español [CPE]. Ley Orgánica 10 de 1995. Art. 427. Noviembre 23 de 1995 (España)., Código Penal Brasileño [CPB]. Decreto-Lei 2.848. Art. 337-B. Diciembre 7 de 1940 (Brasil).

- I. ¿Cuál es el diagnóstico?, o lo que es lo mismo, ¿Cómo ha de plantearse el problema?
- II. ¿Cuál es su etiología?, o en otras palabras, ¿Cuáles son sus causas?
- III. Propuestas alternativas para su tratamiento.

II. Planteamiento del problema

Como un desarrollo del principio de solidaridad, las modernas constituciones no son únicamente un catálogo de derechos fundamentales sino que claramente prescriben que la vida en sociedad exige, para la protección de esos derechos, el cumplimiento de unos deberes sociales requeridos a todos los asociados. Dentro de estos últimos, es palpable la existencia de un deber universal de fidelidad con los fines del Estado de Derecho como regla fundamental de convivencia social y también para asegurar el debido funcionamiento de la Administración pública⁶.

La tendencia expuesta tiene, como ya se ha visto, una expresión de tutela en materia penal que, en estricto sentido, se afronta a través de los señalados tipos penales de cohecho por dar u ofrecer, soborno transnacional y corrupción privada, pero que se extiende bajo una concepción más amplia a otras actuaciones de los particulares consistentes en deberes expresos derivados del principios de solidaridad en delitos tales como los tipos de defraudación fiscal, diversas formas de fraude de subvenciones, colusión privada en la contratación pública, omisión de denuncia y los diferentes tipos de lavado de activos. Tal normatividad es sencillamente la manifestación correlativa, en la legislación penal, de nuevos deberes en cabeza privada que están estrechamente vinculados a la Administración pública o a la Administración de Justicia y que se refieren a situaciones como el recaudo impositivo y la obligación de tributar, la buena fe del particular como contratista del Estado, el adecuado manejo de los recursos parafiscales y la colaboración en la prevención y tratamiento del delito, especialmente en la lucha contra la criminalidad organizada.

Esta manifiesta evolución de lo privado hacia lo público genera una zona gris en los límites de los diferentes intereses jurídicos objeto de tutela penal puesto que los tipos consagrados en esta materia tienen un marcado carácter pluriofensivo, lo que hace que se generen discusiones dogmáticas y de política criminal sobre su ubicación y tratamiento punitivo⁷.

6 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [Const]. Arts. 1, 95#2-4, Julio 7 de 1991 (Colombia). Constitución Política de España [Const]. Art. 2, 138. Diciembre 29 de 1978 (Colombia).

7 Muchas veces se discute cuál es el interés tutelado predominante en los comportamientos que tienen que ver con la Hacienda Pública, fluctuando su tratamiento bajo la tutela, en unos casos del Orden Económico Social [Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599

De cualquier forma, el tratamiento punitivo del fenómeno de la corrupción, que como se ha visto, abarca tanto lo público como lo privado, se desarrolla en un escenario que supone un papel del Estado en lo relativo a las relaciones privadas —particularmente en lo económico— absolutamente protagónico puesto que no solamente vigila y reprime el abuso de los derechos individuales sino que interviene, de manera activa y decidida, en los mercados. Naturalmente, tal circunstancia supone a su turno una limitación en la actividad de los particulares de forma tal que sus derechos subjetivos, particularmente en lo económico, ya no son absolutos sino que deben ceder al interés general y, por tanto, deben tener en cuenta los fines del Estado. En resumen, la actualidad en el tratamiento del fenómeno de la corrupción, desde su dimensión privada, supone una nueva manera de ser del Estado —interventor— y una nueva ética en las relaciones privadas —más allá del *laissez faire laisser passer*—.

Lo señalado en el aparte anterior adquiere una consideración trascendental en el papel de la empresa como principal agente de la actividad económica, al punto que hoy debe plantearse también una nueva ética en su administración que se expresa en la teoría del buen gobierno corporativo o de una verdadera ciudadanía empresarial.

Dentro de este exigente entorno, se hace necesaria la confrontación de los principios con la realidad y, por desgracia, al menos en contexto latinoamericano, las cifras no arrojan resultados alentadores.

La ilustración del problema se enfrenta a la gran dificultad de su medición, toda vez que la apelación a fuentes puramente objetivas —como los datos sobre la existencia de procesos penales en la materia— son incapaces de reflejar la gran cifra negra de la criminalidad, y por otra parte, las fuentes subjetivas —como su nombre lo indica— resultan apenas la consecuencia de la percepción de una serie de individuos tomados aleatoriamente como muestra. No obstante lo anterior, lo que se pretende acreditar es la existencia indudable de una realidad cuyos efectos resultan palpables hoy en día aún en la vida cotidiana de las personas, si se tiene en cuenta la evidente incapacidad del Estado para cumplir con sus fines, especialmente en aquellos países que en tales fuentes subjetivas se aprecian como los menos idóneos en materia de transparencia —en otras palabras, los más corruptos—.

de 2000. Art. 434A y 434B. Julio 24 de 2000 (Colombia)] y en otros de la Administración pública [Código Penal Colombiano [CPC]. [Ley 599 de 2000. Art. 402. Julio 24 de 2000 (Colombia)].

Al analizar los datos arrojados por la asociación *Transparency International*⁸ en el índice de percepción de corrupción por países, obtenidos por mecanismos de adquisición de información según la opinión de sus residentes, los países latinoamericanos se ubican en bajas posiciones, mientras que los europeos, en medianos lugares. Con un puntaje dentro de un rango de 0 a 100, donde 100 es completa transparencia y 0 la mayor corrupción, Colombia obtiene 39, Brasil 38, Argentina 38, México 31 y Perú 36; lo que demuestra una baja puntuación de los países latinoamericanos y una alta percepción de corrupción. En el continente europeo, el panorama es un tanto más favorecedor, pues España tiene 61, Portugal 62 y Francia 71. A nivel mundial, los países mejor puntuados son Finlandia con 88, Noruega con 85 y Suiza con 84.

En general, el continente africano, asiático y americano demuestran muy bajas puntuaciones de transparencia y hay ciertos países cuyas tasas de corrupción los ubican en las más bajas casillas⁹. La ausencia de corrupción está lejos de ser la regla general en el funcionamiento de los Estados, pues no hay ninguna nación cuyos habitantes consideran que no hay presencia de esta conducta ni en el sector público ni en el privado. En este punto es menester mencionar que este índice se basa en percepciones, lo que implica que los datos pueden ser aún más desfavorecedores y alarmantes si se toma en cuenta el gran número de operaciones ocultas o disfrazadas que pueden ocurrir en los procesos de contratación día a día.

III. La etiología

No es la pretensión de este trabajo realizar un análisis —siquiera breve— sobre las teorías criminológicas acerca del fenómeno de la corrupción en este particular enfoque desde lo privado, no solamente por la extensión que ello implicaría, sino porque el objeto del mismo es apenas brindar una visión desde la experiencia de quien litiga en la materia y percibe la realidad como penalista y como ciudadano. No obstante lo anterior, merece citarse, muy someramente y como punto de partida, lo expresado por diversos autores en relación con la teoría de la oportunidad y la teoría de la asociación diferencial propuesta en su momento por el autor Edwin Sutherland.

Con el propósito de buscar las causas «inmediatas» de la delincuencia, en oposición a las causas «remotas» de la misma, en el contexto de una

8 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. THE GLOBAL COALITION AGAINST CORRUPTION. (UN), «Corruption Perceptions Index», 2021, [<https://www.transparency.org/en/cpi/2021/>].

9 Las puntuaciones más bajas —en el índice ya citado de Transparency International— son aquellas de Sudán del Sur con 11 puntos, Siria con 12, Somalia con 13, Venezuela con 14 y empatados con 16 puntos están Yemen, Corea del Norte y Afganistán.

criminología «ambiental» que busca encontrar el origen de acto criminal en las circunstancias de modo, tiempo o lugar que lo rodean, surgió la teoría de la oportunidad, en 1998, en manos de Marcus Felson y Ronald Clarke¹⁰. Como uno de los pilares de esta teoría, la Teoría de la elección racional (*Rational Choice Theory*) es, según Elena Larrauri y José Cid Moliné, comprendida como continuadora de la Escuela clásica que «[...] asume que el delito es una opción racional, basada en la maximización de ganancias y minimización de costes»¹¹. Esta teoría, en fin, explica que el delito «se realiza cuando este se percibe como una solución más rentable a sus necesidades, esta decisión se adopta de forma racional y el cuándo y el cómo se determina fundamentalmente en función de la variable de la oportunidad por la presencia de un bien y la ausencia de vigilancia»¹². En este sentido, algunos autores han expuesto como causas específicas de los delitos de corrupción que «la excesiva regulación le permite a los funcionarios públicos capturar las cuasi-rentas que se derivan de las restricciones impuestas por las regulaciones»¹³.

Por su parte, la teoría de la asociación diferencial elaborada por Edwin Sutherland¹⁴ afirma que el comportamiento delictivo es aprendido por medio de aquella asociación y que, por este motivo, en las sociedades existen diversos niveles de delincuencia según los diferentes sistemas sociales¹⁵, entre esos, por ejemplo, los denominados «delitos de cuello blanco» que son aquellos cometidos por un determinado grupo socio-económico con una situación de privilegio con relación al capital. La relación entre el delito de cuello blanco y la corrupción es notable, en la medida en que hay una normalización en los contextos «de cuello blanco» de prácticas corruptas ya sea al interior de iniciativas de empresa privada como en las relaciones entre los privados y el sector público¹⁶.

Aunque las teorías expuestas parecieran en ocasiones situarse en extremos opuestos, existe cierta complementariedad de las mismas en la medida que la posesión de los recursos de la economía y el poder político ofrecen

10 FELSON, Marcus y V. CLARKE, Ronald. «Opportunity makes the thief», *Police research series*, paper 98, 1998, pp. 1-36; p. 10.

11 CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIOJAN, Elena. *Teorías criminológicas*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 44.

12 *Ibid.*, p. 46.

13 SOTO, Raimundo. «La corrupción desde una perspectiva económica», *Estudios públicos*, núm. 89, 2003, pp. 23-62.

14 SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White collar crime: The uncut version*, Yale University Press, 1983.

15 CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIOJAN, Elena. *Ibid.*, p. 99 y ss.

16 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Corrupción y la categoría “delito de cuello blanco”: cuando los delitos se cometen en contextos normalizados», *Ius et veritas*, núm. 57, 2018, pp. 162-169.

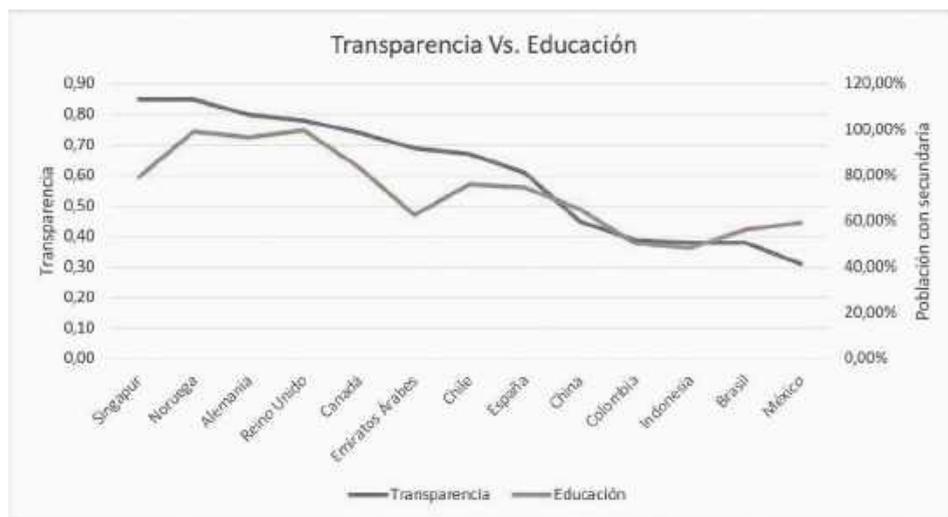
un escenario de oportunidad que resulta aprovechado principalmente por quienes tienen ese acceso privilegiado. De otra parte, en desarrollo de estas ideas, particularmente en lo que se refiere a la teoría de la asociación diferencial, resulta por lo menos curioso que, en sociedades en las cuales el entendimiento sobre la antijuridicidad de este tipo de comportamientos es bajo, la apreciación subjetiva sobre la existencia del fenómeno y su generalidad, en contraste, resultan muy altos. Pareciera ello demostrar que en realidad existen grados diferentes de información: cuanto más abundante es esta, más sensibilidad social se percibe. Se trata de un conjunto de factores coadyuvantes cuya conjunción conforma un círculo vicioso especialmente vigoroso en los países subdesarrollados que amerita una exposición desde la particular perspectiva enunciada al comienzo de este aparte. Merecerían analizarse los siguientes factores: educación, criminalidad organizada, pobreza estructural e ineficiencia del Estado, entre otros.

1. La educación

No hace falta una mayor disquisición para acreditar el argumento de que el nivel de educación incide directamente en el tema de la corrupción y particularmente desde el enfoque de la actuación de los particulares en relación con la misma. Un mayor grado de formación otorga la capacidad de incrementar la percepción sobre la antijuridicidad de estas conductas y, lo que es más importante, la sensibilidad en relación con ellas. Se trata entonces de un insumo fundamental en la lucha contra este fenómeno, toda vez que la misma genera un círculo virtuoso fincado no solamente en el reproche o rechazo a este tipo de comportamientos sino en la expresión de conductas que señalen un camino o un ejemplo a seguir. Desde la perspectiva criminológica que se ha brevemente expresado, la educación constituye un insumo que permite rechazar, y dejar de considerar la oportunidad de cometer el ilícito, tomando la opción no de la conducta desviada sino de la observancia espontánea de la ley.

El siguiente gráfico, basado en las cifras de percepción recogidas por Transparencia Internacional¹⁷ ilustra claramente —entre algunos países escogidos al azar— la relación directamente proporcional entre el grado de educación y el mayor nivel de transparencia en materia de corrupción, de lo cual puede concluirse que aquellos países con un más alto índice educativo muestran mayores niveles de transparencia, o lo que es lo mismo, un menos nivel de apreciación subjetiva de corrupción.

17 TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Ibíd.*



***Tabla de elaboración propia con cifras de TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. THE GLOBAL COALITION AGAINST CORRUPTION. (UN), «Corruption Perceptions Index», 2021, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/>**

2. Criminalidad organizada

Aunque resulta un lugar común tristemente recurrente en cualquier discurso sobre la criminalidad, particularmente en lo que hace relación con la realidad colombiana, debe señalarse que la criminalidad organizada —concretamente en lo que hace relación con el tema del narcotráfico— tiene una incidencia directa en el tema de la corrupción, de manera análoga en lo privado y en lo público. Tal aserto se basa, no solamente en el inmenso poder corruptor de los recursos provenientes de dicho fenómeno, sino, lo que es peor —en conexión con lo señalado en el aparte anterior— en la influencia sobre la mentalidad del ciudadano común que por desgracia se encuentra cada día más dentro de una cultura permeada por el enriquecimiento fácil y rápido. En este caso, se trata de un círculo manifiestamente vicioso que entraña la cultura del aprendizaje para lograr tal propósito en conjunción con la firme convicción de que las oportunidades son para aprovecharlas con independencia de los resultados lesivos de la conducta o de los supuestos éticos bajo los cuales se produzca.

El siguiente cuadro —realizado bajo los mismos presupuestos señalados para la gráfica anterior— puede ilustrar la relación inversa entre las cifras de percepción de los niveles de transparencia de una sociedad —menor grado de corrupción— en contraste con los niveles de criminalidad organizada de un país: a mayor grado de criminalidad organizada, menores niveles de transparencia, es decir, a mayor grado de criminalidad organizada, mayor grado de corrupción.



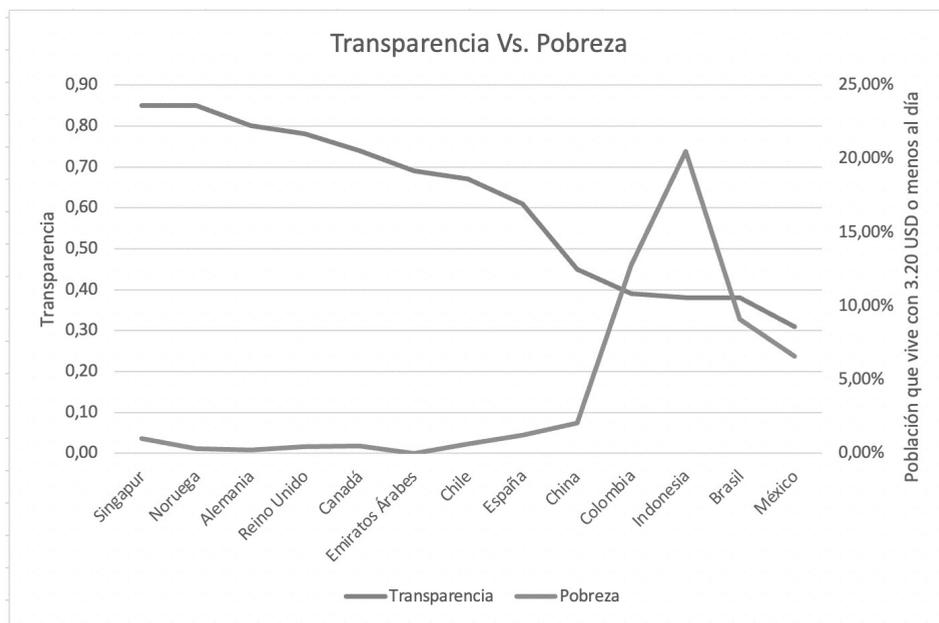
*Tabla de elaboración propia con cifras de TRANSPARENCY INTERNATIONAL. THE GLOBAL COALITION AGAINST CORRUPTION. (UN), «Corruption Perceptions Index», 2021, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/>

3. Pobreza estructural

Otro ejemplo de círculo vicioso en esta materia lo constituye el nivel de pobreza de los países, ya que esta, en alguna medida, es causa del fenómeno de la corrupción, pero a la vez es consecuencia de la misma en cuanto impide al Estado el cumplimiento de sus fines, particularmente en la actividad de redistribución de la riqueza y promoción de la realización personal de cada uno de los asociados. No resulta fácil la demostración de que la marginalidad económica genere por sí misma una inclinación a la corrupción particularmente en lo privado, en cambio sí el hecho de que este fenómeno impide el crecimiento económico de los países¹⁸. Naturalmente el estudio de este factor no puede verificarse dejando de considerar otros factores ya relacionados que alimentan esta misma dinámica, como es el caso de la educación, puesto que, por desgracia, también los países más pobres cuentan con niveles más bajos en esta materia. La siguiente gráfica, que sigue también los parámetros anotados en los apartes anteriores, ilustra claramente la

18 Sobre el particular, resulta interesante el análisis de la profesora María Victoria Muriel Patino en MURIEL PATINO, María Victoria. «Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción», *Prevención y represión de la corrupción en el estado de derecho*, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y CONTRERAS ALFARO, Luis. Lexis Nexis, 1.ª ed., 2005, pp. 27-38.

relación a la que se ha hecho referencia, esto es, que a menores niveles de pobreza, mayores niveles de transparencia.



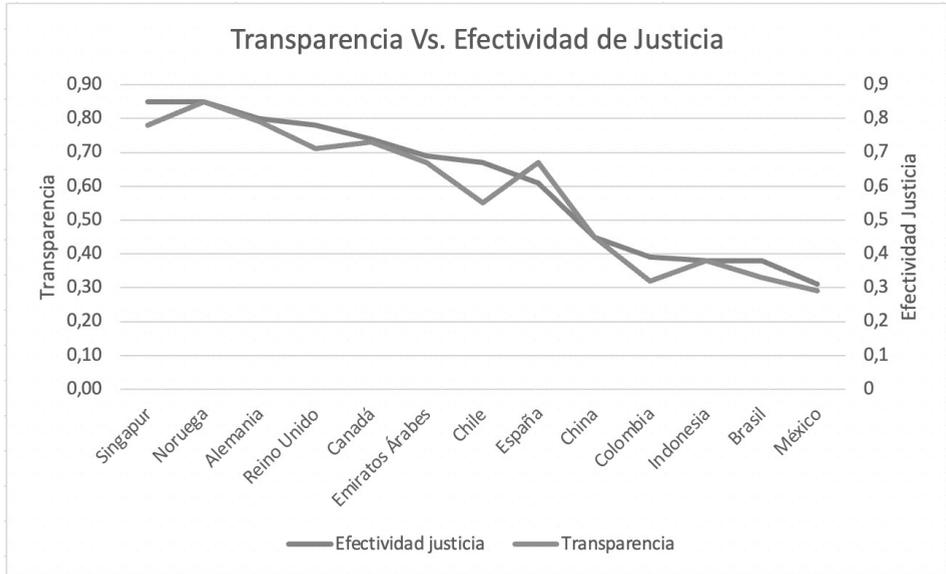
***Tabla de elaboración propia con cifras de TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. THE GLOBAL COALITION AGAINST CORRUPTION. (UN), «Corruption Perceptions Index», 2021, [https://www.transparency.org/en/cpi/2021/].**

4. Ineficacia del Estado (efectividad de la justicia)

Más lógica adquiere el análisis sobre la incidencia que tiene la eficiencia y eficacia del Estado para la persecución del fenómeno de la corrupción, ya que resulta previsible que en aquellos países con mayor grado de respuesta jurisdiccional, menor sea el nivel de corrupción tanto en la medición subjetiva de percepción como en las cifras objetivas de estadística judicial. La ineficacia en esta materia tendría un aporte de doble vía, de un lado el nocivo mensaje sobre la existencia defectuosa de una prevención especial y de otro la fragilidad de la confianza estatal en sus agentes de administración de justicia en cuanto son también susceptibles de actos de corrupción.

A lo anterior debe agregarse la incapacidad del aparato de justicia para conjurar o retrotraer los beneficios económicos provenientes del fenómeno de la corrupción, de forma tal que resulte para el delincuente simplemente un costo eventual la baja probabilidad de la imposición de la pena y para la sociedad una evidencia equívoca sobre la real utilidad del sistema penal.

El cuadro a continuación ilustra con claridad el fenómeno anotado en cuanto se identifica una relación directa entre el grado de transparencia y el nivel de eficacia de la administración de justicia o, lo que es lo mismo, una relación contraria entre la corrupción y dicho nivel de eficacia.



***Tabla de elaboración propia con cifras de TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. THE GLOBAL COALITION AGAINST CORRUPTION. (UN), «Corruption Perceptions Index», 2021, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/>**

5. Transnacionalidad y globalización

Un factor adicional que no puede soslayarse en el análisis del aporte privado al fenómeno de la corrupción, lo constituye el hecho de que ya no pueda considerarse este bajo el escenario exclusivo de las fronteras nacionales. En la medida que los mercados trascienden dichos límites lo hace también dicho ilícito, de forma tal que su tratamiento requiera necesariamente una perspectiva de política criminal global. Naturalmente, lo anterior implica el compromiso de la comunidad internacional a través de pactos y tratados de diverso orden¹⁹, que se refieren no solamente a la prevención de este tipo de delincuencia, sino también al esfuerzo por impedir la consolidación de sus efectos y desestimular, de esta manera, su ocurrencia²⁰.

19 Ref. nota al pie 5

20 Sobre el particular, en el tema de lavado de activos, se pueden mencionar los siguientes tratados: Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Diciembre 20, 1988. Convenio Internacional contra el Financia-

Pese a la magnitud del esfuerzo en esta materia, la misma choca frente a una realidad también tolerada internacionalmente como es el caso de la convivencia soterrada con sistemas jurídico-económicos nacionales que sirven de refugio a las utilidades de los delitos de corrupción y que, por ende, continúan coadyuvando su producción²¹.

IV. Alternativas

Desde una exclusiva perspectiva jurídica el primer tipo de soluciones que se vienen a la mente pasan necesariamente por la manera como el Estado enfrenta el problema a través de su aparato de justicia. También es común, particularmente dentro de nuestro sistema de significado latinoamericano, el creer que la mayor efectividad tiene su fuente en el monto y la ejecución de las penas privativas de la libertad. Aunque resulta manifiesto el primer aserto planteado, la propia evidencia que arroja la realidad ofrece serias dudas sobre el segundo. No obstante lo anterior, no cabe duda que un aporte importante a la solución del problema de la corrupción, y por ende del componente privado de la misma, debe fundarse en el mejoramiento de diferentes mecanismos de reacción jurisdiccional. Además de lo señalado, conviene resaltar alternativas de diferente orden que complementen la función estatal anotada y que trasciendan en su efectividad sobre varios de los factores que se han analizado en los apartados anteriores. Todo esto permite dividir esta breve reflexión final en dos partes: la primera, obvia y reiterativa, consiste en la propuesta relativa al perfeccionamiento de la reacción judicial; la segunda, un bosquejo que apele a opciones diferentes del ejercicio del *ius puniendi*.

miento de Terrorismo. Diciembre 9, 1999. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Diciembre 15, 2000.

Importante mencionar además los mecanismos de coordinación intergubernamental como lo son la Sección de Control del Lavado de Activos de la CICAD, el Comité Interamericano contra el Terrorismo, El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), El Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) y El Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC). En el tópico de la prevención de los paraísos fiscales o, lo que es lo mismo, en materia de tratados de intercambio de información financiera, es importante pensar en la Declaración de Punta del Este: Un llamado a reforzar las medidas contra la evasión fiscal y la corrupción. Noviembre 19, 2018., en el Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre Intercambio Automático de Información de Cuentas Financieras. Octubre 29, 2014., en la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal. Junio 1, 2011. También es pertinente hacer referencia a la fórmula de acuerdos bilaterales de intercambio de información financiera en materia tributaria —para los cuales la OCDE tiene unos formatos tipo—.

- 21 Cfr. VELARDE ARAMAYO, María Silvia. «La noción jurídica de “paraíso fiscal” y la cuestionable consistencia de la lucha contra la evasión internacional», en *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 707-759 a través de: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Corrupción y la categoría “delito de cuello blanco”: cuando los delitos se cometen en contextos normalizados», *Ius et veritas*, núm. 57, 2018, pp. 162-169.

1. De la Administración de Justicia

Quizás la pregunta más actual que puede formularse en este punto es si la decisión sobre la cuantía de las penas tiene realmente alguna incidencia o eficacia en la prevención o tratamiento del problema de la corrupción y del aporte privado a la misma. La confrontación con las cifras —medidas objetiva y subjetivamente— permiten arribar a una conclusión contraria, pues salvo en los casos en los que la aplicación de penas extremas implica la exclusión del principio democrático, el solo monto punitivo no demuestra tener mayor eficacia como alternativa o tratamiento del problema enunciado²².

Las siguientes gráficas comparan las penas establecidas para los tipos de corrupción más característicos, demostrando, en concordancia con los cuadros anteriores, que el monto de las sanciones no tiene, al menos en principio, una relación directa con el grado de transparencia de los diferentes países listados²³. Así las cosas, ni en el plano teórico ni en el plano práctico este tipo de incrementos parecen ser una alternativa real y eficiente para enfrentar el problema.

22 Sobre el particular mirar BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, Bosch, España, 2020 y LARRAURI PIJOAN, Elena. «Populismo punitivo ... y como resistirlo», *Jueces para la democracia*, n° 55, 2006, pp. 15-22.

23 Sobre la escogencia de los países, es oportuno decir que se buscó comparar diferentes concepciones y regiones del mundo para dar una idea del tratamiento penal y punitivo del fenómeno de la corrupción.

Países	Delito		
	Cohecho por dar u ofrecer	Corrupción privada	Soborno transaccional
Dinamarca	Prisión y multa hasta por 3 años. (art. 122, Código penal danés)	Prisión y multa hasta por 1 año y 6 meses. (art. 299a, Código penal danés)	Prisión y multa hasta por 3 años. (art. 122, Código penal danés)
Suecia	Prisión y multa hasta por 2 años. (Sección 5d, Capítulo 10, Código penal sueco)	Prisión hasta por 2 años o multa. (Sección 5a y b, Capítulo 10, Código penal sueco)	Prisión hasta por 2 años o multa. (Sección 5a, Capítulo 10, Código penal sueco)
Finlandia	Prisión hasta por 2 años o multa. (art. 2, Capítulo 16, Código penal finlandés)	Prisión hasta por 2 años o multa. (art. 7, Capítulo 30, Código Penal Finlandés)	No tipificado.
Reino Unido	Prisión de 12 meses a 10 años y/o multa. (Sección 11, Bribery Act 2010)	Prisión hasta por 12 meses y/o multa que no exceda el monto del soborno. (Sección 11, Bribery Act 2010)	Prisión de 12 meses a 10 años y/o multa. (Sección 6, Bribery Act 2010)
Estados Unidos	Prisión hasta por 15 años. (Sección 201(b) Título 18 USC)	Prisión hasta por 15 años. (Sección 201(b) Título 18 USC)	Prisión hasta por 15 años y/o multa. (Sección 226(a) Título 18USC)
Italia	Prisión de 3 a 8 años. (art. 322, Código penal italiano)	Prisión de 1 a 3 años. (Ley 3 de 2019)	Prisión de 4 a 10 años y 8 meses. (art. 322 bis, Código penal italiano)
Alemania	Prisión hasta por 2 años o multa. (Sección 334, Código penal alemán)	Prisión hasta por 3 años o multa. (Sección 299, Código penal alemán)	Prisión hasta por 3 años o multa. (Sección 331, Código penal alemán)
Francia	Prisión hasta por 10 años y multa hasta por 1.000.000 euros. (art. 433-1, Código penal francés)	Prisión hasta por 5 años y multa hasta por 500.000 euros. (art. 445-1, Código penal francés)	Prisión hasta por 10 años y multa hasta por 1.000.000 euros. (art. 435-1, Código penal francés)
España	Prisión de 3 a 6 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilidad para ejercer cargos públicos de 7 a 12 años. (art. 424, Código penal español)	Prisión de 6 meses a 4 años, multa hasta del triple del valor del beneficio e inhabilidad para ejercer industria o comercio de 1 a 6 años. (art. 286, Código penal español)	Prisión de 3 a 6 años y multa de 12 a 24 meses. (art. 427, Código penal español)
Portugal	Prisión de 6 meses a 5 años. (art. 374, Código penal portugués)	Prisión de 6 meses a 5 años. (art. 374, Código penal portugués)	No tipificado.
Colombia	Prisión de 48 a 108 meses, multa de 66.66 a 150 smlmv* e inhabilidad para ejercer funciones públicas de 80 a 144 meses. (art. 407, Código penal colombiano)	Prisión de 4 a 8 años y multa de 10 a 1.000 smlmv*. (art. 250-A, Código penal colombiano)	Prisión de 9 a 15 años, multa de 650 a 50.000 smlmv* e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el mismo término. (art. 433, Código penal colombiano)
Argentina	Prisión de 1 a 6 años. (art. 258, Código penal argentino)	No tipificado.	Prisión de 1 a 6 años e inhabilidad perpetua para ejercer funciones públicas. (art. 258 bis, Código penal argentino)
Brasil	Prisión de 1 a 8 años. (art. 333, Código penal brasileño)	No tipificado.	Prisión de 1 a 8 años y multa. (art. 337-B, Código penal brasileño)
México	Prisión de 3 meses a 2 años y multa de 30 a 100 días. (art. 222, Código penal mexicano)	No tipificado.	Prisión de 3 meses a 2 años y multa de 30 a 100 días. (art. 222 bis, Código penal mexicano)
Chile	Prisión de 542 días a 3 años, multa hasta del duplo ofrecido e inhabilidad. (art. 250, Código penal chileno)	Prisión de 542 días a 3 años, multa hasta del duplo ofrecido e inhabilidad. (art. 287 bis, Código penal chileno)	Prisión de 542 días a 3 años, multa hasta del duplo ofrecido e inhabilidad. (art. 250 bis Código Penal Chileno)
China	Prisión hasta por 10 años y multa. (art. 389, Código penal de China)	Prisión hasta por 10 años y multa. (art. 164 Código penal de China)	Prisión hasta por 10 años y multa. (art. 194, Código penal de China)

*Elaboración propia.

Países	Delitos		
	Prevaricato	Cohecho	Peculado
Dinamarca	Prisión hasta 1 año y 6 meses y multa. (art. 304a-1, Código penal danés)	Prisión hasta 3 años y multa. (art. 122, Código penal danés)	Prisión hasta 1 año y 6 meses. (arts. 278 - 287, Código penal danés)
Suecia	Prisión de 6 meses hasta 6 años. (Sección 1, Capítulo 20, Código penal sueco)	Prisión de 6 meses a 6 años. (Sección 3, Capítulo 10, Código Penal sueco)	Prisión hasta 2 año y/o multa. (Sección 3b, Capítulo 9, Código penal sueco)
Finlandia	Prisión hasta 2 años o multa. (art. 7, Capítulo 40, Código penal finlandés)	Prisión hasta 4 años o multa. (art. 1, Capítulo 40, Código penal finlandés)	Prisión hasta 2 años o multa. (art. 7, Capítulo 29, Código penal finlandés)
Reino Unido	Prisión de 12 meses a 10 años y/o multa. (Sección 2, Bribery Act 2010)	Prisión de 12 meses a 10 años y/o multa. (Sección 2, Bribery Act 2010)	Dentro del Common Law no tiene pena específica.
Estados Unidos	Prisión hasta por 10 años. (art. 208 Sección 1 Título 7 USC)	Prisión hasta por 15 años. (Sección 201(b) Título 18 USC)	Prisión hasta 10 años y/o multa. (Sección 641 Título 18 USC)
Italia	Prisión de 1 a 4 años. (art. 323, Código penal italiano)	Cohecho impropio: prisión de 3 a 8 años. (art. 318 y ss., Código penal italiano) Cohecho propio: prisión de 6 a 10 años. (art. 319, Código penal italiano) Cohecho por dar u ofrecer: prisión de 10 a 12 años. (art. 319-4, Código penal italiano)	Prisión de 4 a 10 años y 6 meses. (art. 314, Código penal italiano)
Alemania	Prisión de 1 a 5 años. (Sección 334, Código penal alemán)	Prisión hasta 3 años y/o multa. (Sección 332, Código penal alemán)	Prisión hasta 3 años y/o multa. (Sección 246, Código penal alemán)
Francia	Prisión hasta 3 años y multa de 200.000 euros. (comportamientos similares al prevaricato art. 432-12-1, Código penal francés)	Prisión hasta 10 años y multa de 1.000.000 euros. (art. 432-11, Código penal francés)	Prisión hasta 10 años y multa de 1.000.000 euros. (art. 432-15, Código penal francés)
España	Inhabilidad hasta por 15 años. (art. 404, Código penal español)	Cohecho propio: prisión hasta 6 años, multa e inhabilidad por 12 años. Cohecho impropio: prisión hasta 4 años, multa e inhabilidad por 9 años. (art. 419, Código penal español)	Prisión hasta 6 años e inhabilidad hasta por 10 años. (art. 432, Código penal español)
Portugal	Prisión hasta 2 años y multa de 120 días. (art. 369, Código penal portugués)	Prisión de 1 a 8 años. (art. 372, Código penal portugués)	Prisión de 1 a 8 años y multa de 240 días. (art. 375, Código penal portugués)
Colombia	Prisión hasta 90 meses, multa e inhabilidad. (art. 431, Código penal colombiano)	Prisión hasta 108 meses, multa e inhabilidad de 144 meses. (art. 405, Código penal colombiano)	Prisión hasta 270 meses, multa e inhabilidad por el mismo término. (art. 497, Código penal colombiano)
Argentina	Multa e inhabilidad de 6 años hasta perpetua. (art. 269, Código penal argentino)	Prisión de 1 a 6 años e inhabilidad especial perpetua. (art. 256, Código penal argentino)	Prisión de 2 a 10 años e inhabilidad absoluta perpetua. (art. 261, Código penal argentino)
Brasil	Prisión hasta 5 años. (art. 319, Código penal brasileño)	Prisión de 2 a 12 años, multa e inhabilidad. (art. 317, Código penal brasileño)	Prisión hasta 4 años y multa. (art. 312, Código penal brasileño)
México	Prisión hasta 10 años, multa e inhabilidad. (art. 225, Código penal mexicano)	Prisión hasta 4 años, multa e inhabilidad por 1 año. (art. 346, Código penal mexicano)	Prisión hasta 3 años y multa. (art. 223, Código penal mexicano)
Chile	Inhabilidad perpetua. (art. 249, Código penal chileno)	Prisión hasta 3 años, multa e inhabilidad. (art. 248, Código penal chileno)	Inhabilidad y multa. (art. 233, Código penal chileno)
China	Prisión hasta 7 años. (art. 124, Código penal de China)	Prisión de 2 años a cadena perpetua. (art. 385, Código penal de China)	Prisión hasta 10 años y multa. (art. 336, Código penal de China)

***Elaboración propia.**

Como consecuencia de lo expresado, deben plantearse otro tipo de soluciones que no tienen relación con el monto de la sanción pero sí con la eficiencia del aparato de justicia para precaver las consecuencias o el agotamiento de este tipo de delitos. Tratándose de comportamientos que llevan implícita

la intención de obtener un lucro de carácter patrimonial, necesariamente han de considerarse medidas accesorias o transitorias o permanentes y definitivas, que impidan que la percepción de las utilidades buscadas por el agente de la conducta se consolide en cabeza suya o de terceros. Ello implica afinar mecanismos como el comiso, el embargo y secuestro de los bienes, la extinción de dominio, la actualizada información sobre la situación patrimonial de los agentes públicos y privados, la formalización del deber de reportar eventos que signifiquen riesgo para la moralidad administrativa, etcétera.

En concordancia con lo anterior, es necesario analizar el contexto transnacional del problema, en la medida en que la existencia de paraísos fiscales hace en muchos casos nugatorio cualquier esfuerzo de los ordenamientos nacionales por evitar la consolidación de los efectos patrimoniales de este tipo de delincuencia. La eficacia, en este punto, depende de la voluntad política de la comunidad internacional que pueda finalmente concertar y que, aunque ciertamente ha venido incrementándose en los últimos tiempos, a todas luces no resulta hoy suficiente.

Adicionalmente, se trata también de un problema de asignación de recursos a la función jurisdiccional pues es evidente que en el ámbito latinoamericano, en términos de cuantía y de proporción, los dineros que se destinan para su funcionamiento son exiguos, y lo son mucho más en términos de capacitación del recurso humano y de la implementación de tecnología para su uso²⁴.

Finalmente, en lo que respecta a las alternativas del problema desde la perspectiva de la administración de justicia, es pertinente señalar la utilización de instrumentos diferentes al propio derecho penal delictual ya existentes pero carentes de suficiente protagonismo en la materia, como sería el caso del derecho administrativo sancionador²⁵ en aplicación de los modernos medios de la policía administrativa. Es evidente que en esta

24 Según un análisis presentado por el Banco Mundial, el porcentaje de recursos destinados al sistema judicial (cárceles y tribunales) con base en el PIB de cada uno de los países, durante el periodo de 2015 - 2017 fue: Brasil 0,39 %, España 0,28 %, Portugal 0,49 %, Colombia 0,52 %, Reino Unido 0,58 %, Noruega 0,31 % y Chile 0,11 %. Fuente: Eurostat, OECD, y presupuestos nacionales. Factor de conversión en PPP tomado del Banco Mundial, expuesto en SALAZAR, Natalia, FERNÁNDEZ, Francisco y GUTIÉRREZ, Diego. «Justicia y Gasto Público», *Fedesarrollo*, Bogotá, 2018, [https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3693/CDF_No_67_Noviembre_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

25 Sobre este punto se sugiere revisar: RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. «¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho», *La Corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Ratio Legis, España, 2004, pp. 15-26.

materia la «velocidad»²⁶ o eficiencia de los mismos tiende a ser mucho más efectiva la labor de prevención pero también los mecanismos de reacción y aseguramiento del producto obtenido ilícitamente²⁷.

2. Alternativas educativas y consensuales

Al plantear el conjunto de factores que inciden en el fenómeno de la corrupción, y en particular del aporte privado a dicho tema, ha podido evidenciarse que no solamente existe un sustrato económico que lo motiva, sino también y de manera muy fuerte una actitud social que lo permite, lo alienta y lo tolera. Se trata en el fondo de un déficit profundo en el sistema educativo de nuestros países que permite apreciarlo como un medio «lícito» de subsistencia que, aunque con menor énfasis en estos tiempos, cuenta con un relativo reproche social. Desde esta perspectiva, la alternativa de la educación, como medio para enfrentar esta problemática, ofrece, bajo una mirada de simple experiencia profesional práctica, dos aspectos: uno individual —que se estima debe comenzar a promoverse desde los primeros grados de escolaridad— y uno institucional o colectivo a partir de la aspiración de una sociedad que pueda consolidar un acuerdo entre los principales agentes económicos y el Estado en un sistema que se autorregule desde lo privado y se fiscalice desde lo público.

En relación con el primer aspecto indicado, no sobra expresar la propuesta de que bajo una perspectiva muy concreta y pertinaz se inculque al estudiante, desde sus primeras letras, y a través de todos los grados, el valor del principio de solidaridad y la existencia de los deberes cívicos correlativos a los derechos y garantías fundamentales. También, de manera par-

26 Jesús María Silva Sánchez habla de un derecho penal de «dos velocidades» sin excluir ninguna garantía para estos dos tipos de ejercicio sancionatorio y dice, en este sentido: «En la medida en que la sanción sea privativa de la libertad, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación [...] en la medida en que la sanción no sea privativa de la libertad, sino privativa de derechos o pecuniaria, parece que no hubiera que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal». SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, España, 1999, p. 126.

27 Como mecanismos que prevengan el disfrute de los bienes obtenidos ilícitamente está la institución jurídica de la extinción de dominio que tiene representación en numerosos países de América Latina. La Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en el marco del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe (LAPLAC) propone una Ley modelo sobre la extinción de dominio como herramienta práctica que facilita la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo.

ticular, se ilustre sobre la nocividad de su violación y en especial el manejo que el Estado realiza desde su interior y los deberes que ello implica como administrado. Aunque pareciera la tradicional petición desde la nostalgia de una veteranía consolidada, lo cierto es que, en otras materias, este tipo de mensajes formativos comienza a rendir sus frutos. Tal es lo que puede apreciarse, por ejemplo, en el caso de la visión de los jóvenes en relación con el cuidado del medio ambiente y el ejercicio de las libertades individuales, temas en los cuales su actitud no solo demuestra una férrea convicción sino también una capacidad de manifestarla socialmente en términos simbólicos creando de esta manera un círculo virtuoso²⁸.

En la actividad empresarial, como actividad preponderante de la actividad económica, también es notoria la perspectiva de una especie de «ciudadanía corporativa»²⁹ que implica cada día más el entendimiento de una serie de deberes para con la sociedad y para con el Estado limitantes sin duda del entendimiento absoluto del postulado de la autonomía de la voluntad privada pero que sin duda propende por un escenario en el que sea la licitud de la conducta la que predomine en el ejercicio de esa preciada autonomía. Esta circunstancia adquiere especial trascendencia en materia penal al punto de llegarse a plantear la responsabilidad directa de las personas jurídicas³⁰. La fuente de dicha responsabilidad, desde la perspectiva

28 En Colombia, algunas iniciativas legislativas han tenido el propósito de avanzar hacia una educación anticorrupción, a saber, el Proyecto de Ley 184 de 2018 y el Proyecto 008 de 2019.

29 Al respecto: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, 1998, y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. «Teoría de sistemas, ciudadanía corporativa y responsabilidad penal de las empresas», *Constitución Europea y derecho penal económico: mesas redondas de Derecho y Economía*, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, BACIGALUPO SAGGESE, Silvina y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.). Centro de estudios ramón Areces, España, 2006, pp. 158-167.

30 Hay países que reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas de manera directa. Entre esos, Dinamarca reconoce dicha responsabilidad de manera amplia, pues es aplicable tanto para entidades privadas como públicas. Para este segundo supuesto es requisito que dicha entidad esté realizando una actividad comparable a la de una entidad privada. BLUMENBERG, Axel-Dirk. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso danés y holandés», *Eguzkilore*, n.º 28, Sansebastián, 2014, [<https://www.ehu.es/documents/1736829/3498354/05-axel+dirk+blunenberg+p.pdf>], pp. 101-112. En el Reino Unido, se basa la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la teoría de la identificación, la cual requiere que haya un hecho delictivo cometido por una persona física que represente de forma directa la voluntad de la persona jurídica. En Francia se adopta una postura más amplia, según la cual todas las personas jurídicas, a excepción del Estado, son responsables penalmente como autores o partícipes, por acción u omisión. KEMEN CONSULTING, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas que operan en múltiples jurisdicciones», *KNC Kemen Consulting*, 2022, [<http://www.knc.eu/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-que-operan-en-multiples-jurisdicciones/>]. De la misma manera sucede en Portugal, a excepción de que existe un supuesto bajo el cual la persona jurídica se excluye cuando la persona natural que actúa en nombre de la entidad lo hace desobedeciendo una orden expresa, caso en el cual dicho individuo es el que res-

del tipo subjetivo es, en los más modernos sistemas, el **incumplimiento** de una serie de deberes para prevenir la ocurrencia o consolidación de eventos lesivos para bienes o intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento³¹.

Tales deberes de **cumplimiento** y comportamiento se refieren a múltiples aspectos del desarrollo del objeto social o corporativo de una empresa, de tal forma que hoy resulta de común utilización la acepción de *compliance* para temas tributarios, de medio ambiente, prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo, y de manera particular también para la prevención del aporte privado al fenómeno de la corrupción. Si bien pudiera percibirse esta actividad como una carga adicional para la administración societaria, en la medida que se le impone el establecimiento de diversas matrices de riesgo y de protocolos para prevenirlos y enfrentarlos, el *compliance* ofrece una magnífica alternativa para reestructurar y renovar las relaciones de los principales agentes económicos con el Estado que desde la autorregulación y bajo la consensuada confianza bilateral permita facilitar en buen grado la actividad productiva y reducir de manera significativa el aparato estatal.

En materia de lucha contra la corrupción, la institución del *compliance* así entendida puede tener unos efectos altamente positivos en la medida en que libere al Estado de una serie de cargas de regulación e intervención permitiéndole dedicar sus esfuerzos al cumplimiento de sus fines esenciales y reduciendo su tamaño y por ende las oportunidades propicias para la corrupción activa y pasiva. Por su parte, desde la perspectiva del sector privado, se haría más eficiente la actividad económica produciéndose un efecto adicional en el sentido de que las labores de cumplimiento se han convertido también en un factor de debida competencia que tienen la vir-

ponde por el hecho delictivo. De esta manera es que la legislación portuguesa ha incluido el *compliance* como herramienta tanto de prevención de criminalidad de las personas jurídicas, como figura para determinar cuándo hay lugar a extinción de la responsabilidad penal de personas jurídicas. ESCURA, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Portugal», 2017, [<https://www.escura.com/es/responsabilidad-penal-personas-juridicas-portugal/>].

31 En otros países donde no se contempla una responsabilidad directa de las personas jurídicas, habrá lugar al análisis de culpabilidad a través de programas de cumplimiento empresariales para prevenir riesgos específicos en materia penal (*compliance*). Tanto en Alemania como en Italia no se entiende que las personas jurídicas puedan ser penalmente responsables, aunque bajo ciertos supuestos pueden hacer parte de un proceso penal por la comisión de un delito y les son impuestas multas administrativas como sanción. KEMEN CONSULTING. *Ibid.* Otro ejemplo es Suecia, país en el cual no se contempla la posibilidad de que una persona jurídica sea penalmente responsable, razón por la cual se ha acudido a multas administrativas y *compliance* como soluciones alternativas. La razón por la cual no se considera que las entidades puedan ser responsables es debido a que dicha legislación no entiende que sean capaces de realizar conductas, por ende, no pueden actuar delictivamente. BAKER & MCKENZIE. «Corporate Liability in Sweden», *Global Compliance News*, 2022, [<https://www.globalcompliancencnews.com/white-collar-crime/corporate-liability-in-sweden/>].

tualidad no solo de canalizar en la legitimidad la acción propia sino de hacer lo correspondiente en relación con la acción de los terceros por la vía educativa del ejemplo o de la denuncia como medio correctivo de los abusos de dichos terceros.

V. Conclusiones

En fin, la «privatización» del fenómeno de la corrupción que se evidencia a través de sus manifestaciones empíricas y la percepción que de ellas tiene el ciudadano del común, tiene respuesta en la evolución de *lege data* en la persecución «bilateral» de la corrupción a través de los tipos penales de corrupción activa. También puede verse en los tipos de corrupción de los negocios privados, aunque —como un círculo vicioso— estos tengan repercusiones en el orden económico social, como la arena en la que los intercambios económicos suceden y en la que el Estado ejerce —según cada constitución política— un papel más o menos protagónico. Sin embargo, la efectividad de la justicia, el monto de las penas a imponer, y demás ejercicios de política criminal que se pueden emprender desde lo «público» para sumar a la lucha contra la corrupción no parecen haber tenido efectos significativos hasta ahora.

Es por eso que, como otra arista de la «privatización» de la lucha contra la corrupción —y en la medida en que cada vez más se entiende a la persona jurídica como principal actor de los intercambios económicos, ya sea entre privados como con el Estado— han surgido unos nuevos paradigmas para el derecho penal general como son la responsabilidad penal de dichas personas jurídicas y el *compliance penal* que pueden dar luces sobre el manejo eficiente del fenómeno. Estas figuras, y quizás la educación que se obliga impartir en la esfera corporativa para prevenir las posibles consecuencias penales, generarán esta vez el círculo virtuoso en el que desde el «privado» se repelerán los comportamientos de corrupción privada y pública.

VI. Bibliografía

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, 1998.

BACKER & MCKENZIE, «Corporate Liability in Sweden», *Global Compliance News*, 2022, <https://www.globalcompliancenes.com/white-collar-crime/corporate-liability-in-sweden/>

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, Bosch, España, 2020.

- BLUMENBERG, Axel-Dirk**, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso danés y holandés», *Eguzkilore*, n.º 28, San Sebastián, 2014, <https://www.ehu.es/documents/1736829/3498354/05-axel+dirk+blumenberg+p.pdf>, pp. 101-112.
- CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIOJAN, Elena**. *Teorías criminológicas*, Bosch, Barcelona, 2001.
- ESCURA**, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Portugal», 2017, <https://www.escura.com/es/responsabilidad-penal-personas-juridicas-portugal/>
- FELSON, Marcus y CLARKE, Ronald**, «Opportunity makes the thief», *Police research series*, paper 98, 1998, pp. 1-36.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos**, «Teoría de sistemas, ciudadanía corporativa y responsabilidad penal de las empresas», *Constitución Europea y derecho penal económico: mesas redondas de Derecho y Economía*, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, BACIGALUPO SAGGESE, Silvina y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), Centro de estudios ramón Areces, España, 2006, pp. 158-167.
- KEMEN CONSULTING**, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas que operan en múltiples jurisdicciones», KNC Kemen Consulting, 2022, <http://www.knc.eus/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-que-operan-en-multiples-jurisdicciones/>
- LARRAURI PIJOAN, Elena**, «Populismo punitivo ... y como resistirlo», *Jueces para la democracia*, n.º 55, 2006, pp. 15-22.
- MURIEL PATINO, María Victoria**, «Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción», *Prevención y represión de la corrupción en el estado de derecho*, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y CONTRERAS ALFARO, Luis, Lexis Nexis, 1.ª ed., 2005, pp. 27-38.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando**, «¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho», *La Corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., Ratio Legis, España, 2004, pp. 15-26.
- SALAZAR, Natalia, FERNÁNDEZ, Francisco y GUTIÉRREZ, Diego**, «Justicia y Gasto Público», *Fedesarrollo*, Bogotá, 2018, https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3693/CDF_No_67_Noviembre_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María**, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, España, 1999, p. 126.

SOTO, Raimundo, «La corrupción desde una perspectiva económica», *Estudios públicos*, núm. 89, 2003, pp. 23-62.

SUTHERLAND, Edwin Hardin, *White collar crime: The uncut version*, Yale University Press, 1983.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. THE GLOBAL COALITION AGAINST CORRUPTION. (UN), «Corruption Perceptions Index», 2021, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/>

VELARDE ARAMAYO, María Silvia, «La noción jurídica de “paraíso fiscal” y la cuestionable consistencia de la lucha contra la evasión internacional», en *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 707-759 a través de: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Corrupción y la categoría “delito de cuello blanco”: cuando los delitos se cometen en contextos normalizados», *Ius et veritas*, núm. 57, 2018, pp. 162-169.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Corrupción y la categoría “delito de cuello blanco”: cuando los delitos se cometen en contextos normalizados», *Ius et veritas*, núm. 57, 2018, pp. 162-169.

CAPÍTULO VI

NEBLINA EN LAS FRONTERAS: CLARIFICANDO EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL PARA DESASTRES

AGUSTÍN MIGUEL LAGO MONTÚFAR

Doctorando en Contratación Pública para Desastres de la Universidad de Salamanca y la Pontificia Universidad Javeriana. Investigador Visitante en la Universidad de Turín

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTROLANDO UNA FUNCIÓN DE CARÁCTER ANTINÓMICO. 1. LA NATURALEZA PROACTIVA DE LA CONTRATACIÓN PARA DESASTRES 2. ¿DESCENTRALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES? III. ¿LOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS COMO LÍMITE A LA DISCRECIONALIDAD DEL GERENTE CONTRACTUAL? 1. EL YUGO DEL GERENTE CONTRACTUAL: LA YUXTAPOSICIÓN DE LOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS A LA CONTRATACIÓN ESTATAL. 2. HACIA UN ENTENDIMIENTO DIFERENCIAL EN EL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PARA DESASTRES. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

«Cómo en la esfera de lo privado los desastres tocan un punto extremadamente vulnerable: nuestra sensación de seguridad colectiva. Yo añadiría que lo vulnerado es la seguridad que tiene todo individuo de que, perteneciendo a una comunidad organizada, a un sistema en el que todo o casi todo está previsto, el peligro a que está expuesto ha de ser mínimo. (...)».

Es que, como lo dice RABIN, la función primordial del sistema legal es la de «preservar un sentido de comunidad contra la amenaza del caos y la desintegración». El Estado debe ante todo mantenerse a sí mismo y además mantener la coherencia del tejido social. Sucede, sin embargo, que el desastre constituye un desafío a la acción centrípeta del Estado, pues es la antítesis de lo jurídico, de las normas en las que descansa el Estado y de la actividad administrativa por la que se manifiesta el Estado, comúnmente en ejercicio de lo que los administrativistas llaman figurativamente «el poder del príncipe», esto es, investido de «toda su autoridad»¹.

La gestión del riesgo de desastres es una función administrativa de policía de carácter permanente y naturaleza proactiva cuya evaluación compone uno de los principales desafíos para los entes administrativos de control. La naturaleza de la actividad, así como la complejidad propia de su regulación se constituyen como los principales factores que afectan negativamente la eficacia en su control. Esta problemática toma especial relevancia en materia de contratación pública para desastres, en donde la confusión en el alcance de cada uno de los controles en sede administrativa dificulta aún más el ejercicio de la función de control sobre tan importante actividad.

En Colombia dicho panorama es especialmente complejo, pues además de la complejidad propia de un país en desarrollo, ubicado en una de las zonas del mundo con mayor exposición a desastres naturales y con altos niveles de conflictividad social, la regulación tanto de la contratación para la gestión del riesgo de desastres como de la función de control en sede administrativa es particularmente problemática. Lo anterior, debido a, i) la alta especialización de la función; ii) la dispersión normativa que actualmente existe en materia de contratación para desastres²; y, iii) a la yuxtaposición que existe entre los diferentes controles administrativos a la actividad contractual.

La alta complejidad de la función de gestión del riesgo de desastres, y la necesidad de un control adecuado, salta a la vista por cuenta de los siguientes elementos principales, i) unos que resultan inherentes a la actividad; y, ii) otros que se encuentran ligados con el ejercicio de esta actividad en Colombia.

En el primer grupo encontramos los siguientes aspectos relevantes: primero, todos los desastres tienen la potencialidad de afectar el orden público, afectando la tranquilidad, seguridad y salubridad de los habitantes, incluso, llegando a eliminar comunidades o naciones enteras dependiendo de su magnitud, así, es fundamental que el Estado tenga un papel no solamente reactivo frente a la emergencia, sino proactivo en la reducción del riesgo de

1 WIESNER, Luis Roberto. *Desastre y Derecho: una aproximación al riesgo tecnológico*. 1st ed. Temis, Bogotá 1991b.

2 LAGO MONTÚFAR, Agustín Miguel. *El control de la contratación estatal para desastres*. 1st ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2022a.

desastres disminuyendo la vulnerabilidad frente al mismo³. Segundo, el cambio climático, la industrialización, la urbanización y el incremento poblacional han incrementado el riesgo de desastres y la exposición a distintas amenazas en nuestro planeta, haciendo de Colombia un país especialmente vulnerable, por ende, cada actuación estatal debe estar encaminada a contrarrestar dicho incremento⁴. Tercero, la vulnerabilidad es el reflejo de las deficiencias y necesidades básicas insatisfechas de una sociedad, así, a menor vulnerabilidad, se tendrá un mayor bienestar social y viceversa; de tal forma que, entendiendo que la contratación pública para desastres es eficaz en la medida que reduzca la vulnerabilidad, su control debe propender por un adecuado entendimiento de esta finalidad a la luz de cada una de las necesidades a satisfacer en las distintas etapas de la gestión del riesgo⁵.

Tratándose de la regulación de la contratación para la gestión del riesgo de desastres en Colombia, tenemos como elementos de análisis que: i) la regulación de la contratación para desastres es dispersa y desarticulada, incluso más que la misma contratación pública en general⁶; ii) la actividad de gestión del riesgo de desastres es una sola especie de función administrativa de policía que es ejercida por todo tipo de entes públicos o incluso privados⁷; iii) el alto nivel de especialización de la actividad dificulta la estandarización de la regulación de su control por parte de los distintos entes administrativos encargados de dicha tarea⁸.

En ese orden de ideas, resulta relevante conocer ¿Cómo entender las limitaciones de los controles administrativos frente a la contratación para desastres? De manera preliminar se considera que el control de esta actividad se encuentra limitado por el interés público perseguido con la función a evaluar, y por el alcance de cada uno de estos controles frente a la discrecionalidad del gerente contractual.

3 RIVERO ORTEGA, Ricardo. «Gobernanza anticipatoria y proactividad administrativa: las virtudes de la descentralización». *Revista Vasca de Administración Pública*. 118 (2020): 83-97. Web.

4 LAGO MONTÚFAR, Agustín Miguel. *La eficacia en la contratación estatal para desastres*, Universidad de Salamanca, Salamanca. 2022b.

5 GAILLARD, J. C., «Vulnerability, capacity and resilience: perspectives for climate and development policy». *Journal of International Development* 22 (2010): 218-32. Web.; Ben WIESNER, et al. *At risk: natural hazards, people's vulnerability and disasters*. 2nd ed. Routledge, New York. 2004.

6 LAGO MONTÚFAR, Agustín Miguel, 2022b *Op. Cit.*

7 BANCO MUNDIAL. *Análisis de la gestión del riesgo de desastres en Colombia: un aporte para la construcción de políticas públicas*. Washington: Banco Mundial, 2012; Paula ROJAS FAJARDO. *La gestión del riesgo en el ordenamiento jurídico colombiano*. Ediciones Uniandes (2015) Web.

8 RABIN, Robert. «Dealing with Disasters: Some Thoughts on the Adequacy of the Legal System». *Stanford Law Review* 30.2 (1978).

El actual incremento de las lluvias y las propuestas realizadas por el Gobierno Nacional, permite poner de presente la relevancia de este análisis que permitirá advertir, i) la naturaleza proactiva de la contratación estatal para desastres; ii) la forma en la cual se puede ejercer esta función administrativa; iii) la manera cómo se articulan los distintos tipos de control con la gerencia de la actividad contractual; para finalmente, iv) proponer una aproximación diferencial para entender cómo se debe ejercer la función de control sobre la contratación para desastres.

II. Controlando una función de naturaleza antinómica

1. La naturaleza proactiva de la contratación para desastres

«Entre las medidas que implementaremos se encuentra un subsidio, transferencia, a madres cabeza de familia y madres de hijos en la primera infancia, cerca de 1.200.000 con un monto (...) por cabeza de 500.000 pesos. Es decir, supera la línea de pobreza; automáticamente la persona que reciba este ingreso sale de la línea de pobreza, y el objetivo es que se pueda nutrir suficientemente la primera infancia. Especialmente en esta fase débil, aquella que es apenas atendida por la mujer dada la ausencia del padre por razones en general, que tienen que ver con el machismo de esta sociedad, el Estado, va a hacer aquí un esfuerzo fundamental para atender este núcleo de la población que nos parece vulnerable en términos del hambre»⁹.

Por definición, las situaciones de desastre rompen con el deber ser de las cosas y su normal funcionamiento, en todo caso, suponen un quebrantamiento de las condiciones de normalidad. De ahí que Luis Roberto WIESNER haya planteado de manera reiterada la idea de que el desastre es la antítesis del derecho¹⁰. Sin embargo, ello no implica que los distintos instrumentos jurídicos a disposición de los gerentes contractuales no puedan resolver o servir como mecanismo para solventar las necesidades que suponen los desastres, no solo en punto de atender la emergencia, sino especialmente en reducir la vulnerabilidad, es decir, disminuir el riesgo de desastre.

9 EL TIEMPO. «Gustavo Petro habla sobre la declaración de desastre natural», 1 de noviembre de 2022, 1 de noviembre de 2022, *el tiempo*, <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/gustavo-petro-declara-estado-de-desastre-714258>.

10 WIESNER, 1991b. *Op. Cit.*; WIESNER, Luis Roberto. *Desastre y Derecho*. 1st ed. Temis, Bogotá 1991a.

Dicha relación antinómica se concreta en dos elementos, i) que la función de gestión del riesgo deba necesariamente ser alternativa a las instituciones jurídicas diseñadas para condiciones de normalidad por su especial potencialidad para afectar el orden público; y, ii) que la evolución del derecho¹¹ y las políticas públicas¹² para desastres sea impulsada por el acaecimiento de estos fenómenos como respuesta a la insuficiencia institucional¹³.

Gracias a esta relación inversa del desastre con la normalidad se pueda entender que la gestión del riesgo de desastres es una especie de función administrativa que se caracteriza por tener la naturaleza de una función de policía en donde su objetivo principal es la preservación, mejoramiento o restauración del orden público¹⁴, el cual que puede ser turbado por la ocurrencia de un evento catastrófico, sea de origen natural o antrópico, que afecte las condiciones de seguridad, salubridad o tranquilidad de los habitantes¹⁵. No obstante, la activación de dicha función dentro del ejercicio de la Administración pública no puede entenderse como algo de carácter excepcional, ya que las necesidades a las que sirven son de carácter permanente.

La permanencia de esta función está dada por un cambio en el fundamento de la gestión de desastres, el cual pasó de un enfoque socorrista, dado por la creencia de que la principal necesidad era conjurar la situación de emergencia, hacia un enfoque integral, en donde lo que se busca es la reducción del riesgo de desastre en sí a través de acciones que reduzcan la vulnerabilidad¹⁶.

Lo anterior, pone de presente que esta actividad no es de carácter reactivo sino proactivo, ya que, su principal objetivo no es socorrer el desastre o solventar la situación de emergencia, sino reducir la vulnerabilidad y por esa vía, reducir el riesgo de desastres¹⁷. No obstante, si bien se ha entendido que las instituciones para la gestión del riesgo deben ser alternativas a las instituciones que regulan las relaciones sociales en condiciones de normalidad, incluso cuando se trata de prevenir desastres; su naturaleza proactiva y su

11 Ver: LAUTA, Kristian Cedervall. *Disaster Law*. 1st ed. New York: Routledge, 2015. Print.

12 Ver: QUARANTELLI, Enrico. «Origin and history of the international research committee on disasters». *International Journal of Mass Emergencies and Disasters* (2009): 1-8. Web.

13 Ver: BIRKLAND, Thomas. *Lessons of disaster: Policy Change After Catastrophic Events*. 1st ed. Georgetown University Press, Washington. 2007.

14 RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. 15th ed. Legis, Bogotá. 2007. Print.

15 ESTEVE PARDO, José. «De la policía administrativa a la gestión de riesgos». *Revista Española de Derecho Administrativo*. 119 (2003).

16 GELLER DE PINTO, Irene. *El cambio de paradigma de la atención de desastres a la gestión del riesgo*. Sapiens Research (2012).

17 WIESNER, Ben, GAILLARD, J. C. and KELMAN, I. *Handbook of hazards and disaster risk reduction*. Londres: Routledge, 2012.

alcance no son del todo claros para el legislador, ni para el ejecutivo, lo cual establece una constante situación de insuficiencia institucional en distintos países¹⁸.

En virtud del anterior cambio de paradigma, la regulación de esta actividad ha evolucionado desde el derecho constitucional de excepción hasta el derecho administrativo de policía proactivo¹⁹. Sin embargo, dicho tránsito no ha sido del todo finalizado en la mayoría de ordenamientos jurídicos, en donde se puede encontrar una combinación entre disposiciones constitucionales provenientes de estados de excepción declarados con ocasión de desastres severos, disposiciones clásicas de policía de inspección vigilancia y control, así como pocos mecanismos permanentes de policía administrativa proactiva que habiliten a las autoridades a tomar medidas en panoramas de incertidumbre²⁰.

Esta evolución está marcada por cómo se ha entendido durante los distintos momentos históricos que debe responder el derecho frente a los desastres y cómo se deben gestionar los desastres en sí. Así las cosas:

«La regulación de la forma en la cual se deben gestionar los desastres siempre ha sido uno de los principales desafíos para la Ciencia Jurídica, especialmente, para el derecho público²¹. Su evolución partió del derecho constitucional de excepción, pasó por el derecho clásico de policía administrativa, y se encamina hacia la policía administrativa para la gestión del riesgo o proactivo. Lo anterior, como reflejo del tránsito del enfoque socorrista hacia el enfoque integral de gestión del riesgo. Sin embargo, se observa que el principio de eficacia es el elemento central alrededor del cual se establece la regulación para la gestión del riesgo de desastres, a pesar de que el mismo se entendía de maneras distintas en cada etapa de evolución, por cuenta de las necesidades a las cuales sirve esta función»²².

El derecho constitucional de excepción se caracteriza por crear nuevas instituciones de carácter temporal, rompiendo con el orden establecido, utilizando la concentración del poder en el ejecutivo como instrumento para conjurar la emergencia²³. La insuficiencia de las instituciones de normalidad, de planeación y previsión de este tipo de eventos pone de presente la nece-

18 ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. 2020, *El Año De La Pandemia Del Covid-19*. 1st ed. Madrid: Lusstel, 2021. Print.

19 DARNACULLETA GARDELLA, María Merc & ESTEVE PARDO, José, and DOHMANN, Indra., *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*. 1st ed. Madrid: Marcial Pons, 2015. Print.

20 LAGO MONTÚFAR, 2022a. *Op. Cit.*

21 RABIN. 1978. *Op. Cit.*; ROJAS FAJARDO, 2015, *Op. Cit.*

22 LAGO MONTÚFAR, 2022a. *Op.Cit.* p. 33.

23 FAGGIANI, Valentina. *Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo*, Universidad de Granada, Granada. 2020.

sidad de crear nuevas instituciones desde cero en muchos ordenamientos, que ponen en peligro la separación de poderes, legitimidad y legalidad de las actuaciones administrativas.

Cuando el riesgo empieza a reemplazar a la emergencia como foco de atención en materia de regulación, observamos que se introducen instrumentos de policía administrativa que, partiendo de una institucionalidad previa, están diseñados para responder a estas situaciones de estrés del sistema. Observamos entonces como la función clásica de inspección «tradicionalmente definida como la destinada al mantenimiento del orden público y profundamente vinculada al concepto de soberanía»²⁴, se adapta para regular y controlar el ejercicio de actividades peligrosas bajo una serie de parámetros que buscan limitar el nivel de riesgo²⁵.

Sin embargo, posteriormente se entiende, con el enfoque integral, que la gestión del riesgo no solamente implica el ejercicio de una función administrativa de carácter pasivo, en donde se inspecciona, vigila y controla el ejercicio de actividades peligrosas de acuerdo con la regulación prudencial, sino que requiere un papel proactivo del Estado, en donde se intervenga de forma permanente con acciones concretas en confrontar el aumento del riesgo de desastres que traen fenómenos como la industrialización, la urbanización, el crecimiento poblacional o el cambio climático, entre otros²⁶.

La gestión del riesgo de desastres se erige como una de las funciones administrativas más complejas, no solo por las necesidades que pueden surgir cuando acaece cualquier tipo de desastre, muchos de ellos imprevisibles; sino especialmente porque tiene distintas etapas, la prevención, la atención y la reconstrucción. De manera simple, podemos afirmar que la prevención refiere a todas aquellas acciones que busquen reducir la vulnerabilidad de una comunidad frente a algún tipo de desastre dado; la atención refiere a socorrer o desplegar una organización e incrementar las capacidades con el fin mejor preparado para socorrer este tipo de eventos; mientras que la reconstrucción habla de la recuperación de activos afectados por el desastre, e idealmente, que ello se haga con mayor resiliencia y resistencia frente a este tipo y otro tipo de eventos a través de acciones que reduzcan la vulnerabilidad, logrando así un ciclo en la gestión del riesgo de cara al acaecimiento de nuevos desastres²⁷.

24 RASTROLLO SUÁREZ, Juan José. ed.1. *Contratación Pública y Compliance Ambiental*. Universidad de Salamanca, Salamanca. 2019.

25 ESTEVE PARDO, José. *El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Marcial Pons, Madrid. 2009.

26 CLARK, Helen. «Building Resilience: The Importance of Prioritising Disaster Risk Reduction», *United Nations Development Programme Perspective*. University of Canterbury, Christchurch. 2012.

27 TRIM, Peter. «An integrative approach to disaster management and planning». *Disaster prevention and management* (2004): 218-25. Web; AHRENS, Joachim & RUDOLPH, Patrick.

En ese sentido, de forma acertada, el artículo 1 de la Ley 1523 que define esta actividad administrativa como:

«(...) un proceso social orientado a la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas, estrategias, planes, programas, regulaciones, instrumentos, medidas y acciones permanentes para el conocimiento y la reducción del riesgo y para el manejo de desastres, con el propósito explícito de contribuir a la seguridad, el bienestar, la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible».

Por ende, la contratación para desastres no se puede limitar solamente a la adquisición de bienes y servicios necesarios para socorrer una situación de emergencia dada, sino que comprenden actividades de reconstrucción, de mitigación y especialmente, aquellas actividades encaminadas a la reducción de la vulnerabilidad de una comunidad dada frente a los desastres²⁸. Así, esta especie de actividad contractual se caracteriza por valerse de distintos instrumentos de normalidad y alternativos a las reglas ordinarias de contratación.

Si bien en nuestro sistema jurídico continental, y especialmente en América Latina, las reglas y principios de la contratación pública se ven influenciadas por, i) la necesidad de tener un gasto público eficaz de acuerdo con el interés público²⁹; y ii) la preocupación por el control de la corrupción³⁰. En materia de contratación para desastres la necesidad por la eficacia en la actividad se impone en la mayoría de casos sobre la regulación anticorrupción³¹. De ahí que su regulación se caracteriza, por: «i) someterse principalmente a las reglas del derecho privado en lo precontractual y en lo contractual; ii) contar con habilitación expresa para aplicar las cláusulas de control contractual, hoy establecidas en los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993; iii) guiarse por los principios

«The importance of governance in risk reduction and disaster management». *Journal of Contingencies Crisis Management* 14.4 (2006).

28 LAGO MONTÚFAR, 2022a. *Op. Cit.*

29 NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro Tomás. «Calidad de los servicios». *Estudios Socio-Jurídicos*, 5.1 (2003): 19-32. Web.

30 RINCÓN SALCEDO, Javier Gustavo. «Del descontrol en la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia». *Universitas* 125 (2012): 319-37. Web. BARNES, Javier. ed. 1. *Retos de la contratación pública en Iberoamérica*. Ibañez ed. 1 Vol. Temis, Bogotá. 2019.

31 LAGO MONTÚFAR, Agustín Miguel, ed. 1. ¿Eficacia o control en la gerencia de la contratación estatal para desastres? Editorial Colex, Salamanca. 2022c. RINCÓN SALCEDO, Javier Gustavo. *Contratación Estatal en Situaciones de Emergencia*. 25 de mayo de 2020. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 28 de mayo de 2020.

de la función administrativa»³²; sin dejar de estar, iv) sometida a todos los controles administrativos.

No obstante, a pesar de que podemos encontrar estas características comunes dentro de la mayoría de regímenes aplicables en Colombia y en el mundo, es preciso mencionar que no existe un solo régimen de contratación para desastres. Si bien nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una marcada dispersión normativa en materia de contratación pública³³, en materia de desastres el asunto es particularmente complejo, ya que esta función se sirve de todo tipo de instrumentos contractuales para estos propósitos, incluyendo disposiciones del régimen general de contratación de la Administración pública consagrado en la Ley 80 de 1993.

Así, la actividad contractual para desastres se podría servir de la contratación de acuerdo con las reglas del derecho privado de la Ley 1523 de 2015 para adquirir mercados para población afectada por una inundación; como también podría reducir la vulnerabilidad frente a inundaciones en la Mojana Sucreña a través de una asociación público privada para el mejoramiento del Canal de Dique; o hacer nuevas escuelas en la reconstrucción de la Isla de Providencia mediante el régimen especial de contratación de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - Findeter. Los anteriores elementos ponen de presente la complejidad en el ejercicio no solo de la función de gestión del riesgo y de su actividad contractual, sino especialmente de su control. La función de control en vía administrativa que se materializa en los denominados controles contractual, fiscal y disciplinario, es una actividad de carácter pasivo en relación con la actividad contractual, ya que su activación depende de que se realice una actuación contractual.

De ahí que el análisis de la regulación y de la forma de cómo realizar el control de esta especie de actividad contractual no se pueda enfocar solamente en el seguimiento de las reglas aplicables o en el estricto control del formalismo, como muchas veces ocurre, sino que deba pasar por establecer cuándo esta función se ejerce de forma eficaz o no, aplicando la proporcionalidad y razonabilidad en la evaluación, dentro de los límites propios de cada tipo de control administrativo; y teniendo en consideración las complejidades de la actividad de gerencia contractual en estos casos específicos. En ese orden de ideas, antes de conocer cómo funciona cada uno de los controles en vía administrativa, resulta preciso conocer cuál es el alcance de esta función, y establecer quiénes la ejercen y de qué manera. Para luego conocer ¿quién controla? ¿a quién? y ¿por qué?

32 LAGO MONTÚFAR, 2022b. *Op. Cit.* p. 62.

33 RINCÓN SALCEDO, Javier Gustavo. *Op. Cit.*

2. ¿Descentralización de la gestión del riesgo de desastres?

«Se cambió la forma de contratación, el Gobierno podrá contratar de ahora en adelante directamente a organizaciones populares, entre ellas las juntas de acción comunal, en un mapa específico elaborado que es el mapa del hambre. Contratos que intercambiarán un dinero mensual para que la Junta de Acción Comunal organice un comité del hambre, que espero sea compuesto por mujeres, para lograr dar a través de ollas comunitarias, desayuno, almuerzo y comida en los barrios populares y en las veredas afectadas para garantizar que cualquier persona que tenga esta necesidad pueda tener un servicio de comida en su barrio»³⁴.

El artículo 2 de la Ley 1523 de 2015 es claro en establecer que «La gestión del riesgo es responsabilidad de todas las autoridades y habitantes del territorio colombiano». Sin embargo, el alcance de dicha responsabilidad varía dependiendo del tipo de autoridad y las competencias que se le asignen dentro del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo, siendo, en nuestra opinión, el mayor responsable la autoridad de policía municipal, no solo porque la mayoría de desastres ocurren en la escala local, sino porque es la autoridad más próxima a la población, y en teoría, el que más eficientemente puede identificar el riesgo y socorrer las emergencias, debido a las virtudes de la descentralización fiscal en este tipo de situaciones de efecto local³⁵. Con la misma lógica, bien entiende la Ley que cuando se supere la escala municipal se deba acudir a la escala departamental y eventualmente, a la Nacional.

Por otra parte, la Ley limita la responsabilidad de los particulares frente al riesgo como un deber de comportamiento que, si bien es claro en afirmar que se compone de un comportamiento cauto y de autoprotección frente a su persona y bienes; no es del todo claro frente al alcance de la solidaridad exigible a cada uno de ellos, más allá de la mínima aceptación de cargas en favor del interés público.

La función administrativa de gestión del riesgo está diseñada para ejercerse de manera descentralizada territorialmente, y de forma escalonada en los niveles nacional, departamental y municipal de conformidad con el prin-

34 EL TIEMPO. «Gustavo Petro habla sobre la declaración de desastre natural», 1 de noviembre de 2022, <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/gustavo-petro-declara-estado-de-desastre-714258>

35 ESCALERAS, Mónica & REGISTER, Charles. «Fiscal decentralization and natural hazard risks». *Public Choice*. 151 (2010): 165-83. Web.; FAGUET, Jean-Paul and PÖSCHL, Caroline. *Is decentralization good for development?* Oxford University Press (2015) Web. AINUDDIN, Syed *et al.* «The need for local involvement: Decentralization of disaster management institutions in Baluchistan, Pakistan». *International journal of disaster risk reduction* 6 (2013): 50-8. Web. FARAZMAND, Ali. *Fiscal decentralisation reforms. The impact on the efficiency of local governments in central and eastern Europe*. 1st ed. Ginebra: Springer, 2020. Print.

cipio de subsidiariedad. De acuerdo con el diseño del sistema nacional de gestión del riesgo de desastres, la primera autoridad de gestionar la actividad como primera autoridad de policía y «conductor del desarrollo», son los alcaldes municipales. No obstante, la misma ley establece que en caso de que las capacidades del nivel inferior no resultan suficientes para conjurar la gestión del riesgo de desastres, el nivel superior deberá concurrir en el despliegue de capacidades y financiación.

En la realidad, a pesar de que el esquema tiene un esquema descentralizado territorialmente en búsqueda de las virtudes propias de la descentralización fiscal especialmente en identificación del riesgo y atención de desastres³⁶, la gran mayoría de municipios, e incluso de departamentos, sufren de poca capacidad institucional en la materia, no solo por cuenta de sus recursos, sino por ausencia de capacidad organizacional en todos los sectores, incluso en materia de saneamiento básico³⁷. Este es el principal factor que conduce a que, en la gran mayoría de casos los entes del orden nacional sean quienes intervengan directamente en la gestión del riesgo en vez de las autoridades locales, como ocurrió por ejemplo con la reconstrucción de Providencia principalmente orientada por Findeter en vez de por el Departamento de San Andrés Providencia y Santa Catalina, limitando en la práctica el papel de los entes territoriales a simples acompañantes del proceso o, en algunos casos excepcionales, ejecutores de recursos del orden nacional, con un muy limitado o incluso nulo margen de autonomía³⁸.

En punto del control de la actividad contractual, se observa que este se centra en la evaluación de las actuaciones de entes del orden nacional en los territorios, ejecutoras de recursos del mismo nivel; y, por ende, su control, al igual que la misma ejecución, a pesar de ser diseñadas de forma descentralizada, se ejerzan en la realidad de manera desconcentrada por parte de estos entes del nivel central, lo cual ocasiona que su control se da en el nivel central en la mayoría de los casos. Así, al provenir la mayoría de recursos para la gestión del riesgo de fondos del orden nacional, a pesar de que las entidades ejecutoras sean entes territoriales, el control permanece usualmente en el nivel central, siendo la excepción la ejecución y control en el nivel descentralizado territorialmente, rompiendo la práctica con el diseño del Sistema.

36 ARAYA HUERTA, Guillermo Alberto. «Métodos y sistemas de gestión de emergencias». *Universidad de Chile*, Santiago de Chile. 2018.

37 MALDONADO COPELLO, Alberto. *Los límites de la descentralización territorial: el caso de Colombia*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid. 2012. HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. ed. 1 *Objetivos inéditos de la categorización municipal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2003. SÁNCHEZ, Fabio & ZENTENO, Janeth. *Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional: El caso de Colombia*. 2011. Web.

38 GUÍO, E., URREA, Néstor and VILLA, A. *Responsabilidad fiscal subnacional y descentralización en Colombia: Quince años de consolidación*. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá. 2014.

Ahora, ¿pueden los particulares ejercer como autoridad desarrollando la actividad contractual para desastres? El artículo 66 de la ley 1523 de 2015 establece un régimen de contratación especial para la utilización de recursos provenientes de los fondos de gestión del riesgo, ora del nivel nacional, ora del nivel territorial. Sin embargo, no establece una habilitación expresa directa a los particulares para utilizar estas reglas de contratación. No obstante, su artículo 80 habilita únicamente al fondo nacional a transferir recursos desde cualquiera de las subcuentas que lo componen a entes privados, siempre y cuando su objeto esté directamente relacionado con las actividades que se requieran para atender una calamidad o desastre.

En ese orden, se entiende que la actividad contractual para desastres si puede ser desempeñada por particulares a través de la figura de la transferencia de recursos para que estos los ejecuten buscando el socorro de la emergencia. Sin embargo, la misma solamente se puede dar para atender desastres de acuerdo con una interpretación estricta, pues, de acuerdo con la regulación de esta función administrativa no existe habilitación para que se pueda desarrollar esta actividad en labores de prevención o de reconstrucción.

Ahora bien, ¿cómo se puede identificar el alcance de la gestión del riesgo de desastres desde el punto de vista material? ¿Toda actividad que reduzca el riesgo de desastres es una manifestación de esta función?

Resulta claro que la gestión del riesgo de desastres es una función que está diseñada para ejercerse de manera descentralizada, pero que en la realidad se da de forma centralizada, no solo por su realidad presupuestal, sino por cuenta de la debilidad institucional de los entes territoriales en general que obligan a las entidades del orden nacional de intervenir. No obstante, no es del todo claro el tipo de actividades que hacen parte y que no hacen parte de la gestión del riesgo como función, pues si se entiende la misma únicamente con los elementos que nos brinda la definición del artículo 1 de la Ley 1523 de 2015, toda actividad conducente a la reducción del riesgo de desastres sería una manifestación de esta función.

La problemática en la delimitación del alcance de la función desde el punto de vista material está dada porque el riesgo de desastres es producto de dos factores, la vulnerabilidad y la exposición a amenazas de una comunidad dada. Si bien las amenazas se encuentran condicionadas por elementos más o menos estables como podría ser la ubicación geográfica y su exposición a terremotos, maremotos, volcanes y demás; en sede de vulnerabilidad encontramos una serie de presiones dinámicas que incrementan o disminuyen la vulnerabilidad como los recursos naturales, los recursos físicos, los recursos humanos, los recursos de mercado y los recursos políticos de esa comunidad dada. Así, problemas de bajo nivel educativo, una red de salud pública defi-

ciente, bajo nivel de nutrición infantil, inestabilidad en el ingreso de las familias, o un bajo nivel de aseguramiento pueden incrementar la vulnerabilidad³⁹.

Por contra, programas que reduzcan la gravedad de estas variables podrían ser catalogadas como una manifestación del ejercicio de la función de gestión del riesgo de desastres, y, por ende, hacer uso de las reglas especiales y de los recursos destinados para este fin. Por ello, resulta necesario entender los principios que rigen esta actividad estatal con el fin de limitar su alcance frente a otro tipo de funciones administrativas y actividades de servicio público, especialmente, el de precaución, y el sistémico.

El principio de precaución, «implica dos cambios de paradigma»: el primero, en el sentido de que el Derecho pasa de ir siempre por detrás de la ciencia o acompañarla a ocupar un papel de verdadero liderazgo social, en la medida en la que el juego de las disensiones en el seno de la comunidad científica y la vigencia del «principio de precaución» obligan a tomar decisiones jurídicas en un contexto de total incertidumbre. El segundo porque pasamos de una actividad de policía basada en un enfoque preventivo a lo que se ha venido en llamar «gestión de riesgos», basada en un enfoque precautorio. Estas circunstancias están a su vez ligadas al concepto de derecho administrativo global que implica la incorporación en los ordenamientos jurídicos internos, de las normas y estándares emanados de instituciones internacionales⁴⁰, así como la aplicación de instituciones propias del derecho administrativo el funcionamiento de entes internacionales.

De acuerdo con este principio, se pueden identificar dos posturas principales frente a lo que debería ser la actuación de las autoridades frente al riesgo⁴¹, el primero, maximalista, que busca el riesgo cero⁴²; y el segundo, minimalista, que justifica la intervención cuando ella es rentable en función de su relación costo-utilidad con la inversión a realizar⁴³. Así, al ser casi imposible la eliminación del riesgo, pues significaría en la mayoría gran de los casos abolir por completo la actividad que lo ocasiona, resulta sensato adoptar la segunda aproximación, en virtud de la cual se podrá entender que

39 WIESNER, GAILLARD, and KELMAN. P. MASURE, ed. *Variables and indicators of vulnerability and disaster risk for land-use and urban or territorial planning*. Universidad Nacional de Colombia, Manizales 2003.

40 RASTROLLO SUÁREZ, ed. 1 p. 164. *Op.Cit.*

41 DALLIS, Gabriel. «L'Etat face au risque en tant que matière de droit publique européen». *European Review of Public Law* 15.1 (2003) Web. FRANC, M., «Traitement juridique du risque et principe de précaution». *European Review of Public Law* 15.1 (2003) Web.

42 GONOD, Pascal. «Droit publique et risque: France». *Revue Européenne de Droit Public* 15.1 Web.

43 AMADO GÓMEZ, Carla. «Le risque, cet inconnu». *Revue Européenne de Droit Public* 15.1 (2003) Web.; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2006.

esta función tendrá como objetivo fundamental reducir el riesgo de desastre a niveles tolerables, y no otro tipo de actividad, así se realicen actividades complementarias dentro de la actividad contractual que de manera indirecta terminen en su reducción. No obstante, siempre deberá ser el objetivo principal reducir el riesgo como justificante de la actividad contractual así con la misma de forma indirecta se pueda influir en variables que afectan la vulnerabilidad y que pudieran ser propias de otro tipo de servicios como podría ser, la contratación para educación superior.

Ejemplo de lo anterior es que la contratación que realizan los hospitales para mejorar su planta de profesionales, compra de ambulancias o su mejora de su infraestructura redundará de manera indirecta en la reducción de la vulnerabilidad de la población que depende de sus servicios, reduciendo así el riesgo de desastres. Sin embargo, dicha actividad no puede ser entendida necesariamente como contratación para desastres, habida cuenta que su objeto no es la reducción del riesgo frente a algún tipo de desastre, sino que de manera indirecta se termina afectando en la reducción de la vulnerabilidad. Por otro lado, si la se tratara de la adquisición de respiradores para mejorar la infraestructura de dicho centro de atención de cara a combatir la pandemia del Covid-19 o futuras epidemias, así se usaran reglas ajenas a la Ley 1523 de 2015, se trataría entonces de un caso de contratación estatal para desastres, pues su objeto es incidir directamente en una variable (Ej. capacidad institucional sanitaria) que tiene un efecto directo en la vulnerabilidad frente al desastre específico de pandemia.

A pesar de dicho esfuerzo de clarificación, salta a la vista que este criterio no resulta suficiente para la identificación del alcance material de esta función, ya que la relación de esta función administrativa con las demás actividades de interés público se debe entender como una red organizada hacia el desarrollo y bienestar, no de una forma jerarquizada. Por ello, resulta necesario acudir al principio sistémico, de conformidad con el cual ese proceso de gestión del riesgo se realiza a través de la integración sectorial y territorial con continuación de procesos y coordinación de competencias con bases comunes de actuación, las cuales, en nuestro ordenamiento se materializan en condicionantes en el despliegue de otros servicios públicos, funciones administrativas y actividades de interés general que permiten articular el correcto desempeño de esas funciones de cara a la reducción de la vulnerabilidad y por esa vía, del riesgo de desastres⁴⁴; sin que las demás actividades de interés público se sometan o reposen en la gestión del riesgo.

Como ejemplo de lo anterior se exalta la necesidad de contemplar un mapa de riesgos de desastre natural al momento de ordenar el territorio por parte de los municipios que limita su discrecionalidad en función de una pla-

44 KREPS, Gary and LOVERGREN BOSWORTH, Susan. eds. *Organizational adaptation to disaster*. 1st ed.: Springer, New York. 2007. DRABEK, Thomas ed. «Community Processes: Coordination». 1st ed: *Springer*, New York . 2007. Print.

neación hacia la reducción del riesgo⁴⁵; o, el condicionamiento de que todas las inversiones públicas que tengan incidencia en el territorio, independientemente de su finalidad, deban incorporar un análisis de riesgo de desastre en distintos niveles de complejidad desde la misma formulación del proyecto⁴⁶. El entendimiento de este criterio sistémico de red está dado porque, si este no se aplicara se podría concluir, claro está que de manera vaga, toda actividad de inversión pública deba ser entendida como contratación para desastres ya que debería diseñarse para reducir la vulnerabilidad.

Así las cosas, pesar de que perduran zonas grises en lo que puede ser considerado o no contratación estatal para desastres como manifestación de la función de gestión del riesgo, los principios de precaución y especialmente el principio sistémico, permiten entender el alcance material de la gestión del riesgo de desastres como función, y, por ende la contratación para desastres como actividad que la desarrolla a través de proyectos concretos de reducción directa de la vulnerabilidad mediante la afectación de los factores específicos que incrementan el riesgo de un o unos desastres determinados.

III. ¿Los controles administrativos como límite a la discrecionalidad del gerente contractual?

1. El yugo del gerente contractual: la yuxtaposición de los controles administrativos a la contratación estatal

«Se transformará INDUMIL, en una reconversión industrial, para que pueda construir puentes al estilo de los que se importan, de tal manera que rápidamente podamos lograr comunicación vial aquí en las partes donde se han caído los puen-

45 Ver: ARBOUIN GÓMEZ, Felipe. *Aplicación de los principios de solidaridad y sustentabilidad en el desarrollo territorial colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 2020.

46 De acuerdo con el Artículo 38 de la Ley 1523 de 2015: «Todos los proyectos de inversión pública que tengan incidencia en el territorio, bien sea a nivel nacional, departamental, distrital o municipal, deben incorporar apropiadamente un análisis de riesgo de desastres cuyo nivel de detalle estará definido en función de la complejidad y naturaleza del proyecto en cuestión. Este análisis deberá ser considerado desde las etapas primeras de formulación, a efectos de prevenir la generación de futuras condiciones de riesgo asociadas con la instalación y operación de proyectos de inversión pública en el territorio nacional». PARÁGRAFO. «Todas las entidades públicas y privadas que financien estudios para la formulación y elaboración de planes, programas y proyectos de desarrollo regional y urbano, incluirán en los contratos respectivos la obligación de incorporar el componente de reducción del riesgo y deberá consultar los lineamientos del Plan aprobado de Gestión del Riesgo del municipio o el departamento en el cual se va ejecutar la inversión».

tes, donde se han roto las carreteras, en donde vaya a suceder en los próximos meses, tratando de garantizar una movilidad durante el periodo del invierno»⁴⁷.

La gerencia de la actividad contractual es una de las actividades más desafiantes dentro del servicio público, no solo por la complejidad de su regulación⁴⁸, sino por la multiplicidad de factores que afectan su eficacia⁴⁹ y por especialmente por las consecuencias negativas que pueden recaer sobre aquellos que la desarrollan⁵⁰. Este panorama empeora cuando se trata de la contratación estatal para desastres, la cual compone el despliegue de una actividad que, como ya hemos mencionado, no solo por la complejidad de su regulación.

Dicha dificultad extra está dada por cuenta de que la gerencia de la contratación estatal para desastres se caracteriza por, i) valerse de múltiples conjuntos de reglas jurídicas aplicables, que, si bien pueden tener características comunes en la mayoría de los casos, dificultan su aplicación práctica⁵¹; ii) estar determinada y diferenciarse en sus actuaciones por las fases de gestión del riesgo (prevención, atención y reconstrucción)⁵²; y, iii) guiarse por el principio de precaución, por lo cual no siempre cuenta con certeza científica previos a la toma de decisiones⁵³; y, iv) contar con un grupo de gerentes heterogéneo y no necesariamente preparados de gerentes que deben soportar con factores endógenos y exógenos que afectan negativamente la eficacia de su actividad⁵⁴.

-
- 47 EL TIEMPO. «Gustavo Petro habla sobre la declaración de desastre natural», 1 de noviembre de 2022, <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/gustavo-petro-declara-estado-de-desastre-714258>
- 48 Ver: ROKKAN, Aksel and HAUGLAND, Sven. «A transaction cost approach for public procurement». *Journal of Business & Industrial Marketing* 2.37 (2022): 341-352. Web. RINCÓN SALCEDO.: 319-37.
- 49 HO CHEN, Tsong. «An economic approach to public procurement». *Journal of public procurement* 8.3: 407-30. Web.
- 50 SHCHUKIN, O. M., «Control in the field of public procurement». 29.7 (2014) Web; MAYA VILLAZÓN, Edgardo. *Responsabilidad pública y lucha anticorrupción*. Pontificia Universidad Javeriana. 2017, Bogotá. 5-28; GÓMEZ LEE, Iván Darío. *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*. 1st ed. Legis, Bogotá. 2014.
- 51 RINCÓN SALCEDO, Javier Gustavo. *Op. Cit.*; SOETANTO, Robby. *et al.* «Developing sustainable arrangements for proactive disaster risk financing in Java, Indonesia». *International Journal of Disaster Resilience in the Built Environment* 11.3 (2020): 435-51. Web.
- 52 CARTER, Nick. *Disaster Management. A Disaster Manager's Handbook*. 2nd ed. Asian Development Bank, Manila, 2008.
- 53 Ver como ejemplo de aplicación práctica de gerencia de proyectos con perspectiva proactiva desde el lado financiero: SOETANTO, et al: 435-51. *Op. Cit.*
- 54 Dentro de los factores endógenos podemos encontrar la falta de formación profesional de los gerentes, las deficiencias de los esquemas de financiamiento, del reparto de riesgos, la comunicación dentro del proyecto, el alcance de la planeación o una insuficiente capacidad gerencial. Como exógenos a la gerencia podemos identificar la apertura del mercado,

De esa forma, el gerente de la contratación para desastres no solo debe encargarse de la formulación del proyecto, estudiar el efecto de inversión del mismo de acuerdo con los métodos de costo-utilidad o costo-eficacia, formular la convocatoria, escoger al contratista, supervisar la ejecución y hacer cumplir las garantías como cualquier proceso contractual, que ya de por sí es bastante complejo⁵⁵; sino que a ello debe incluir un panorama especialmente complejo en la toma de decisiones con ausencia de certeza en muchas ocasiones, una demanda volátil o cadenas de suministro poco confiables, entre otros factores endógenos y exógenos a la gerencia que suponen un reto para cualquiera que se embarque en este tipo de empresas⁵⁶.

En punto del control de la actividad contractual, resulta pertinente mencionar que el mismo puede entenderse a partir de distintas categorías, por el tiempo en el cual se ejerce, quién lo hace, su objeto, y su alcance⁵⁷. Así, podremos diferenciar respectivamente, i) si este se ejerce de forma previa, concomitante o posterior; ii) si es ejercido por un órgano interno a la entidad que desarrolla la actividad contractual o uno de carácter externo; iii) si recae sobre la conducta del agente o sobre la actividad administrativa en sí; o, iv) si se evalúa el mérito, la gestión o la legalidad de la actuación contractual⁵⁸.

Si bien los primeros criterios no suponen dificultad en su comprensión de forma general, si resulta pertinente profundizar en el último de ellos con el fin de clarificar el alcance de cada uno de ellos. Así, el control de mérito se centra en la conveniencia y oportunidad de la decisión adoptada de entre las

las reglas legales aplicables, las redes de cooperación interadministrativa o la centralidad en el gasto. Sobre el particular ver: BANCO MUNDIAL. *Natural hazards and unnatural disasters: the economics of effective prevention*. Washington: BANCO MUNDIAL, 2010. Print. LIU, Miao; SCHEEPBOUWER, Eric and GIOVINAZZI, Sonia. «Critical success factors for post-disaster infrastructure recovery». *CSFs for post-disaster infrastructure recovery* 25.5 (2016): 685-700. Web. RASTROLLO SUÁREZ, 2020. *Op. Cit.*

55 Sobre gerencia contractual ver: BOWER, Denise. *Management of Procurement*. Thomas Telford, Londres. 2003. FALIZE, Marc. *Livre blanc de la Commande Publique. Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales*, Paris. 2008. Print. CEGQ. *Livre blanc sur l'octroi et la gestión des contrats publics au Québec. Corporation des Entrepreneurs Généraux du Québec*. Print, Québec. 2016.

56 TRIM: 218-25; OWUSU, Esther, ANTWI, James, and KENDIE, Stephen. «Disaster risk management: the exercise of power, legitimacy and urgency in stakeholder role in Ghana». *International Journal of Environment and Climate Change*: 17-33. Web.

57 LAGO MONTÚFAR, 2022 *Op. Cit.*; DORMI, Roberto. *Modernización del control público*. Hispania Libros, Madrid. 2005.; RAMÓN, Virgilio Manuel. «El control como función administrativa». *Revista de la Universidad de la Salle* (1998): 97-102. Web.; RINCÓN SALCEDO, Javier Gustavo. *La tercerización del control contractual: el contrato de interventoría*. 1st ed: Ibañez, 2016. Bogotá. DORMI, 2005. *Op. Cit.*

58 LAGO MONTÚFAR, 2022a. *Op, Cit.*

distintas alternativas, incluyendo la no realización⁵⁹. La gestión se enfoca en la técnica de buena administración correspondiente al proyecto específico que se esté abordando, y en el «análisis de los resultados logrados con la implementación de las técnicas de evaluación e indicadores necesarios»⁶⁰, siendo así una valoración de la efectividad de las decisiones en las que se incurrió basadas en la relación costos-resultados esperados. Finalmente, el elemento de la verificación de legalidad de la actuación en sede administrativa solamente se puede entender como una constatación o contrastación de que se haya adelantado la actuación contractual con apego a las normas de competencia pertinentes y de acuerdo con las reglas aplicables⁶¹; sin que ello componga un control de legalidad integral similar al que se realiza en sede judicial por parte del juez contencioso administrativo donde se evalúa la actuación a la luz de los elementos, requisitos y vicios de cada actuación administrativa⁶².

Aclarado lo anterior, en sede administrativa se encuentran los siguientes tipos de control sobre la actividad contractual: i) el contractual en sentido estricto; ii) el fiscal; y, iii) el disciplinario.

El primero de ellos tiene por fin vigilar «(...) el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en ese sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de estos recursos»⁶³, en otras palabras, al cumplimiento mismo del contrato. Este puede ser de carácter interno cuando es ejercido mediante supervisión, o externo tercerizado a través de la figura de la interventoría. No obstante, su alcance solamente está limitado al análisis de gestión contractual, especialmente desde el componente técnico de la ejecución; y se centra en la actuación contractual, no en la conducta del agente⁶⁴.

59 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo and FERÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 14 ed. Editorial Arazandi, Madrid. 2008.; DÍAZ FERNÁNDEZ, Andrés. «¿Puede hablarse de una economía del control?», *Revista española de control externo* 1.1 (1999): 35-57. Print.

60 MILESKI, Helio Saul. *Transformaciones del Estado y las nuevas exigencias del control de la corrupción: transparencia fiscal, control administrativo y control social*, Universidad de Salamanca, Salamanca. 2011. p. 306.

61 GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos. *Contratación Pública: el control de legalidad del acto administrativo de adjudicación. Tutela resarcitoria - tutela restitutoria. Una reforma necesaria*. 1st ed: Ibañez, Bogotá. 2018. MUNOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Principios de constitucionalidad y legalidad*. 4th ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Reino de España, Madrid. 2015.

62 BENAVIDES, José Luis. «Contencioso Contractual en Colombia; Flexibilidad del Control e Inestabilidad del Contrato». *Derecho del Estado*. 18 (2006).

63 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C- 037 de 2003*. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional, 2003.

64 Ver: RINCÓN SALCEDO, Javier Gustavo, 2016. *Op. Cit.* PARRA PARRA, José Eusebio. *El contrato de interventoría*. 1st ed. Temis, Bogotá. 1996.

Con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 4 de 2019, encontramos que el control fiscal puede ser ejercido en cualquier momento de la actividad contractual salvo en materia precontractual donde se encuentra limitado a ser ejercido únicamente por la autoridad interna. Se puede ejercer por un ente interno (oficinas de control interno), o de forma externa (contralorías). Este recae sobre la conducta del agente, más específicamente, del gestor fiscal. Finalmente, su alcance está dado por una valoración de la legalidad de la actuación⁶⁵, de gestión y de la existencia del mérito de la actuación, sin que frente a este último elemento se pueda reprochar la escogencia de la alternativa siempre y cuando la misma tenga bases de proporcionalidad y razonabilidad sustentadas, ya que ello corresponde a la discrecionalidad del gerente contractual, so pena de administración del ente de control⁶⁶.

Por su parte, el control disciplinario puede ser ejercido de forma preventiva en cualquier momento de la actuación contractual, este se puede dar de forma interna o externa a la entidad, nunca tercerizado; se centra en la conducta individual del agente, específicamente de quien cumple función pública dentro de la actividad contractual; y se centra en la existencia de la legalidad de la actuación en similar alcance a lo que ocurre con el control fiscal pero con una aproximación desde los principios de la función administrativa y los deberes del agente. No obstante, no le corresponde analizar los puntos de gestión y solamente le corresponde verificar la existencia del mérito de la actuación sin ponderar la misma frente a otras alternativas⁶⁷.

Expuesto lo anterior se advierte con facilidad que la forma en que se estructuran los controles permite que afirmaciones como la siguiente se realicen como resultado de la práctica contractual:

«Difícilmente se encontrará un Estado en donde existan tantos controles como los que se presentan en Colombia, a costos tan elevados y con resultados son penosamente exiguos. Si nuestro país ha sido catalogado como uno de los más corruptos, no otra conclusión puede extraerse. En parte la explicación de tan desafortunada gestión se encuentra en el vínculo de dañado y punible ayuntamiento

65 GÓMEZ LEE. *Op. Cit.*; MALDONADO NARVÁEZ, Marlon Iván. «El control fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho». *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 44.120 (2014): 125-52. Web. MIRA, Juan Carlos, MEZA, Ciro, and VEGA, Daniel. *El control fiscal en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001.; FAJARDO PEÑA, Santiago. «La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado». *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 18 (2017): 327-51. Web.

66 LAGO MONTÚFAR, 2022a. *Op. Cit.* p. 52.

67 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo & MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto, eds. *La comisión por omisión en el ejercicio de la función administrativa con énfasis en la actividad contractual*. 2 vol. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá 2007. ISAZA SERRANO, Carlos Mario. *Teoría general del derecho disciplinario: aspectos históricos, sustanciales y procesales*. 2nd ed. Temis, Bogotá. 2009. ALBARRACÍN SÁNCHEZ, Ana Marí. *La evolución conceptual e histórica del derecho disciplinario en Colombia* (Cali: Universidad Santiago de Cali, 2020).

entre la clase política y los organismos de control fiscal y disciplinario, lo que ha engendrado que un gran número de tales controles se ejerzan como vehículos serviles de intereses partidistas. Con este criterio se inventan investigaciones y se sancionan a funcionarios por nimiedades o se escamotean responsabilidades cuando los artificiales están cerca de los detentadores del poder»⁶⁸.

El papel del gerente contractual ya es de por sí bastante complejo, más aún si se trata de contratación para desastres. Por ello, resulta necesario advertir que la forma en que funcionan los diferentes tipos de controles, sumado a la complejidad propia de la función, que parte de instituciones alternativas a aquellas que operan para la contratación estatal en situaciones de normalidad, afectan negativamente el desempeño del gerente contractual y del agente de control. Del primero, habida consideración que los incentivos en favor a una gerencia eficaz se pueden ver difuminados por el miedo a ser sancionado, por lo que resulta menos riesgoso disminuir su alcance y limitarse a proyectos simples, evitando al máximo la posibilidad de sanción en su gestión.

Por su parte, quien controla esta actividad, encuentra que, a pesar de contar con los instrumentos formales más que suficientes para realizar una adecuada vigilancia, resulta necesario contar con un conocimiento especializado de la naturaleza de la función, su particular regulación y especialmente poder diferenciar como las fases de la gestión del riesgo determinan el concepto de eficacia de la actividad contractual a ser controlada, so pena de incurrir en imprecisiones como por ejemplo fuera sancionar fiscal o disciplinariamente a un gerente que ejecuta un proyecto de reconstrucción con recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo por no haberse expedido previamente el acto de declaratoria de urgencia manifiesta⁶⁹.

Lo anterior, pone de relieve una problemática adicional frente al control de la corrupción. Con el diseño actual de los controles administrativos, encontramos una multiplicidad de agentes dentro de la gestión contractual con capacidad de decisión, no solo por ser directamente los gerentes, posibles contratistas, financiadores o proveedores, sino por poder condicionar las decisiones de todos los anteriores, especialmente la forma en que se escogen alternativas y se recogen recursos, a través de la presión de los mecanismos de control y sanción⁷⁰. El desconocimiento del alcance de cada uno de los controles en los elementos de gestión, mérito y legalidad o su transgre-

68 DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. 3rd ed. Bogotá: Legis, 2016. Print. p. 802-803.

69 Ver: LAGO MONTÚFAR., 2022a. *Op. Cit.* Pg. 39.

70 MIRANZO DÍAZ, Javier. *La prevención de la corrupción en la contratación pública*. Barcelona, 2019.; SCHELLER D'ANGELO, André and SILVA MAESTRE, Shirley. «La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios». *Via Iuris*. 23 (2017).

sión por parte de los agentes puede desencadenar prácticas de corrupción a través de la presión a los gerentes contractuales, o por el contrario, prácticas de abuso por parte de estos últimos⁷¹. De ahí que el entendimiento de la actividad a controlar resulte fundamental para el ejercicio de ambas funciones, la de gestión del riesgo y aquella del control en vía administrativa.

A pesar de haber clarificado de forma general el panorama del alcance de cada uno de los controles administrativos que se presentan a la actividad contractual, y sus efectos sobre la gerencia. Es preciso profundizar el análisis buscando entender los elementos a tener en cuenta para un correcto ejercicio de la función de control frente a esta especial actividad, y con la esperanza de proponer algunas garantías a la manera en la cual se puede propender por la eficacia de la gerencia contractual y de su control administrativo.

2. Hacia un entendimiento diferencial en el control de la contratación para desastres

«Como última medida contra la emergencia invernal, se implementará un subsidio del cien por ciento del valor de los fertilizantes que se utilizan para producir comida. Este es un objetivo más de mediano plazo, pero esperamos que la rentabilidad para producir elementos a través de este subsidio aumente, y por tanto, para el primer semestre del año entrante podamos tener una canasta familiar, en lo que tiene que ver con alimentos, mucho más barata para comprar en el supermercado»⁷².

¿La discrecionalidad del gerente contractual se modula por los intereses públicos o por el ejercicio de la función de control? El entendimiento de la eficacia de la contratación para desastres es el principal instrumento para garantizar el correcto ejercicio de la gerencia de la actividad contractual y de su control. A partir de este concepto, se puede establecer la frontera entre los distintos tipos de control y el núcleo de discrecionalidad de la actividad contractual, manteniendo un ejercicio de buena administración con vigilancia del correcto ejercicio de la función pública y los recursos públicos en la contratación para desastres.

Como se mencionó previamente, la gestión del riesgo de desastres se manifiesta en 3 fases diferentes, la prevención, la atención y la reconstruc-

71 ZAMBRANO CETINA, William ed. «Instrumentos para prevenir la corrupción en la contratación estatal». 1st ed. 1 Vol. Bogotá: Ibáñez, 2019. Print. MEDINA, Teresa. «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública». *Diario La Ley*. 7832 (2010).

72 EL TIEMPO. «Gustavo Petro habla sobre la declaración de desastre natural», 1 de noviembre de 2022, 1 de noviembre de 2022 <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/gustavo-petro-declara-estado-de-desastre-714258>.

ción, cuyos objetivos, si bien son distintos, se articulan gracias al ciclo de la gestión del riesgo⁷³, y determinan el concepto de eficacia y por ende, deben modular la manera en la cual se debe ejercer su control. Lo anterior, teniendo presente que i) las necesidades que satisface la función de gestión del riesgo son de carácter permanente, incluso, en la fase de atención, pues siempre se podrá estar mejor preparado para el acaecimiento de un desastre dado; ii) que la regulación de la actividad contractual para desastres tiene características comunes a pesar de contar con una marcada dispersión normativa; y iii) que el mérito y la gestión se determina de acuerdo con la concepción de eficacia de la actividad contractual para desastres.

De esa forma, no hay que perder de vista que el objetivo de la intervención del Estado frente al riesgo de desastres y su carácter proactivo está marcado porque se buscará «la modificación intencional de las características de un fenómeno con el fin de reducir la amenaza que representa o de modificar las características intrínsecas de un elemento expuesto con el fin de reducir su vulnerabilidad»⁷⁴.

En sede de prevención, i) la planeación y definición del proyecto sobre distintos escenarios hipotéticos de desastre, ii) la dificultad del nivel real de riesgo y contemplación de todos los factores de vulnerabilidad; y, ii) la identificación del correcto nivel de inversión, son los principales desafíos en la identificación del mérito de la actuación entre todas las posibles alternativas que enfrenta el gerente contractual⁷⁵. Sin embargo, la reducción de la magnitud de los factores que afectan la vulnerabilidad frente a un posible serán una guía adecuada para valorar la eficacia de la actuación. Por ejemplo, no será reprochable desde el punto de vista del mérito que se realizara un dique de 5 metros de alto cuando las inundaciones en esa zona jamás habían superado los 4 metros, a pesar de que un año luego de finalizada la obra se presente una subida de las aguas de 6 metros que rebasa esta barrera, ya que, la proporcionalidad y razonabilidad de la alternativa escogida al planear su altura muestra una actuación adecuada a pesar de que no se consiguiera el resultado esperado.

Respecto de la atención, el escenario es quizás el más complejo, puesto que no se conoce a ciencia cierta cuál será el momento exacto del acaecimiento, ni la magnitud del desastre en concreto, así como también se desco-

73 Sobre el particular, ver: SAWALHA, Ihab Hanna. «A contemporary perspective on the disaster management cycle». *Foresight* 22.4 (2020): 469-82. Web.

74 GOODSPEED, Thomas & HAUGHWOUT, Andrew. «On the optimal design of disaster insurance in a federation». *Economic government*. 13 (2012): 1-27. Web.

75 Se han realizado esfuerzos en elaborar mecanismos para solucionar la identificación del correcto nivel de inversión a partir de conocer el nivel de riesgo. Sobre el particular ver: CARDONA ARBOLEDA, Omar Darío. *Definición de la responsabilidad del Estado, su exposición ante desastres naturales y diseño de mecanismos para la cobertura de los riesgos residuales del Estado*. Banco Mundial, Bogotá. 2004.

noce si el mismo será simple o se combinará con otro tipo de catástrofes, sin perjuicio de las estimaciones probabilísticas que en algunos casos pueden ser bastante avanzadas⁷⁶.

La eficacia de la actuación contractual en esta fase está especialmente condicionada por la inelasticidad de la demanda en momentos de urgencia, y por el riesgo de desabastecimiento por sobrepasar la oferta disponible en el corto plazo, lo cual puede comprometer la posibilidad de atender la emergencia si no se ha estado provisionando adecuadamente su acontecimiento⁷⁷. De esa manera, no sería reprochable que un gerente contractual deba pagar mercados para asistir una población en situación de emergencia por encima del precio del mercado, pues ello es normal por la simple inelasticidad de este tipo de demanda, sin perjuicio de que deba ser considerado el actuar de la planeación de aprovisionamiento dependiente de otros actores ajenos a la actividad contractual específica en la mayoría de circunstancias.

Finalmente, en tratándose de la reconstrucción, estimamos que la misma debe tener como foco de eficiencia su carácter prospectivo hacia la resiliencia, no solamente la recuperación de las condiciones anteriores al desastre, pues, si bien los desastres son situaciones nefastas para cualquier comunidad, también son una gran oportunidad para reducir las condiciones de vulnerabilidad y el desarrollo, conectando el ciclo de gestión mediante acciones de mitigación dicha reconstrucción con la prevención y, por ende, la reducción del riesgo de desastre⁷⁸.

En sentido estricto la eficacia de la reconstrucción o rehabilitación estaría marcada por la recuperación del estado de orden público (previo) que ha sido turbado por la ocurrencia del desastre, así que si en términos simples, si se consiguiera el restablecimiento de condiciones similares a las anteriores al desastre se podría calificar que la actuación contractual ha sido eficaz. No obstante, como ya se puso de presente, la función de gestión del riesgo, en todas y cada una de sus fases debe ser entendida como un proceso permanente de reducción del riesgo, de forma que volver las cosas al estado anterior si resultaría ineficaz dentro de una visión integral de la actividad⁷⁹.

76 Para entender la forma en que se desarrollan estos estudios ver: LAVELL, Allan. *Approaches to the construction of risk indicators at different spatial or territorial scales and the major components of indicator systems- conceptual bases, risk construction processes and practical implications*, Manizales: Universidad Nacional de Colombia, 2003. Print. UNDRR. *Regional assessment report on disaster risk in Latin America and the Caribbean*. ONU, Panamá 2021.

77 MILLÁN MORENO, E. et al. «Economía y equidad en urgencias y emergencias». *Revista Sanitaria de Navarra*. 1: 19-27.

78 CLARK, Nick. *Op. Cit.*; SINGH, Amita et al. *Development and Disaster Management. A study of the Northeastern States of India*. Palgrave MacMillan, Singapur. 2018.

79 Sobre el particular ver: COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) and BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Un tema del desarrollo: la reducción de la*

Por ende, la reconstrucción hacia lo proyección resiliente se impone como un deber en la actividad contractual, y, en consecuencia, en el control de la misma.

En virtud de lo expuesto, es posible afirmar que la concepción de la eficacia y el control de la actividad contractual se ve modulada en función de las características y dinámicas de cada una de las fases de la gestión del riesgo de desastres. No obstante, la eficacia del ejercicio de la función está condicionada por la proyección hacia la reducción de las condiciones de vulnerabilidad y por esa vía, hacia la reducción del riesgo de acuerdo con la fase en la cual se quiera impactar con la actividad contractual. Lo anterior se traduce en que la actividad contractual sea un instrumento para cumplir los planes territoriales y nacional de reducción del riesgo, y que su control de mérito, gestión y legalidad, se deba articularse a través de la evaluación de la proporcionalidad y razonabilidad de cada medida a la luz de estos instrumentos de política pública.

Así, el ejercicio de la función de control no puede ser el condicionante de la discrecionalidad del gerente contractual, en el entendido que las decisiones gerenciales no se toman para satisfacer las exigencias del control o para tener contento a quien controla; sino que, por el contrario, se guían por la satisfacción del interés público, que en este caso en concreto es la reducción proactiva del riesgo de desastres a través de la afectación de los factores que determinan la vulnerabilidad frente a un fenómeno dado. Lo anterior, concretado en los planes específicos de gestión del riesgo como instrumentos de articulación de la actuación administrativa⁸⁰, junto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad que deben respaldar las actuaciones contractuales.

De esa forma, encontramos que el riesgo en materia de contratación para la gestión del riesgo de desastres no está dada por su discrecionalidad, sino por la falta de claridad en los elementos que delimitan ese núcleo de decisión del gerente contractual, el cual, puede verse contaminado por la influencia del que ejerce la función de control y demás agentes; o rebozado si no se tiene como faro la eficacia de la actividad materializada en la planeación para la gestión del riesgo y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, propios del ejercicio de toda función administrativa. La claridad de los límites del control y de los elementos determinantes de la eficacia se configuran entonces en garantías del buen ejercicio de tan importante actividad.

vulnerabilidad frente a los desastres. CEPAL, México. 2000. Print.

80 Sobre planeación para la gestión y reducción del riesgo ver: GUSTIN, Joseph F. *Disaster & Recovery Planning: a guide for facility managers*. The Fairmont Press, Londres. 2013.

IV. Conclusiones

La naturaleza altamente especializada, la complejidad de su regulación y la poca claridad en la delimitación del alcance de cada uno de los controles frente a la discrecionalidad contractual plantean un escenario de alta complejidad en el ejercicio de la función de gestión del riesgo y del control de su actividad contractual.

La gestión del riesgo de desastres es una especie de función de policía administrativa que se caracteriza por buscar la preservación, mejoramiento y restauración del orden público mediante un proceso continuo de reducción del riesgo de desastre mediante acciones proactivas. De ahí, que las necesidades que busca solventar la contratación estatal para desastres sean de carácter permanente en cada una de sus fases, no solo por el tránsito de su entendimiento de acuerdo con un enfoque integral, sino por la incorporación de instituciones que dejan atrás el derecho constitucional de excepción en un tránsito necesario hacia el derecho de policía administrativo proactivo.

En cuanto a las disposiciones aplicables, se advierte una gran dispersión normativa que dificulta la constatación de las reglas aplicables, que se sirve de distintos regímenes y varía dependiendo de la etapa, entidad contratante, o tipo de proyecto. Lo anterior, sin perjuicio de que por regla general se caracterice por hacer uso de las reglas del derecho privado en lo precontractual y contractual, contar con habilitación expresa para hacer uso de potestades de derecho público para la gerencia contractual, guiarse por los principios de la función administrativa (especialmente por el principio de eficacia), y estar sometida a todos los controles en sede administrativa.

Partiendo de un criterio subjetivo por quien ejerce la función, es preciso poner de presente que si bien la función de gestión del riesgo de desastres está diseñada para ser ejercida a través de la descentralización territorial, siendo la principal encargada de su materialización la primera autoridad de policía del nivel municipal; en la realidad se observa que las limitaciones presupuestales y de capacidad institucional operativa de los entes territoriales frente a las necesidades que surgen del desastre general que se deba dar un despliegue de organismos del orden nacional para el desarrollo de esta función, especialmente en materia de atención. Lo anterior conduce a que la actividad contractual para desastres se encuentre centralizada al igual que su control, en los organismos del nivel nacional, sin perjuicio de que la responsabilidad por el ejercicio mismo de la función pueda seguir recayendo en las autoridades locales.

Adicionalmente, la actividad contractual para desastres puede ser ejercida por particulares cuyo objeto se encuentre relacionado con la atención de desastres. Sin embargo, no podrán desempeñar esta labor cuando se

trate de actuaciones que desarrollen la fase de prevención o de reconstrucción, ante la falta de habilitación legal expresa.

Desde la perspectiva material, en virtud de los principios de precaución y sistémico es posible establecer que la contratación para desastres como actividad que la desarrolla a través de proyectos concretos de reducción directa de la vulnerabilidad mediante la afectación de los factores específicos que incrementan el riesgo de un o unos desastres determinados.

En sede administrativa la actividad contractual está sometida al control contractual en sentido estricto, el control fiscal y el disciplinario. El papel del gerente contractual ya es de por sí bastante complejo, más aún si se trata de contratación para desastres. Por ello, resulta necesario advertir que la forma en que funcionan los diferentes tipos de controles, sumado a la complejidad propia de la función, que parte de instituciones alternativas a aquellas que operan para la contratación estatal en situaciones de normalidad, afectan negativamente el desempeño del gerente contractual y del agente de control. Por su parte, quien controla esta actividad, encuentra que, a pesar de contar con los instrumentos formales más que suficientes para realizar una adecuada vigilancia, resulta necesario contar con un conocimiento especializado de la naturaleza de la función, su particular regulación y especialmente poder diferenciar como las fases de la gestión del riesgo determinan el concepto de eficacia de la actividad contractual a ser controlada, so pena de incurrir en imprecisiones e incluso, en riesgos de corrupción por un abuso de la función de control o por su extremo relajamiento.

El entendimiento de la eficacia de la contratación para desastres es el principal instrumento para garantizar el correcto ejercicio de la gerencia de la actividad contractual y de su control. A partir de este concepto, se puede establecer la frontera entre los distintos tipos de control y el núcleo de discrecionalidad de la actividad contractual, manteniendo un ejercicio de buena administración con vigilancia del correcto ejercicio de la función pública y los recursos públicos en la contratación para desastres. Esta varía dependiendo de la etapa de gestión del riesgo en que nos encontremos. No obstante, no hay que perder de vista que su objetivo principal es reducir de manera proactiva y directa la incidencia el riesgo de desastres mediante los factores que incrementan la vulnerabilidad frente a un desastre dado. Lo anterior se traduce en que la actividad contractual sea un instrumento para cumplir los planes territoriales y nacional de reducción del riesgo, y que su control de mérito, gestión y legalidad, se deba articularse a través de la evaluación de la proporcionalidad y razonabilidad de cada medida a la luz de estos instrumentos de política pública.

De esa forma, el ejercicio de la función de control no puede condicionar la discrecionalidad del gerente contractual para emergencias, sino que la misma se ve delimitada por los planes específicos de gestión del riesgo, y los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deberán guiar el mérito,

la gestión y la legalidad de su actuación. Lo anterior, como garantía en el correcto ejercicio de la gerencia y en el correcto ejercicio del control con la articulación de las competencias de quien gestiona el riesgo de desastres y de quien vigila el correcto ejercicio de esta función administrativa.

V. Bibliografía

- AHRENS, Joachim & RUDOLPH, Patrick.** «The importance of governance in risk reduction and disaster management». *Journal of Contingencies Crisis Management* Vol. 14.N.4, 2006.
- AINUDDIN, Syed et al.** «The need for local involvement: Decentralization of disaster management institutions in Baluchistan, Pakistan». *International journal of disaster risk reduction* Vol. 6 (2013): 50-8.
- ALBARRACÍN SÁNCHEZ, Ana María.** *La evolución conceptual e histórica del derecho disciplinario en Colombia*, Universidad Santiago de Cali, Cali, 2020.
- AMADO GÓMEZ, Carla.** «Le risque, est inconnu», *Revue Européenne de Droit Public* Vol. 15. N.º 1, 2003.
- ARAYA HUERTA, Guillermo Alberto.** «Métodos y sistemas de gestión de emergencias». Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2018.
- ARBOUIN GÓMEZ, Felipe.** *Aplicación de los principios de solidaridad y sostenibilidad en el desarrollo territorial colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 2020.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO.** *Un tema del desarrollo: la reducción de la vulnerabilidad frente a los desastres*. CEPAL, México. 2000.
- BANCO MUNDIAL.** *Análisis de la gestión del riesgo de desastres en Colombia: un aporte para la construcción de políticas públicas*. Banco Mundial, Washington, 2012.
- BANCO MUNDIAL.** *Natural hazards and unnatural disasters: the economics of effective prevention*. Banco Mundial, Washington, 2010.
- BARNES, Javier.** *Retos de la contratación pública en Iberoamérica*, Temis, Bogotá. 2019.
- BENAVIDES, José Luis.** «Contencioso Contractual en Colombia: Flexibilidad del Control e Inestabilidad del Contrato». *Derecho del Estado*. Vol. 18, 2006.
- BIRKLAND, Thomas.** *Lessons of disaster: Policy Change After Catastrophic Events*. 1st ed. Georgetown University Press, Washington, 2007.

- BOWER, Denise.** *Management of Procurement*. Thomas Telford, Londres, 2003
- CARDONA ARBOLEDA, Omar Darío.** *Definición de la responsabilidad del Estado, su exposición ante desastres naturales y diseño de mecanismos para la cobertura de los riesgos residuales del Estado*. Banco Mundial, Bogotá. 2004.
- CARTER, Nick.** *Disaster Management: A Disaster Manager's Handbook*. 2 ed. Asian Development Bank, Manila, 2008.
- CORPORATION DES ENTREPRENEURS GÉNÉRAUX DU QUEBEC.** *Livre blanc sur l'octroi et la gestión des contrats publics au Québec*. CEGQ, Québec. 2016.
- HO CHEN, Tsong.** «An economic approach to public procurement». *Journal of public procurement* Vol. 8, N.º 3.
- CLARK, Helen.** «Building Resilience. The Importance of Prioritising Disaster Risk Reduction». *United Nations Development Programme Perspective*. University of Canterbury, Christchurch. 2012.
- DALLIS, Gabriel.** «L'Etat face au risque en tant que matière de droit publique européen». *European Review of Public Law*, Vol. 15. N. 1 (2003)
- DARNACULLETA GARDELLA, María Mercé, ESTEVE PARDO, José & DOHMANN, Indra.** *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- DOMENÉCH PASCUAL, Gabriel.** *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- DORMI, Roberto.** *Modernización del control político*, Hispania Libros, Madrid, 2005.
- DRABEK, Thomas.** «Community processes: coordination». *Handbook of Disaster Research*, Springer, New York, 2007.
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo.** *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, 3. Ed, Legis, Bogotá, 2016.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, Andrés.** «¿Puede hablarse de una economía del control?», *Revista Española de Control Externo*. 1.1., 1999, pp. 35-57.
- ESCALERAS, Mónica & REGISTER, Charles.** «Fiscal decentralization and natural hazard risks», *Public Choice*. Vol. 151, 2010, pp. 165-183.
- ESTEVE PARDO, José.** *El desconocimiento del leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

- ESTEVE PARDO, José.** «De la policía administrativa a la gestión de riesgos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Vol. 119, 2003.
- FAGGIANI, Valentina.** *Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo*, Universidad de Granada, 2020.
- FAGUET, Jean-Paul & POSCHL, Caroline.** *Is decentralization good for development?*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- FAJARDO PEÑA, Santiago.** «La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado», *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Vol. 18, 2017, pp. 327-351.
- FALIZE, Marc.** *Livre blanc de la commande publique*, Association des Ache-teurs des Collectivités Territoriales, Paris, 2008.
- FARAZMAND, Ali.** *Fiscal decentralization reforms. The impact on the efficiency of local governments in central and eastern Europe*, Springer, Ginebra, 2020.
- FRANC, Michel.** «Traitement juridique du risque et principe de précaution», *European review of public law*, Vol. 15. N.º 1, 2003.
- GAILLARD, Jean Christophe.** «Vulnerability, capacity and resilience: perspectives for climate and development policy», *Journal of International Development*, Vol. 22, 2010, pp. 218-232.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás Ramón.** *Curso de Derecho Administrativo*. 14 ed., Arazandi, Madrid, 2008.
- GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos.** *Contratación Pública: el control de legalidad del acto administrativo de adjudicación. Tutela resarcitoria - tutela restitutoria. Una reforma necesaria.*, Ibáñez, Bogotá, 2018.
- GELLER DE PINTO, Irene,** *El cambio de paradigma de la atención de desastres a la gestión del riesgo*, Sapiens Research, 2012.
- GONOD, Pascal.** «Droit publique et risque: France», *Revue Européene de Droit Public*, 2012, Vol. 15. N.º 1.
- GOODSPEED, Thomas & HAUGHWOUT, Andrew,** «On the optimal design of disaster insurance in a federation», *Economic Government*. Vol. 13, 2012.
- GUSTIN, Joseph.** *Disaster recovery and planning: a guide for facility managers*, The Fairmont Press, Londres, 2013.
- GUÍO, E; URREA, N. & VILLA, A.,** *Responsabilidad fiscal subnacional y descentralización en Colombia: quince años de consolidación*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, 2014.

- GÓMEZ LEE, Iván Darío.** *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*, Legis, Bogotá, 2014.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo & MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto.** «La Comisión por Omisión en el ejercicio de la función administrativa con énfasis en la actividad contractual», en GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Lecciones de Derecho Disciplinario*, Vol. 2, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007.
- HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto.** *Objetivos inéditos de la categorización municipal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ISAZA SERRANO, Carlos Mario.** *Teoría General del Derecho Disciplinario: Aspectos históricos, sustanciales y procesales*. 2.ª ed. Temis, Bogotá, 2009.
- KREPS, Gary, LOVERGREN BOSWORTH, Susan.** «Organizational adaptation to disaster»., *Handbook of Disaster Research*, Springer, New York, 2007.
- LAGO MONTÚFAR, Agustín Miguel.** *El control de la contratación para desastres*, Pontificia Universidad Javeriana, 2022.
- LAGO MONTÚFAR, Agustín Miguel.** *La eficacia en la contratación estatal para desastres*, Universidad de Salamanca, 2022.
- LAVELL, Allan.** *Approaches to the constitution of risk indicators at different spatial or territorial scales and the major components of indicator systems-conceptual bases, risk construction processes and practical implications*. Universidad Nacional de Colombia, Manizales, 2003.
- LIU, Miao; SHEIPBOUWER, Eric & GIOVINAZZI, Sonia.** «Critical success factors for post-disaster infraestructura recovery», *CSFs for post-disaster infraestructure recovery*, Vol. 25. N.º 5., 2016, pp. 685-700.
- MALDONADO COPELLO, Alberto.** *Los límites de la descentralización territorial: el caso de Colombia*, Universidad Complutense de Madrid, 2012.
- MALDONADO NARVÁEZ, Marlon Iván.** «El control fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Universidad Nacional de Colombia Vol. 44. N. 120, 2014, pp. 125-152.
- MASURE, P.** *Variables and indicators of vulnerability and disaster risk for land use and urbano or territorial planning*. Universidad Nacional de Colombia, Manizales.
- MAYA VILLAZÓN, Edgardo.** «Responsabilidad Pública y Lucha Anticorrupción». *Responsabilidad y Lucha Anticorrupción*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2017, pp. 5-28.

- MEDINA, Teresa.** «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*. N.º 7832, 2010.
- MILESKI, Helio Saul.** *Transformación del Estado y nuevas exigencias del control de la corrupción: transparencia fiscal, control administrativo y control social*, Universidad de Salamanca, 2011.
- MILLÁN MORENO, E., et al.** «Economía y equidad en urgencias y emergencias». *Revista Sanitaria de Navarra*, 2018. Vol. 1, pp. 19-27.
- MIRA, Juan Carlos; MEZA, Ciro, & VEGA, Daniel.** *El control fiscal en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.
- MIRANZO DÍAZ, Javier.** *La prevención de la corrupción en la contratación pública*, Marcial Pons, Barcelona, 2019.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago.** *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Principios de constitucionalidad y legalidad*. 4 Ed. Agencia Estatal Boleín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro Tomas.** «Calidad de los servicios», *Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 5. N.1., 2003, pp. 19-32.
- OWUSU, Esther, ANTWI, James, and KENDIE, Stephen.** «Disaster risk management: the exercise of power, legitimacy and urgency in stakeholder role in Ghana». *International Journal of Environment and Climate Change*, pp. 17-33.
- PARRA PARRA, José Eusebio.** *El contrato de interventoría*. Temis, Bogotá, 1996.
- QUARANTELLI, Enrico.** «Origin and history of the international research committee on disasters». *International Journal of Mass Emergencies and Disasters*, 2009, 1-8.
- RABIN, Robert.** «Dealing with disasters: some thoughts on the adequacy of the legal system», *Stanford Law Review*. Vol. 30, n.º 2, 1978.
- RAMÓN, Virgilio Manuel.** «El control como función administrativa». *Revista de la Universidad de la Salle*, 1998, pp. 97-102.
- RASTROLLO SUÁREZ, Juan José.** *Contratación Pública y Compliance Ambiental*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2019.
- RINCÓN SALCEDO, Javier Gustavo.** «Del descontrol en la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia», *Universitas*, Vol. 125, 2012, pp. 319-337.
- RINCÓN SALCEDO, Javier Gustavo.** *La tercerización del control contractual: el contrato de interventoría*, Ibáñez, Bogotá, 2016.

- RIVERO ORTEGA, Ricardo.** «Gobernanza anticipatoria y proactividad administrativa: las virtudes de la descentralización». *Revista Vasca de Administración Pública*. 118, 2020, pp. 83-97.
- ROJAS FAJARDO, Paula.** *La gestión del riesgo en el ordenamiento jurídico colombiano*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2015.
- ROKKAN, Aksel and HAUGLAND, Sven.** «A transaction cost approach for public procurement». *Journal of Business & Industrial Marketing*, Vol. 2. N.º 37, 2022, pp. 34-352.
- SAWALHA, Ihab Hanna.** «A contemporary perspective on the disaster management cycle». *Foresight* 22.4 (2020): 469-82. Web.
- SHCHUKIN, O. M.,** «Control in the field of public procurement». *International Journal of Public Procurement*. Vol. 29.N. 7, 2014.
- SINGH, Amita et al.,** *Development and Disaster Management. A study of the northeastern states of India*, Palgrave MacMillan, Singapur, 2018.
- SOETANTO, Robby. et al.,** «Developing sustainable arrangements for proactive disaster risk financing in Java, Indonesia». *International Journal of Disaster Resilience in the Built Environment*. Vol. 11. N.º 3, 2020, pp. 435-451.
- SÁNCHEZ, Fabio. & ZENTENO, Janeth.** *Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional: el caso de Colombia*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2011.
- TRIM, Peter.** «An integrative approach to disaster management and planning». *Disaster prevention and management*, 2004, pp. 218-225.
- UNDRR.** *Regional assessment report on disaster risk in Latin America and the Caribbean*, Naciones Unidas, Panamá, 2021.
- WIESNER, Ben et al.,** *At risk: natural hazards, people's vulnerability and disasters*. 2 ed. Routledge, New York, 2004.
- WIESNER, Ben; GAILLARD, J. C. & KELMAN, Ilan.** *Handbook of hazards and disaster risk reduction*, Routledge, Londres, 2012.
- WIESNER, Luis Roberto.** *Desastre y Derecho: una aproximación al riesgo tecnológico*, Temis, Bogotá, 1991.
- ZAMBRANO CETINA, William.** «Instrumentos para prevenir la corrupción en la contratación estatal». En ZAMBRANO CETINA, William, Ed. *Retos de la Contratación Pública en Iberoamérica*. Vol. 1. Ibáñez, Bogotá, 2018.

CAPÍTULO VII

CIBERBLANQUEO DE CAPITALES: EL ESPECIAL CASO DE LOS ACTIVOS VIRTUALES *OLD WINE IN NEW BOTTLES?*

AYELÉN ANZOLA

Personal Investigador en Formación - Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG)
Universidad de Salamanca¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CIBERBLANQUEO DE CAPITALES EN EL CONTEXTO DE LOS CIBERDELITOS. 1. REFLEXIÓN INICIAL SOBRE LAS CONDUCTAS QUE CONFORMAN LA CATEGORÍA DE CIBERDELITO. 2. CLASIFICACIÓN DE LOS CIBERDELITOS. III. EL CIBERBLANQUEO DE CAPITALES EN PARTICULAR. 1. CONCEPTO E IMPACTO. 2. LOS ACTIVOS VIRTUALES Y SU IMPLICACIÓN EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La utilización del ciberespacio con la finalidad de blanquear capitales, más concretamente mediante activos virtuales, ha sembrado la duda sobre la inclusión de esta modalidad delictiva en el régimen existente en materia de prevención y represión de blanqueo de capitales e, inclusive, respecto a su pertenencia (o no) a la categoría de los llamados ciberdelitos. Las especiales

1 Becaria de Investigación USAL- Santander para estudiantes latinoamericanos - Universidad de Salamanca. Profesora Investigadora de Derecho Público - Universidad Nacional del Nordeste - Argentina.

características que ha adquirido el delito de blanqueo de capitales en estas nuevas manifestaciones demuestra la necesidad de poner en contexto a lo que llamaremos de aquí en adelante el «ciberblanqueo de capitales», desarrollando un breve análisis fenomenológico que destaque la especialidad de esta modalidad delictiva, sin perder de vista que tanto su prevención como su represión se produce normativamente junto a otras modalidades de blanqueo. En resumen, lo que intentaremos responder es: si el ciberblanqueo de capitales responde a un perfeccionamiento de la técnica de blanqueo de capitales o si, por el contrario, sería más apropiado su tratamiento como delito independiente de aquel.

II. El ciberblanqueo de capitales en el contexto de los ciberdelitos

1. Reflexión inicial sobre las conductas que conforman la categoría de ciberdelito

Junto a los numerosos beneficios que ha demostrado la consolidación de un sistema de comunicación global, se ha observado el aprovechamiento del ciberespacio con fines delictivos. En este ámbito las comunicaciones se traducen en un conjunto de órdenes enviadas a un dispositivo con capacidad para ejecutarlas en otro punto de la red. Es precisamente esa orden, en sus distintas modalidades criminales, lo que se ha analizado como una conducta humana desplegada en un «nuevo ámbito criminal», dando origen a lo que en doctrina se ha llamado Delito Informático o Cibercrimen.

En relación con la distinción² que se ha trazado entre ambos términos, es preciso recordar que, en España, el vocablo «delito informático» fue importado a finales de los años 80' del inglés *computer crime*, el cual se caracterizaba por la utilización de sistemas informáticos. Hoy en día, en el ordenamiento jurídico español se engloban en esta categoría numerosas conductas muy diversas

2 Se han pronunciado a favor de esta distinción: «Si bien la delincuencia informática entendida como el abuso de medios informáticos con fines delictivos existe desde hace medio siglo, (...) la ciberdelincuencia en sentido propio es un fenómeno relativamente reciente: en efecto éste surge solo con la rápida generalización del uso de internet en la vida cotidiana a lo largo de los años 90 del siglo pasado...» FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. *Et al. Blanqueo de Capitales y TIC: Marco Jurídico Nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas. Ciberlaundry. Informe de situación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 11. *Confr.* PASTORINI, Joselina. «Prevención y persecución de ciberdelitos: ¿un nuevo terreno para la inteligencia artificial?», *Alternativas al Sistema de Justicia Criminal Latinoamericano*, 2017, pp. 92-99. ABOSO, Gustavo. *Derecho Penal Cibernético. La cibercriminalidad y el Derecho Penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, Euros editores, Montevideo, 2017, p. 17. *Confr.* GUIBOURG, Ricardo. ALENDE, Jorge. CAMPANELLA, Elena. *Manual de informática jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 151 y 273. BARRIO ANDRÉS, M. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 36.

entre sí que únicamente guardan en común el hecho de que, en todas ellas, encontramos la presencia de todo o de alguna parte del ciberespacio.

Todo parece indicar que el delito informático en sus primeras manifestaciones evolucionó junto con el crecimiento de la curva tecnológica, por lo que no es extraño observar que delitos como el intrusismo informático, el sabotaje informático o el fraude informático cambiaran su metodología delictiva migrando hacia formas más popularizadas y menos tecnificadas³. Aún desde una perspectiva más técnica o estructural, la mencionada evolución tecnológica ha hecho muy difícil el desarrollo de una distinción clara entre lo que algunos autores entienden como cibernético e informático lo que, en suma, ha contribuido a desdibujar el límite pretendido entre los términos delito informático y ciberdelito.

Por otra parte, atendiendo a la propia metodología del Código Penal español, no existe en este ordenamiento jurídico un título específico de delitos informáticos ni se ordenan los delitos siguiendo cada uno de sus modos comisivos. Mas bien, las conductas se agrupan atendiendo al bien jurídico protegido, justificación más que suficiente para receptar de manera dispersa al delito informático o ciberdelito. Sin embargo, el tratamiento que han recibido en el Código Penal no obsta a que en ellos se configure un «ámbito de riesgo» que deriva de la expansión social de la tecnología informática, y que es «común a muchos bienes jurídicos»⁴.

2. Clasificación de los ciberdelitos

Clasificar el ciberdelito es tan complejo como definirlo y esto, en gran parte, se debe a la heterogeneidad de conductas que convergen en la misma categoría. Cabe resaltar que, a partir del año 2001, con la celebración del convenio de Budapest, se han ido construyendo esquemas de tipos penales basados en la exposición de delitos de este instrumento, lo que ha contribuido, de algún

3 *Confr.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. SAN JUAN GUILLEN, César. «Ciberdelincuentes y Cibervíctimas», *Derecho Penal Informático*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Dir.) DE LA MATA BARRANCO, Norberto (coord.), Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 101.

4 MIRÓ LLINARES, Fernando. *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 36, 39 a 41. El autor sugiere que los delitos ostentan un carácter polisémico puesto que pueden ser utilizados en sentido normativo o en sentido tipológico. Al respecto indica que la categoría «cibercrimen» es más útil como referencia a un ámbito de riesgo que incluye todos los comportamientos delictivos que utilicen la red. En un segundo momento, la tipología del cibercrimen puede ser contrastada con la categoría normativa a fin de «descubrir si los tipos penales dan o no una respuesta adecuada al problema criminológico del delito en el ciberespacio». Además, en relación con la cibercriminalidad, sostiene que ésta no tiene sentido normativo como ocurre con el cibercrimen, aunque considera correcta la utilización de cibercrimen y cibercriminalidad en sentido idéntico.

modo, a la adopción de una concepción restringida del delito informático. Aún en el año 2020, subsiste la influencia de esta enumeración (efectuada casi veinte años antes) en el «Estudio sobre la cibercriminalidad en España 2020». En el apartado 4.1 se expone la «evolución de hechos conocidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad durante la serie histórica 2016-2020» siguiendo la clasificación del convenio de Budapest y otras infracciones penales reguladas en la legislación interna, incluyendo los delitos que para su comisión hayan empleado las TIC según los registros disponibles en el sistema estadístico de criminalidad (SEC). Sin embargo, pese a que la modalidad delictiva que aquí analizamos se produce mediante la utilización de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, el ciberblanqueo de capitales no parece formar parte de lo que en este estudio se ha identificado como cibercriminalidad.

HECHOS CONOCIDOS	2016	2017	2018	2019	2020
ACCESO E INTERCEPTACIÓN ILÍCITA	3.243	3.150	3.384	4.004	4.653
AMENAZAS Y COACCIONES	12.036	11.812	12.800	12.782	14.066
CONTRA EL HONOR	1.546	1.561	1.448	1.422	1.550
CONTRA PROPIEDAD INDUST./INTELEC.	129	121	232	197	125
DELITOS SEXUALES(*)	1.231	1.392	1.581	1.774	1.783
FALSIFICACIÓN INFORMÁTICA	3.017	3.280	3.436	4.275	6.289
FRAUDE INFORMÁTICO	70.178	94.792	136.656	192.375	257.907
INTERFERENCIA DATOS Y EN SISTEMA	1.336	1.291	1.192	1.473	1.590
Total HECHOS CONOCIDOS	92.716	117.399	160.729	218.302	287.963

(*)Excluidas las agresiones sexuales con/sin penetración y los abusos sexuales con penetración

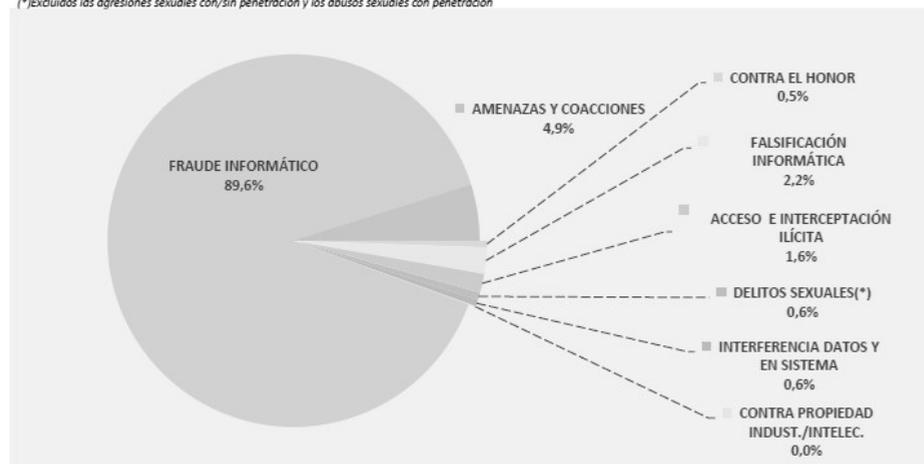


TABLA 1: Evolución global de la cibercriminalidad⁵

Como se podrá observar, en alguna medida, existe en España la tendencia a restringir el estudio del Delito informático a los delitos tipificados después

5 Nota: Evolución global de la cibercriminalidad según hechos conocidos, esclarecidos y detenciones/investigados desde el año 2016 a 2020. Fuente: Ministerio de Interior, Secretaría de Estado de Seguridad de España.

de las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta posición ha contribuido a excluir de esta categoría conductas encuadrables en el cibercrimen, entre las que encontramos al ciberblanqueo de capitales, a pesar de compartir con todos los delitos reconocidos la presencia del ciberespacio en el evento criminal. Naturalmente, la consecuencia de la medición parcial de la cibercriminalidad genera imprecisión sobre las «cifras reales» o representativas del estado de la situación⁶.

En el ámbito de la Unión Europea, desde el año 2007⁷, se ha optado por un criterio más amplio que surge de la relación entre el tipo penal y el papel de las Tecnologías de la Información y la comunicación. De esta forma, es posible identificar tres categorías de conductas: Las primeras son formas tradicionales de delincuencia que se materializan mediante la utilización de redes de comunicaciones; en segundo lugar, la publicación de contenidos ilegales; y, por último, los delitos específicos de las redes electrónicas.

Esta es la antesala de la posición adoptada por Miró Llinares años más tarde, quien efectuó un estudio general y muy completo de la fenomenología del cibercrimen atendiendo a la incidencia de las TIC en el comportamiento criminal. La importancia de la clasificación propuesta por este autor, si bien no es taxativa debido a que la constante evolución de las TIC podría originar nuevas conductas no incluidas, radica en que define categorías que hacen posible, por un lado, distinguir el cibercrimen en cada una de sus modalidades y, por el otro, percibir que la fenomenología en cada caso no es la misma.

Así las cosas, se distinguen tres modalidades de cibercrimen en función a la incidencia de las TIC en el evento criminal, esto es: a) cibercrímenes puros; b) cibercrímenes réplica; y c) cibercrímenes de contenido. Cada una de estas categorías, a su vez, se subclasifican atendiendo al contexto o ámbito en el que incide el delito y al propósito criminal de la actuación. De esta forma, es posible observar otras tres categorías transversales de cibercrimen, que son los económicos, sociales y políticos.

6 Una posible explicación de la adopción de este criterio, es el especial tratamiento de algunos delitos, entre los que destaco el blanqueo de capitales. En este caso, debido a la estructura que se ha construido en torno a su prevención y represión, sumado a que no todas las manifestaciones de este delito conforman la categoría de cibercrimen, se ha obstaculizado su representación en la estadística nacional.

7 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones: hacia una política general de la lucha contra la ciberdelincuencia», COM (2007) 267 final de 22 de mayo de 2007. [Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0267:FIN:ES:PDF>].

	Ciberataques puros	Ciberataques réplica	Ciberataques de contenido
Cibercrímenes económicos	<ul style="list-style-type: none"> • Hacking • Malware intrusivo • Malware destructivo • Ataques de insiders • Ataques DoS • Spam • Ciberocupación red • Antisocial networks 	<ul style="list-style-type: none"> • Cyberfraudes (phishing, pharming, scam, auction fraud...) • Cyberspyware (uso de sniffers y demás spyware, ciberespionaje de empresa) • Identify theft • Spoofing (DNS spoofing, ARP spoofing, IP spoofing, web spoofing) • Ciberblanqueo de capitales • Ciberextorsión • Ciberocupación 	<ul style="list-style-type: none"> • Distribución de pornografía infantil en Internet • Ciberpiratería intelectual
Cibercrímenes sociales		<ul style="list-style-type: none"> • Spoofing • Cyberstalking • Cyberbullying • Online harassment (Ciberamenazas, coacciones, injurias, etc.) • Sexting (y extorsión con imágenes de sexting) • Online grooming 	
Cibercrímenes Políticos	<ul style="list-style-type: none"> • Ataques DoS (cyberwar) • Ataques DoS (Cyberhacktivism) • Malware intrusivo 	<ul style="list-style-type: none"> • Ciberespionaje terrorista • Ciberguerra 	<ul style="list-style-type: none"> • Online hate speech • Ciberterrorismo (difusión de mensajes radicales con fines terroristas)

TABLA 2: Clasificación del cibercrimen⁸

En el marco de estos dos ejes clasificatorios, nos ocuparemos muy especialmente de aquel que toma en cuenta la relación entre las TIC y su incidencia en el comportamiento criminal, expresado en la tabla 2 en sentido vertical.

Adquieren la denominación de «cibercrímenes puros» todos aquellos delitos únicamente posibles en el ciberespacio. Este conjunto de conductas son las

8 Nota: Modalidades de cibercrimen elaborada por Miró Llinares. Fuente: Miró Llinares (2012) El cibercrimen, fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio, Madrid: Marcial Pons, p. 50.

típicamente relacionadas con la palabra cibercrimen ya que, en este esquema, las TIC son medio comisivo y el objetivo de tales ataques. El sujeto pasivo en estas figuras penales es el propietario del sistema informático afectado. Ejemplo de ello es el delito de intrusismo informático e interceptación de las comunicaciones tipificado en el art. 197 bis CP (más bien conocido por su vocablo en inglés Hacking).

El cibercrimen de contenido, en cambio, se caracteriza por que el contenido de la información que se introduce en la red de comunicación es lo prohibido. El medio utilizado no reviste necesariamente ilegalidad, como ocurre con el software malicioso⁹, por ejemplo. Un correo electrónico con un archivo adjunto no tiene por qué suponer, al menos en principio, la comisión de un delito. Ahora bien, si ese correo electrónico contiene material pornográfico infantil, la conducta es penalmente relevante de acuerdo al art. 189.1 CP. Nótese que, en estos ejemplos, el medio y la orden dirigida al ordenador no cambian, aunque, como indicábamos inicialmente, es el contenido del mensaje lo que por ley se prohíbe en el segundo supuesto y lo que, en definitiva, distingue entre las conductas lícitas y las delictivas.

Por último, en el cuadro de cibercrímenes existe otra categoría que comprende a aquellos delitos «tradicionales» que se cometían fuera del ciberespacio pero que, con la consolidación de las TIC, han ido evolucionando hacia nuevas modalidades comisivas, valiéndose de las ventajas que estas infraestructuras presentan en favor del crimen. En resumen, estas conductas son reflejo en el ciberespacio de las «tradicionalmente ejecutadas en el espacio físico»¹⁰. Lo que caracteriza al cibercrimen réplica es la utilización del ciberespacio como medio para desplegar la acción prohibida.

De acuerdo a la clasificación de los cibercrimes expuesta en la tabla 2, una primera aproximación al ciberblanqueo de capitales nos permite identificarlo en el conjunto de ciberataques réplica. Por lo tanto, la pertenencia del ciberblanqueo a esta categoría indica que estas conductas no son más que manifestaciones del tradicional delito de blanqueo de capitales tipificado en el art. 301 y ss.

III. El ciberblanqueo de capitales en particular

1. Concepto e impacto

Por definición, el ciberblanqueo de capitales es un proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal

9 Vid. GUTIÉRREZ MAYO, Escarlata. *Delitos informáticos paso a paso, análisis detallado de las conductas delictivas más comunes en el entorno informático*, Editorial Colex, A Coruña, 2021, p. 17.

10 ALMENAR PINEDA, Francisco. *Ciberdelincuencia*. Editorial Jeruá, Oporto, 2018, p. 43.

mediante la utilización de las TIC a fin de darles apariencia de licitud¹¹. Un reciente informe de Europol sobre el crimen basado en «criptomonedas», ha indicado que el blanqueo de capitales es el delito por excelencia en la asociación de criptomonedas y cibercrimen¹². Sin embargo, resulta muy complejo medir los volúmenes de dinero que se lavan a través de esta metodología. Ello se debe a que, cuando el delito precedente ocurre en línea, es más sencillo identificar las direcciones desde las que se envían o reciben estos activos. Sin embargo, cuando el delito precedente ocurre fuera de línea, gran parte de esas direcciones no son identificadas. Aun así, se ha llegado a la conclusión de que, durante el año 2021, de las direcciones calificadas como «provenientes de actividades delictivas en línea», se ha blanqueado en el mundo 8.6 mil millones de dólares, cifra que aumenta cada año significativamente si lo comparamos con los 3 mil millones blanqueados en 2018¹³.

A pesar de las especiales características que ha adquirido este delito en el ciberespacio, la descripción de la acción en el ilícito penal o administrativo no se modifica. Por lo tanto, el marco normativo que se ha establecido para el tratamiento de esta figura es el propio del blanqueo de capitales. Es decir, del conjunto de normas de lo regulan es posible señalar, principalmente, en su faz preventiva a la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo y, en su faz reactiva o represiva, el art. 301 y ss. del código penal español.

Como podemos imaginar, existe un universo amplísimo de conductas que encuadran en la definición de ciberblanqueo de capitales antes brindada. Entre ellas, ha adquirido gran popularidad la utilización de «muleros»¹⁴ y,

11 Elaborada a partir de la definición de blanqueo de capitales de Isidoro Blanco Cordero en su obra del año 2012, en ANZOLA, A. *Corrupción pública y ciberblanqueo de capitales: el nuevo rol de los activos virtuales*, Trabajo Final de Máster, Universidad de Salamanca, 2020.

12 EUROPOL. *Cryptocurrencies: tracing the evolution of criminal finances*, Europol Spotlight Report Series, Publications Office of the European Union, Luxemburg, 2021.

13 CHAINALYSIS. «The cryptocrime report», 2022. [Disponible en: <https://www.chainalysis.com/>] Fecha de consulta: 28/04/2022.

14 La concurrencia entre el phishing y el blanqueo de capitales, en alguna de sus modalidades, se produce mediante la receptación de personas a través de páginas web o correos electrónicos bajo la apariencia de un «contrato de trabajo» y que consiste en la apertura de cuentas bancarias a nombre del «trabajador», en la cual recibirá sumas de dinero que desde allí se enviarán a otras cuentas corrientes o se podrán en circulación de acuerdo a los intereses del «empleador» a cambio de un porcentaje de dinero. De esta forma, estos supuestos trabajadores operan como colaboradores del autor principal del delito. De ahí que reciban el nombre de mulas o muleros. Vid. MIRÓ LLINARES, Fernando. *El cibercrimen, fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 83. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. SANCHIS CRESPO, Carolina. *Delincuencia informática, tipos delictivos e investigación con Jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 118. ALMENAR PINEDA, Francisco. *Ciberdelincuencia*, Editorial Jeruá, Oporto, 2018, p. 48.

quizá, uno de los datos más interesantes de esta modalidad comisiva es su similitud con el *phishing* de contraseñas. El phishing es una modalidad de estafa informática tipificada en el art. 248.2 CP que consiste en la «pesca» de datos o claves que permiten el acceso a cuentas cuya titularidad pertenece a un tercero, causándole con ello un grave perjuicio o daño patrimonial¹⁵.

A pesar de que se ha identificado especialmente al ciberblanqueo con este conjunto de comportamientos, existen también otras modalidades delictivas que se sirven del ciberespacio para mover valores. Nos referimos concretamente al blanqueo de capitales mediante la utilización de activos virtuales, modalidad a la que haremos específicamente referencia en el presente trabajo, y de aquí en adelante, bajo la denominación «ciberblanqueo de capitales».

2. Los activos virtuales y su implicación en el delito de blanqueo de capitales

El delito de blanqueo de capitales fue originalmente concebido en referencia a un conjunto de bienes más restringido respecto al que conocemos en la actualidad. Solo con atender a nuestro entorno podemos observar que la irrupción del ciberespacio en la vida cotidiana de las personas ha favorecido la aparición de nuevos mercados digitales que, para poder operar en ellos, fueron abriendo camino a la progresiva (y cada vez más amplia) digitalización¹⁶ de bienes. Un ejemplo muy cercano y actual son los contratos de compra venta que se celebran en la web, donde se adquieren productos digitalizados que representan a otros con existencia física y los pagamos con dinero que no podemos percibir al tacto. No obstante este ejemplo, existen numerosos modelos de mercados digitales con sus propias particularidades

15 «Conformando el phishing un tipo de estafa, delito que requiere de los requisitos básicos de engaño bastante y error, causalidad entre hecho ilícito y el daño producido y la concurrencia de dolo y ánimo de lucro, se puede concluir que la conducta típica en la estafa mediante phishing es el engaño. Engaño que introduce error en la víctima que, además, cae en las manos del criminal ante su incapacidad de apreciar la falsedad de la que ha sido protagonista y, en consecuencia, incapaz de evitar el daño por el que se ha visto afectado». GUTIÉRREZ MAYO, E. *Delitos informáticos paso a paso, análisis detallado de las conductas delictivas más comunes en el entorno informático*, Editorial Colex, A Coruña, 2021, p. 43-44.

16 «Representación digital es una representación de algo en la forma de datos digitales —es decir datos informatizados que se representan mediante el uso de valores discretos (discontinuos) para incorporar información, en contraste con señales continuas o analógicas que se comportan de una manera continua o representan la información utilizando una función continua—. Un objeto físico (...) puede contener una representación digital de moneda virtual, pero en última instancia, la moneda sólo funciona como tal si está vinculada digitalmente, a través de Internet, al sistema de moneda virtual» GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA - FATF/GAFI. *Directrices para un enfoque basado en riesgo. Monedas virtuales*, París, 2015, p. 39.

y, en este caso, el que obtiene toda nuestra atención, es el que se ha construido en torno a los activos virtuales.

El bitcoin, que fue el primer activo virtual, introdujo dos conceptos tecnológicamente disruptivos que le brindaron operatividad. El primero de ellos fue la *blockchain*¹⁷ o cadena de bloques, creada a partir de dos recursos tecnológicos más antiguos: la criptografía¹⁸ y las redes entre iguales o *peer-to-peer*¹⁹; y, el segundo es la representación digital de valor, la cual se produce gracias a un proceso llamado *tokenización*²⁰. Este consiste en la introducción de bienes y servicios en el mundo informático representándolos mediante un código que ha recibido el nombre de *token*. En otras palabras, el token es un código alfanumérico²¹ que nos permite asociarlo a un valor, bien, derecho u obligación.

A partir del minado del primer bloque de bitcoin se comenzó a aplicar esta tecnología subyacente a todo tipo de servicios, objetos, derechos y obligaciones. Así fue que el token comenzó a adoptar diferentes funciones y, en paralelo a la tokenización de activos con existencia física, se produjo la creación de otros tokens digitales no vinculados a activos subyacentes como ocurría en el caso del bitcoin.

Cabe aclarar en esta línea de ideas que, si el código representa un objeto físico, afirmamos que el token se halla vinculado a un activo subyacente. Aunque, si su valor es intrínseco y se determina, por ejemplo, en función de la oferta y la demanda, tal y como ocurre en el caso del bitcoin, no estará vinculado a un activo subyacente y, desde su emisión, toda la operativa se producirá únicamente en el ciberespacio. A estos últimos se los ha llamado tokens nativos. En ambos casos, funcionan como una referencia que se inserta en la *blockchain* para ser objeto de futuras transacciones.

17 Es, simbólicamente y en palabras de Navarro Cardoso «un gran libro de contabilidad» en el que se asientan todas las operaciones. NAVARRO CARDOSO, Fernando. «Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21(14), 2019, p. 3-6. [Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>] Fecha de consulta: 20 de abril de 2022.

18 Sobre la criptografía como fuente alternativa de confianza: Vid. GARCÍA MEXÍA, Pablo. «Del ciberderecho al criptoderecho», *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, GARCÍA MEXÍA, Pablo. (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 75-133.

19 El elemento *peer-to-peer* hace referencia al modo en que se almacenan los datos. Suponen, en este contexto, la relación directa entre usuarios sin intermediarios.

20 CODES CALATRAVA, Alfonso. «Blockchain y regulación de valores», *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, GARCÍA MEXÍA, Pablo. (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 460.

21 «En un protocolo descentralizado, un token toma forma como una cadena alfanumérica (...) y representa un identificador en la base de datos descentralizada de consenso (...). Preuskschat en ISIDRO NÚÑEZ, Francisco. «Una visión de futuro», *Las Criptomonedas. Digitalización del dinero 2.0*, GUAITA MARTÍNEZ, José Manuel. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 115.

Por consiguiente, los activos virtuales son representaciones digitales de valor que consisten en códigos alfanuméricos introducidos en un registro distribuido, blockchain o cadena de bloques. Asimismo, estos pueden ser representaciones de otros bienes con existencia física, o bien, existir únicamente en el ciberespacio.

En relación a la metodología empleada para blanquear mediante estos bienes, es preciso indicar que la complejidad y diversidad de operaciones que se han producido con los activos virtuales ha generado una casuística muy difícil de abordar. Por este motivo, incluir a todas las posibles manifestaciones de este delito en un estudio breve, como el que nos ocupa, no es siquiera una posibilidad. No obstante, resulta necesario efectuar algunas precisiones relativas al funcionamiento de los activos virtuales y a ciertos riesgos que conlleva esta actividad desde la perspectiva del blanqueo de capitales.

Para ello, seguiremos el extensamente conocido modelo de análisis de las etapas de blanqueo de capitales²² del Grupo de Acción Financiera Internacional FATF/GAFI. De acuerdo con este organismo internacional, el blanqueo es un proceso que conforma tres fases o etapas: a) colocación o *placement*; b) conversión, ensombrecimiento o *layering*; y c) integración o *integration*. Como se verá, en la metodología delictiva que aquí analizamos, cada una de ellas puede no presentarse en exclusividad puesto que en determinados casos podrían superponerse.

De manera inicial, cabe destacar que todas las operaciones con activos virtuales se producen desde y hacia carteras virtuales. Estas también han adquirido el nombre de *wallets* o billeteras virtuales²³ y están compuestas por dos claves o llaves: una pública que funciona como una dirección o correo electrónico de público conocimiento; y otra privada que hace a las veces de firma. Esta última es secreta y sirve para validar las operaciones

22 Si bien existen muchos otros modelos, tales como el naturalista de Zünd, el modelo circular del Departamento del Tesoro de Estados Unidos, el modelo teleológico de Ackerman y el modelo de dos fases de Bernasconi entre otros, lo cierto es que el modelo en tres fases adoptado por el FATF/GAFI ha sido el que en mayor medida han seguido los autores referentes en la materia. Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *el delito de blanqueo de capitales*, p. 37 a 45. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 60 y ss. BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales, un análisis jurídico económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 122 a 128. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*, Editorial Colex, Madrid, 1998, pp. 109 a 157.

23 «Los usuarios necesitan una billetera o wallet en donde almacenan las criptomonedas y desde donde también conducen las transacciones, que crea la dirección BTC (como si fuera una dirección de correo electrónico o una cuenta bancaria) y mantiene una pieza de información secreta que se denomina "llave privada". Esta llave es, como ya dije, la que se utiliza para perfeccionar la transacción, como si fuera una "firma", confirmando así que las BTC provienen del propietario de la wallet desde donde se efectúa la operación». LINARES, María Belén. «Criptomonedas y lavado de activos», *Alternativas al sistema de justicia penal latinoamericano*, FIGUEROA, Francisco. SAAD-DINIZ, Eduardo (dirs.), Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019.

que se ejecutan desde la cartera virtual. Por lo tanto, es requerida cada vez que se lleva adelante una transacción. A su vez, estas pueden encontrarse autoalojadas, en cuyo caso el usuario guarda ambas claves, o bien, estar custodiada por un tercero que ofrece servicios con activos virtuales²⁴, los cuales pueden consistir en la salvaguarda de claves, intercambio de activos virtuales o conversión en moneda de curso legal, entre otros.

La adquisición de la *wallet* en cualquiera de las modalidades antes mencionada coloca al usuario en condición de comenzar a operar adquiriendo activos virtuales. Su obtención puede producirse como consecuencia de múltiples actividades, alguna de ellas vinculadas estrechamente al régimen financiero tradicional y otras totalmente al margen. Las más frecuentes son: como comisión por trabajo de minería (cuestión que por razón de brevedad pasaré por alto), mediante la participación en una actividad específica como, por ejemplo, en una encuesta donde se recibe a cambio un número determinado de monedas virtuales; o bien, mediante el negocio jurídico de compra-venta utilizando como medio de pago o intercambio²⁵ moneda fiat²⁶ u otras monedas virtuales.

La celebración de contratos de compra-venta en este esquema merece especial mención de cara a la colocación, o primera etapa de blanqueo. Esta fase del proceso consiste en el desplazamiento físico de grandes sumas de dinero en metálico del lugar de comisión del delito hacia otros donde sea posible ocultar su origen delictivo, a lo cual debemos añadir que, en gran parte de los casos, la colocación converge con la conversión o ensombrecimiento. Mediante estas transacciones o intercambios, al mismo tiempo que se oculta el origen delictivo de los bienes, se elimina el rastro que conduce al delito que origina tales ganancias.

24 Mención aparte merece la clasificación de billeteras virtuales según estén autoalojadas o custodiadas. Vid. PASCUA MATEO, Fabio. «criptomonedas», *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*, GARCÍA MEXÍA, Pablo (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 363 a 410. ANZOLA, Ayelén. «La ejecución de las resoluciones de decomiso de activos virtuales en España», *Revista general de derecho procesal*, 57, 2022, p. 9.

25 En la Unión Europea y, particularmente, en España, los activos virtuales no tienen consideración legal de moneda, por lo tanto, únicamente se aceptan como medio de intercambio. Directiva 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, transpuesta en España mediante Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, por la que se modifica la Ley 10/2010 sobre prevención de blanqueo de capitales.

26 Dinero fiat es aquel que carece de respaldo o de valor intrínseco ya que «es creado o emitido por una autoridad central en la medida que ésta ostenta la capacidad legal para hacerlo». ISIDRO NÚÑEZ, Francisco. «Una visión de futuro», *Las Criptomonedas. Digitalización del dinero 2.0*, GUAITA MARTÍNEZ, José Manuel. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 33-38.

En particular, existen tres mecanismos de conversión de dinero fiat a activos virtuales, a los cuales consideramos principalmente riesgosos, a saber: a. la compra de activos virtuales mediante la utilización de cajeros ATM; b. la compra de tarjetas de prepago, de juego o de cualquier otro tipo en un centro comercial para convertirlas en línea por activos virtuales; c. mediante el intercambio de dinero en efectivo por activos virtuales ejecutado en persona entre dos sujetos que se encuentran en un punto geográfico determinado.

Más allá de las particularidades de cada uno de estos sistemas de operación, lo que destaca es que, una vez adquiridos los activos virtuales cuya apariencia es lícita, la adquisición de otros bienes como un inmueble, obras de arte, otros activos virtuales o su conversión nuevamente a dinero con curso legal es, en verdad, muy sencilla debido a las facilidades que ofrece este mercado digital global. De esta forma se produce la última de las tres fases de blanqueo: la integración, mediante la introducción a la economía legal de bienes (activos virtuales en el caso) que ya cuentan con apariencia de licitud y no son rastreables, al menos en principio. Todo ello permite llevar adelante distintas transacciones mediante las cuales se reinvierten los bienes del delito prácticamente sin posibilidad de distinguirlos respecto a aquellos de procedencia absolutamente lícita.

De todo lo anterior, podemos colegir que el ciberblanqueo de capitales es un reflejo del tradicional delito de blanqueo de capitales por lo que no resulta extraño hallar identidad desde el punto de vista normativo entre estas dos figuras. Por lo tanto, el ciberblanqueo de capitales es una figura receptada tanto en el art. 301 y ss. del CP como en la ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención y represión de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo. Como conclusión, y en respuesta a la pregunta *¿es este un supuesto de old wine in new bottles?* Debemos responder afirmativamente. No es más que vino añejo en botella nueva.

IV. Conclusiones

La consolidación del ciberespacio como sistema de comunicación global ha propiciado su aprovechamiento con fines delictivos. En este sentido, el conjunto de ordenes enviadas a un dispositivo con capacidad para ejecutarlas en otro punto de la red se ha analizado en doctrina como conductas humanas desplegadas en un nuevo ámbito criminal dando origen a lo que se ha denominado cibercrimen.

En alguna medida, existe en España la tendencia a restringir el estudio del delito informático a una serie de delitos tipificados después de las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta posición ha contribuido a excluir de esta categoría al ciberblanqueo de capitales,

a pesar de compartir con los delitos incluidos la presencia del ciberespacio en el evento criminal.

De acuerdo a la clasificación efectuada por Miró Llinares, el ciberblanqueo de capitales es un ciberdelito réplica y, por lo tanto, una conducta que responde a una nueva modalidad comisiva del tradicional delito de blanqueo de capitales tipificado en el art. 301 y ss. del Código Penal. Por definición, es un proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal mediante la utilización de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación a fin de darles apariencia de licitud.

Entre las numerosas conductas encuadrables en el ciberblanqueo de capitales, encontramos a aquellas que utilizan a los activos virtuales como objetos con valor real para adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes con origen delictivo. Así las cosas, esta nueva metodología delictiva favorece la colocación, conversión y posterior integración de los bienes del delito al mercado legal prácticamente sin rastro ni posibilidad de distinguirlo de otros bienes lícitos.

En conclusión, el ciberblanqueo de capitales es una figura receptada tanto en el art. 301 y ss. del Código Penal como en la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención y represión de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

V. Bibliografía

ABOSO, Gustavo. *Derecho Penal Cibernético. La cibercriminalidad y el Derecho Penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, Euros editores, Montevideo, 2017.

ALMENAR PINEDA, Francisco. *Ciberdelincuencia*. Editorial Jeruá, Oporto, 2018.

ANZOLA, Ayelén. *Corrupción pública y ciberblanqueo de capitales: el nuevo rol de los activos virtuales*, Trabajo Final de Máster, Universidad de Salamanca, 2020.

ANZOLA, Ayelén. «La ejecución de las resoluciones de decomiso de activos virtuales en España», *Revista general de derecho procesal*, 57, 2022.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales, un análisis jurídico económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

- BLANCO CORDERO, Isidoro.** *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- CHAINALYSIS.** «The cryptoccrime report», 2022. [Disponible en: <https://www.chainalysis.com/>] Fecha de consulta: 28/04/2022.
- CODES CALATRAVA, Alfonso.** «Blockchain y regulación de valores», *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, GARCÍA MEXÍA, Pablo. (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. SAN JUAN GUILLEN, César.** «Ciberdelincuentes y Cibervíctimas», *Derecho Penal Informático*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Dir.) DE LA MATA BARRANCO, Norberto (coord.), Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- EUROPOL.** *Cryptocurrencies: tracing the evolution of criminal finances*, Europol Spotlight Report Series, Publications Office of the European Union, Luxemburg, 2021.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo.** *El delito de blanqueo de capitales*, Editorial Colex, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. PÉREZ LOPEZ, Xesus. BREZO FERNÁNDEZ, Félix. RUBIO VIÑUELA, Yaiza. GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. CORNAGO BARATECH, Juan. SALAS CLAVER, Gonzalo. RUBIO BLANCO, José Antonio. BLANCO NAVARRO, José María. LLANEZA GONZÁLEZ, María.** *Blanqueo de Capitales y TIC: Marco Jurídico Nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas. Cyberlaundry. Informe de situación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo.** «Del ciberderecho al criptoderecho», *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, GARCÍA MEXÍA, Pablo. (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA - FATF/GAFI.** *Directrices para un enfoque basado en riesgo. Monedas virtuales*, París, 2015.
- GUIBOURG, Ricardo. ALENDE, Jorge. CAMPANELLA, Elena.** *Manual de informática jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- GUTIÉRREZ MAYO, Escarlata.** *Delitos informáticos paso a paso, análisis detallado de las conductas delictivas más comunes en el entorno informático*, Editorial Colex, A Coruña, 2021.
- ISIDRO NÚÑEZ, Francisco.** «Una visión de futuro», *Las Criptomonedas. Digitalización del dinero 2.0*, GUAITA MARTÍNEZ, José Manuel. Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- LINARES, María Belén.** «Criptomonedas y lavado de activos», *Alternativas al sistema de justicia penal latinoamericano*, FIGUEROA, Francisco.

SAAD-DINIZ, Eduardo (dirs.), Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019.

MIRÓ LLINARES, Fernando. *El ciberdelito. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. «Criptomonedas (en especial, bitc0in) y blanqueo de dinero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21(14), 2019. [Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>] Fecha de consulta: 20 de abril de 2022.

PASCUA MATEO, Fabio. «criptomonedas», *Criptoderecho. La regulación de Blockchain*, GARCÍA MEXÍA, Pablo (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

PASTORINI, Joselina. «Prevención y persecución de ciberdelitos: ¿un nuevo terreno para la inteligencia artificial?», *Alternativas al Sistema de Justicia Criminal Latinoamericano*, 2017.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. SANCHIS CRESPO, Carolina. *Delincuencia informática, tipos delictivos e investigación con Jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 118. ALMENAR PINEDA, Francisco. *Ciberdelincuencia*, Editorial Jeruá, Oporto, 2018.

CAPÍTULO VIII

EL PAPEL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

JUAN CAMILO BARBOSA JAIMES

Docente Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás - Sede Bucaramanga. Magíster en Análisis Económico del Derecho y de las Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ABORDAJE CONCEPTUAL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 1. FUNCIONAMIENTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. III. DEBATE CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. IV. APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. 1. CONSTITUCIONALIDAD DE LA IA. EL CASO HOLANDÉS, 2. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN FRANCIA, 3. SISTEMA DE ALERTA RÁPIDA —SALER—: EL CASO ESPAÑOL. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Hablar de la intromisión de la tecnología en el mundo legal y en la Administración pública en el siglo XXI no es una novedad, y es que con la aparición del internet y tecnologías disruptivas como el *blockchain* se abre la posibilidad de la automatización y el intercambio de datos que cimientan el paradigma de la cuarta revolución industrial, marcada por la robótica, la

computación cuántica, el internet de las cosas, la nanotecnología, el Fintech y la inteligencia artificial¹, entre muchas otras tendencias.

En este contexto la Inteligencia Artificial (IA) ha tomado un papel importante y vanguardista, no solo por su carácter innovador, sino también por su capacidad integradora, pese a la dificultad que presupone su abordaje conceptual. Al tenor de lo anterior, se resaltan 4 características o capacidades especiales que le dan a la IA una posición preponderante y una oportunidad de mejora para los mercados y los gobiernos; estas son el *learning*, *reasoning*, *problem solving* y *process big data*, las cuales están siendo actualmente utilizadas por administraciones públicas como posibilidad de alerta temprana de casos de corrupción desde una perspectiva de la prevención más allá de los procesos de sanción, al tenor de lo dispuesto en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (también conocido como Convenio Anticohecho), expedido por la OCDE en 1997, el Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción (UNCAC) de 2003 y de manera más reciente en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Es por ello, que el presente artículo busca analizar el funcionamiento de la IA desde su infraestructura de diseño tecnológico y como esta aporta las bases teóricas de la discusión jurídica en torno a la viabilidad de la aplicación de dichas tecnologías en los distintos procedimientos legales, especialmente los encaminados a prevenir y combatir la corrupción. Para alcanzar el objetivo anterior se expondrán tres casos de aplicación de sistemas de IA en la prevención y lucha contra la corrupción por parte de países miembros de la Unión Europea.

II. Abordaje conceptual de la inteligencia artificial

Tal y como lo señala el Comité Económico y Social Europeo «no existe una definición establecida y unánimemente aceptada de la IA. La IA es un concepto que engloba muchas otras (sub)áreas como la informática cognitiva (cognitive computing: algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior —humano—), el aprendizaje automático (*machine learning*: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la inteligencia aumentada (*augmented intelligence*: colaboración entre humanos y máquinas) o la robótica con IA (IA integrada en robots)»². En este sentido abordar la com-

1 SCHWAB, K. (14 de enero de 2016). «The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond». Obtenido de *World Economic Forum*: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>

2 COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. (31 de agosto de 2017). *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad»*. Diario Oficial de la Unión Europea C 288/1.

presión semántica y conceptual del área de estudio representa *prima facie* un reto para quienes nos acercamos a ella, en cuanto se debe partir de su comprensión conceptual, teórica y su entendimiento práctico.

Como primer acercamiento al abordaje conceptual de la IA, partimos de lo expuesto por la Real Academia de la Lengua Española, que la define como aquella «disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico»³. Por su parte John McCarthy informático y cofundadores del Laboratorio de Inteligencia Artificial del MIT (Instituto Tecnológico de Massachusetts) a quien se le atribuye el termino, desde 1956, año en el que se celebró la primera conferencia sobre el tema, la define como «la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes»⁴. No obstante, muchos estudiosos sobre el tema reconocen, que si bien, el concepto se debe a McCarthy, el interés como objeto de estudio y por ello denominado por muchos como el padre de esta disciplina, corresponde al matemático Alan Turing mediante la creación de la prueba Turing, que se popularizó con la publicación de su artículo «maquinaria informática e inteligencia» en el año 1950.

El test o prueba de Turing, busca demostrar la capacidad de una máquina de simular el razonamiento cognitivo de los seres humanos y evaluar hasta que punta se es capaz de llegar en esta simulación. Siguiendo los pasos del test, en primer lugar «se designa la persona que hará el papel de interrogador y se coloca a la segunda persona y a la maquina fuera del campo visual del interrogador; a continuación, se escoge un nombre en código para designar, respectivamente a la maquina y a la persona que la acompaña (por ejemplo, X e Y) y se comunican estos nombres al interrogador, sin revelar quien es X y quienes Y; en una última etapa se pide al interrogador que haga preguntas tanto a X como a Y. Estas preguntas, con las respuestas correspondientes se transmiten por un terminal de ordenador y si, en base a las respuestas recibidas el examinador es incapaz de determinar quién es X y quién es Y, se considera que la maquina es inteligente»⁵.

Como se puede evidenciar han pasado 72 años desde que se introdujo el concepto de IA como objeto de estudio de la ciencia informática, es por ello que existe el debate sobre su denominación como nueva tecnología, en cuanto ha superado los 50 años de estudio. No obstante, no quiere decir ello, que la IA ella dejado de ser una tecnología disruptiva o innovadora, en tanto a

3 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. «Diccionario de la lengua española», 01 de 06 de 2022 [<https://dle.rae.es/inteligencia?m=form#2DxmhCT>].

4 HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M. (junio de 2019). «inteligencia artificial y derecho penal». *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (10), 792-843.

5 LÓPEZ DE MÁNTARAS, R. «Reflexiones sobre la inteligencia artificial». *Arbor*, 126(496), 131., 1987. Disponible en: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/reflexiones-sobre-la-inteligencia-artificial/docview/1301389719/se-2?accountid=17252>

la fecha siguen descubriéndose nuevos campos de aplicación y posibilidades de mejora de procesos, como es el caso de sus recientes usos en la administración de justicia y más recientemente en la lucha contra la corrupción y la evasión fiscal.

Sin ánimo de ser exhaustivos, conviene apuntar no solo el concepto de IA, resumida como «la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano»⁶, sino también sus dos grandes objetivos, por un lado, probar las capacidades cognitivas humanas; y, por el otro reproducir los mecanismos humanos⁷, siendo este último objetivo el más interesante para la aplicación en el campo de los procesos y procedimientos llevados a cabo por las administraciones públicas, en tanto representan una oportunidad de disminución de costes en su labor y aumento de la eficiencia, tras la consecución de sus objetivos misionales.

En este orden de ideas, la IA es el resultado de una combinación de números, presentados a modo de algoritmos de programación, que, de manera organizada, generan reglas definidas ordenadas y finitas que permiten solucionar problemas, procesar datos y en términos generales llevar a cabo tareas y actividades. Es por ello que, los algoritmos en el proceso de programación representan el cerebro de la máquina, el origen de su inteligencia, de ahí que su estructura de nodos se semeje cada vez a la estructura de una red neuronal.

1. Funcionamiento de la inteligencia artificial

Si partimos de la comprensión de la IA como un algoritmo basado en el funcionamiento de una red neuronal y sin pretender abordar el trasfondo matemático e informático de la programación del sistema, nos centraremos en su diseño a partir de la estructura neuronal. Las neuronas, son células muy especializadas que hacen parte del sistema nervioso, encargadas de recibir, procesar y transferir información mediante procesos químicos y señales eléctricas. «Las neuronas están compuestas de un cuerpo celular o soma, que alberga el núcleo y el citoplasma circundante, y dos tipos de prolongaciones citoplasmáticas: las dendritas y un único cilindro eje o axón»⁸.

Partiendo desde las dendritas, estas son las responsables de la entrada de información a la neurona, es decir la recolección y recopilación de *inputs*, los cuales serán almacenados y organizados en el soma o cuerpo celular

6 ROUHIAINEN, L., *Inteligencia Artificial, 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*. Barcelona. Planeta S. A., 2018.

7 BOURCIER, D., *Inteligencia artificial y derecho*, 1.ª ed., UOC, Barcelona, 2003, p. 70.

8 LAFARGA COSCOJUELA, M. Á., *Biología celular de las neuronas y de la sinapsis*. Santander, Universidad de Cantabria, 1994.

para posteriormente ser transferidos mediante el axón a modo de impulso nervioso al centro superior o terminal nervioso, lo que se traducirá en un *output*, es decir una respuesta a la información ingresada.

Para entender esto de una mejor manera, dividimos el funcionamiento neuronal en dos, por un lado un sistema de respuesta automático o primario en el cual ante determinados *inputs* encontramos *outputs* preestablecidos, estos hacen referencia a impulsos naturales y primarios o aquellas respuestas interiorizadas por el ser humano que ya no requieren de raciocinio por parte de este, *ergo*, cuando el ser humano expone su mano directamente al fuego, la respuesta inmediata del cerebro será retirar la misma, sin comprender o dimensionar, los procesos físicos y químicos que responden a la necesidad de hacer esto. Por otro lado, encontramos un sistema complejo, en el cual el cerebro requiere de la interconexión neuronal, la información existente, la experiencia, ciertos sesgos en la conducta, entre otros factores, para generar una respuesta ante un estímulo o input determinado, un ejemplo de ello, es el razonamiento cuantitativo que requiere del proceso reflexivo del cerebro para abordar un problema que en primera instancia no se responde a modo reflejo o de manera automática.

En este orden de ideas, mientras en el primer sistema conocemos el *input* y por tanto el *output*, en el segundo sistema se conoce el *input*, pero se desconoce el *output*, en cuento este último estará determinado por el proceso cognitivo que se realice, el cual, puede variar dependiendo en gran medida del sujeto que recibe la información. A modo de ejemplo, mientras un matemático y un bachiller pueden responder de la misma manera a necesidades fisiológicas o a estímulos que provocan dolor, al cuestionárseles por un problema que requiere el pensamiento cuantitativo la respuesta será tan amplia entre ellos partiendo de su conocimiento del objeto de estudio y así entre más sujetos se interroguen, mayor profundidad y divergencia en las respuestas podemos encontrar, como se puede observar al abordar al analizar la serie de Grandi; frente a una misma ecuación de sumas y restas existen diferentes posibles soluciones que penden del método de solución adoptado.

En este mismo sentido podemos entender el funcionamiento de la IA, como sistemas de respuesta automática o sistemas que requieren de raciocinamientos profundos. Al primero nos referiremos como sistema de IA débil, o de especialidad dedicada y al segundo como sistema fuerte o experto en todo⁹. En este orden de ideas, mientras el primero se dedica a recibir *inputs*, identificarlos, organizarlos y dar una respuesta preestablecida por los programadores del sistema, sabiendo que ante la entrada de un *input* A, siempre se dará una respuesta o *output* A, en el sistema fuerte la maquina

9 DELGADO MARTÍN, J., (19 de enero de 2021). «Plan de choque de la justicia. Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia». España: *Diario La Ley*, 2021.

tiene la capacidad de aprender de situaciones pasadas, más allá de lo previamente enseñado y programado, logrando así simular el razonamiento humano complejo y no limitándose a la respuesta automática de variables, es por tanto que conjuga muchas variables para llegar a una sola respuesta.

El sistema débil de IA o técnicamente mediante perceptrón (neurona artificial capaz de reconocer patrones de manera similar a los procesos de percepción humana)¹⁰ simple, fue introducido por Frank Rosenblatt en 1958. Se trata de un modelo simplificado de redes neuronales artificiales que cuentan con una sola capa y por tanto una única salida, lo que no quiere decir que los sistemas débiles no se puedan conjugar y comunicar, generando una sola inteligencia con múltiples sistemas simples que producen múltiples respuestas, pero en todo caso limitadas a la cantidad de outputs preestablecidos. Este sistema se basa en un aprendizaje supervisado, es decir, se presenta a «la red un conjunto de patrones de entrada junto con la salida deseada»¹¹ teniendo en todo caso la posibilidad de corregir o modificar los patrones entre la salida real y la salida deseada para que sean la misma. Por tanto, el diseñador del sistema tiene el control total de las respuestas dadas por la IA.

Por su parte el sistema fuerte de IA o mediante perceptrón multicapa reúne en un mismo sistema diferentes salidas u outputs, reconociendo la posibilidad de N cantidad de *inputs* posibles, para lo cual es necesario la introducción de capas ocultas que se comuniquen entre ellas para cruzar variables y dar una respuesta tras el procesamiento de los *inputs*. «El objetivo que se busca con este tipo de red es el mismo, establecer una correspondencia entre un conjunto de entrada y un conjunto de salidas»¹², pero sin control de la respuesta deseada, frente a la respuesta real, puesto que la capa oculta se escapa del control del programador, quien podrá ajustar los *outputs*, pero no interferir en el procesamiento que lleva la máquina para transformar el *input* en la respuesta dada.

En este sentido la gran diferencia que nos atañe en este trabajo se centra en la caja negra existente a la hora de razonar las respuestas dadas por la máquina, luego de determinados *inputs*. Haciendo un símil con una red neuronal humana, en el sistema de una sola capa, podemos controlar la transmisión de la información en el axón, es decir el proceso entre las dendritas y la salida, mientras en el sistema de perceptrón multicapa no.

10 ROSENBLATT, F., *The Perceptron, a Perceiving and Recognizing Automaton Project*. Cornell Aeronautical Laboratory, Ithaca, 1957.

11 MORERA MUNT, A., *Introducción a los modelos de redes neuronales artificiales. El Perceptrón simple y multicapa*. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018.

12 MORERA MUNT, 2018. *Op. Cit.*

III. Debate constitucional en torno a la aplicación de la inteligencia artificial

Comprendido el alcance conceptual y el funcionamiento desde la teoría de la IA, surgen distintas preguntas principalmente en torno a su aplicación en el mundo empresarial, la vida cotidiana, pero en especial en las administraciones públicas, siendo estas últimas, el objeto de estudio del presente trabajo. Estas, al pretender la aplicación del uso de las TICs en el marco de sus procesos de transformación digital tendientes a mejorar el rendimiento y alcance de su objeto misional, se enfrentan al reto de identificar los procesos y oportunidades de mejora mediante el uso de soluciones tecnológicas, propender por el interés general¹³ y salvaguardar los derechos fundamentales de los intervinientes y beneficiarios en las funciones públicas.

Para ello se ha apostado por la adaptación de soluciones tecnológicas a funciones públicas a cargo del Estado como lo es el uso de la IA, como tecnología flexible y resiliente de solución de problemas; es por ello que sin pretender abordar el estudio de los procesos de regulación de la IA en el mundo, los costes y beneficios de su implementación y en general su marco normativo, el derecho constitucional, desde la perspectiva garantista de los derechos humanos tiene importantes interpelaciones hacia el uso de esta tecnología.

Como lo hemos visto, la aplicación de la IA en soluciones prácticas adaptadas a funciones públicas tendientes a la lucha contra la corrupción por parte de autoridades y en general para toda actividad realizada por las tres ramas del poder público, pueden ser abordadas desde dos sistemas algorítmicos, bien sea mediante perceptrón simple o multicapa, atendiendo a la necesidad puntual que se busca satisfacer. En este sentido dependiendo del sistema que se aplique será el abordaje constitucional¹⁴.

Frente a la aplicación del perceptrón simple, no hay mucho que apuntar, en cuanto este coincide con la regulación normal de la tecnología utilizada desde antaño; en este sentido, el derecho constitucional no se interesa por el funcionamiento del algoritmo es decir el ¿cómo?, si no centra el debate en el ¿para qué? de la tecnología. Dicho de otra manera cuando el debate constitucional gira en torno de la viabilidad jurídica de la IA mediante sistema de perceptrón simple, se propenderá por analizar su uso, no su fun-

13 LANCETA, J., «A vueltas con la sociedad de la información: La transformación digital como “innovación posible” para España». *Boletín Económico de ICE*. <https://doi.org/10.32796/bice.2019.3108.6759>

14 DELGADO MARTÍN, J., «¿Qué inteligencia artificial para qué derecho?» *Conferencia de inauguración, XI Fórum de Expertos y Jóvenes Investigadores en Derecho y Nuevas Tecnologías*, Salamanca, 2012.

cionamiento, en cuanto la maquina se esta limitando a repetir funciones dadas por el programador, dicho esto, la actividad de la maquina no es otra que la repetición de actividades que hubiesen sido de la misma calidad que la del hombre, con los beneficios eso sí, que representa el uso de la tecnología como la reducción de costes al mediano y largo plazo¹⁵.

Por otro lado, el uso de sistemas de perceptrón multicapa abre un nuevo debate, esta vez sí, en torno del funcionamiento del sistema, en cuanto no hay un control pleno sobre los factores que determinan el cruce de variables que llevan a una respuesta, lo que supone entonces la deshumanización de los procesos jurídicos y legales en los cuales se aplica esta herramienta, siendo esta una de las principales críticas realizadas a la IA. Aunado a lo anterior «si se utiliza un sistema de inteligencia artificial para la interacción con personas en el contexto de servicios públicos, especialmente en el ámbito de la justicia, el usuario debe tener todas las garantías posibles, de modo que aquellos sobre los que hayan tomado una decisión, por parte de una autoridad pública que esté informada única o significativamente por la salida de un sistema de IA, deben ser notificados y recibir la información adecuada»¹⁶. Por ello, la existencia de cajas negras en la toma de decisiones se presenta como una situación contraria a derecho en cuanto viola los principios generales de igualdad, imparcialidad, transparencia, debido proceso, privacidad y entre otros que se pueden evidenciar en cada caso en concreto, en la medida que los sistemas de IA expertos en todo, de aprendizaje automático y en general de perceptrón multicapa, no permiten conocer la motivación de las resoluciones judiciales y/o administrativas, aumentando la asimetría de la información existente entre la administración responsable de la toma de la decisión y administrados que actúan como sujeto procesal en la toma de la decisión encomendado a la IA, razón por la cual se invalida su aplicación en estas esferas.

Si bien el sistema de IA experto en todo es el más novedoso, útil e incluso avanzado en materia de tecnología, su aplicación desborda los pilares de acción y representa un riesgo para las garantías fundamentales de los involucrados en estos procesos, en la medida que este sistema de aprendizaje no solo reconoce y aprende el razonamiento objetivo, si no también circunstancias indeseables a la hora de actuar en derecho, como lo son la heurística del juicio y sesgos como la discriminación y la xenofobia, entre otros.

15 ARROYO, C. L., «Constitución, Derechos Fundamentales, Inteligencia Artificial y Algoritmos». *THEMIS Revista de Derecho*, 2021. Web. 79, 37-50. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.002>

16 CASTELLANOS CLARAMUNT, & MONTERO CARO, M. D., «Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales». *Ius Et Scientia*, 2021. 6(2), 72-82.

IV. Aplicación de la inteligencia artificial en la lucha contra la corrupción

Tal y como lo afirman Capdeferro y Ponce «El sector público está empezando a incorporar herramientas basadas en inteligencia artificial, entre las que debemos destacar las destinadas a la lucha contra la corrupción y el fraude como una de las actividades de las administraciones más proclives al uso de herramientas basadas en inteligencia artificial»¹⁷, en tanto la IA se presenta como una solución en pro de las mejoras competitivas de los servicios y la reducción de costes a mediano y corto plazo, lo que representa múltiples beneficios tanto a prestadores de servicios como a usuarios de los servicios públicos en el caso de la aplicación por parte de los gobiernos. No obstante, podemos dividir sus funciones y beneficios en dos grandes campos, que responden al tipo de diseño del algoritmo. El primero como proceso de automatización de labores, principalmente mediante algoritmos de percepción simple y el segundo como proceso inteligente de respuestas, siendo este último el más novedoso y el que más se suele acercar al concepto popularizado de IA, en cuanto integra mecanismos de aprendizaje automático¹⁸, lo que veremos a continuación con tres ejemplos prácticos analizados desde la perspectiva legal.

1. Constitucionalidad de la IA: el caso holandés

Un primer acercamiento del uso de la IA en pro de la lucha contra la corrupción, lo encontramos en Holanda con el Sistema de Indicación de Riesgos (SyRi), proyectado como «un instrumento legal y tecnológico para detectar diversas formas de fraude, incluidos beneficios sociales, subsidios y fraude fiscal»¹⁹. Para ello SyRi genera informes de riesgos que le permiten determinar si una persona natural o jurídica «se considera digna de ser investigada con respecto a un posible fraude, uso ilegal e incumplimiento de la legislación»²⁰.

17 VILLAGRASA, O. C., & SOLÉ, J. P., «Nudging e inteligencia artificial contra la corrupción en el sector público: Posibilidades y riesgos». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2022. Web. 28, 225-258.

18 GALIPIENSO, María Isabel & otros (2003). *Inteligencia artificial: modelos, técnicas y áreas de aplicación*. Editorial paraninfo, Madrid. 2003.

19 COTINO HUESCO, L., «Hacia la transparencia 4.0, el uso de la inteligencia artificial y big data para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales». *Repensando la Administración pública. Administración digital e innovación pública*, 2021. P. 169-196.

20 MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES Y EMPLEO. (18 de diciembre de 2001). *Ley de estructura de la organización del trabajo y los ingresos* (SUWI). La Haya.

En este caso de estudio, tras múltiples denuncias ciudadanas el asunto llega a conocimiento del Alto Tribunal de la Haya el cual analiza la constitucionalidad del sistema a la luz Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y el Convención Europea de Derechos Humanos, declarando inconstitucional el uso del sistema mediante sentencia del 5 de febrero de 2020, por no cumplir el deber de «responsabilidad especial cuando aplican nuevas tecnologías»²¹ que implica una carga especial a la Administración pública al usar estos nuevos sistemas en los cuales debe ser muy detallado y preciso, lo que en un principio se hizo, pero al plantearse SyRi presuntamente como un sistema experto en todo, la administración ya no tenía claridad de todos los datos que estaba procesando y el perfilamiento que llevaba a cabo. Por tanto, SyRi estaba generando perfiles de riesgos, pero la administración ya no era capaz de distinguir cuales eran las razones objetivas de ese perfilamiento, justamente por la existencia de la caja negra existente, entre los *inputs* y los *outputs*. La administración no obstante argumento que se trataba simplemente de un perfil de riesgos y el proceso de juzgamiento era realizado por funcionarios, lo cual no logró convencer al Alto Tribunal, quien recordemos, declaro su inconstitucionalidad.

Este histórico fallo constitucional, emitido por el Alto Tribunal de La Haya se convierte en la primera sentencia europea en declarar la ilegalidad de un algoritmo partiendo de la premisa del no cumplimiento del equilibrio justo entre el interés general y la violación a la vida privada. Es válido resaltar que, si bien se estudia la estructura del algoritmo, ante el vacío normativo existente el tribunal fallo basado en normas de protección de datos, tras la no identificación plena de todos los datos y el procesamiento que estaba siendo dado por el sistema.

2. La constitucionalidad de la inteligencia artificial en Francia

Es de especial interés la Decisión 2019-796 DC del 27 de diciembre, expedida por el Consejo Constitucional Francés, mediante la cual se analizaba la constitucionalidad de la ley de finanzas para el año 2020. Mediante esta ley se permite por un período de tres años, a las administraciones tributaria y aduanera «utilizar medios informáticos y automatizados para recopilar y utilizar el contenido accesible en los sitios web de los operadores de plataformas que conectan a varias partes con miras a la venta de un bien, suministro, servicio o intercambio de bienes o servicios. Así pues, le permiten, por un lado, recopilar de manera indiferenciada grandes volúmenes de datos, relacionados con un gran número de personas, publicados en dichos sitios; y, por otro lado, utilizar estos datos, agregándolos y haciendo verificaciones

21 C-09-550982-HA ZA 18-388 (Rechtbank Den Haag 05 de 02 de 2020).

cruzadas y correlaciones entre ellos»²² esto debido a la masificación de las transacciones mediante el uso de plataformas digitales. Es decir, el sistema de IA propuesto en esta ley genera una huella de transacciones electrónicas de las personas generando un informe que será contrastado por la administración tributaria y aduanera.

En este caso, el sistema francés pretende combatir actos de corrupción relacionados con la evasión fiscal, el cual es uno de los temas neurálgicos y de mayor avance tecnológico en la actualidad. En este sentido el tribunal constitucional declara la legalidad de la ley bajo el supuesto que sea un sistema de inteligencia artificial de Perceptrón simple, es decir se limite a la recolección de datos específicos y que sean de conocimiento de los ciudadanos, por tanto, el sistema solo podrá recolectar, almacenar y organizar los datos, no generar juicios valorativos sobre los mismos y debe estar bajo la total supervisión de personas en cada uno de sus procedimientos y etapas, permitiéndose la auditoría interna y externa del algoritmo, e incluso la modificación de sus patrones y variables, es decir la utilización de IA mediante perceptrón simple.

3. Sistema de alerta rápida —SALER—: el caso español.

Finalmente concluimos con el Sistema de Alerta Rápida —SALER—, de la Generalitat Valenciana, el cual ha sido introducido por la Inspección General de Servicios, organismo interno de control en la Administración de la Generalitat y sus funciones están definidas por la ley 22 del 6 de noviembre de 2018, quien en su artículo 17 describe el sistema como un «conjunto de herramientas cuya interacción permite la detección de posibles irregularidades y malas prácticas administrativas, con carácter preventivo, a partir del análisis de la información obtenida y de la evaluación de factores de riesgo que potencialmente pudieran originarlas»²³.

A diferencia del caso holandés, SALER utiliza Perceptrón simple y tiene bien delimitados los inputs y los criterios de alertas como lo son ser adjudicatario en procesos de selección recurrente, colusión en un procedimiento de licitación, conflictos de intereses, falsedad en documentos, fraccionamiento de proveedores, entre otros. Para esto es indispensable el uso de plataformas electrónicas de contratación estatal, situación que se ha acelerado a raíz de la pandemia del covid-19 migrando de escenarios físicos a espacios digitales.

22 L'Assemblée nationale et le Sénat. (28 de décembre de 2019). LOI 2019-1479. finances pour 2020. Paris, Francia.

23 Generalitat, d'Inspecció General de Serveis i del sistema d'alertes per a la prevenció de males pràctiques en l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic instrumental. (6 de noviembre de 2018). Ley 22. Valencia, España.

No obstante, tal como lo resalta el catedrático en derecho constitucional Cotino Hueso a la «fecha no se ha iniciado ninguna actuación de investigación de irregularidades como consecuencia de análisis de datos efectuado en el sistema de alertas, aunque el sistema sí que se ha utilizado para obtener datos de utilidad con la finalidad de comprobar su funcionamiento mediante un análisis sobre contratos menores o para una actuación ordinaria sobre gestión de ayudas y subvenciones»²⁴, por tal motivo, aún no hay datos suficientes que logren evidenciar los impactos de SALER en la prevención de la corrupción en Valencia.

V. Conclusiones

La transformación digital como proceso de mejora continua en el siglo XXI representa el reto de identificación y mapeo de proceso tendientes a ser mejorados mediante el uso de las tecnologías disponibles. Entre estas, se resalta la IA, utilizada en la actualidad por gobiernos y mercados para la automatización de labores y la resolución de cuestiones que requieren principalmente del procesamiento de datos presentados en forma de variables.

El uso de estas tecnologías disponibles en fases de desarrollo y constante evolución, no solo representan una oportunidad de mejora y competitividad para las personas, si no un reto para los reguladores de estas, quienes se enfrentan a un mundo hasta hace poco desconocido por el derecho. En este sentido, los reguladores tienen la tarea de estudiar la IA, no solo desde la visión jurídica de la misma, si no también desde su génesis, es decir partir desde la base primigenia de su funcionamiento, respondiéndose preguntas claves, tales como ¿Qué tecnología es? ¿Cómo funciona? ¿para que funciona? ¿Quién maneja la tecnología?, entre muchas otras preguntas que pueden surgir en el campo del derecho y la ética, entre muchos otros.

En este orden de ideas y tal como se ha advertido con el análisis de fallos en instancias judiciales, siendo los jueces los más cercanos a la realidad en constante cambio. La IA debe responder a criterios éticos y legales de responsabilidad en el uso y tratamiento de datos, de manera tal que el análisis del funcionamiento de una IA, parta desde el diseño del algoritmo como sistema experto en todo o dedicado, lo que conduce a la responsabilidad en el manejo del algoritmo. Con lo anterior se advierte la discusión en torno al reconocimiento de personalidad jurídica y derechos subjetivos de máquinas e inteligencias artificiales, lo que representaría un nuevo entendimiento de la teoría de la personalidad y la responsabilidad.

24 COTINO HUESCO, L., 2021 *Op. Cit.* «Hacia la transparencia 4.0, el uso de la inteligencia artificial y big data para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales».

Por lo anterior el estado del arte actual nos permite concluir que el uso de la IA principalmente por gobiernos se debe limitar a los procesos de automatización de labores y no desligar la persona humana de las tareas que implican toma de decisiones, es decir, al estudiar el uso de estas tecnologías se debe propender por la aplicación de perceptrones simples que permitan el total control de ingreso, tratamiento y salida de datos.

Finalmente, la IA diseñada mediante algoritmo de perceptrón simple se ajusta a los estándares jurídicos internacionalmente reconocidos de protección de datos y demás derechos fundamentales de los usuarios y es una oportunidad imprescindible de mejora en la lucha contra la corrupción por parte de autoridades públicas en la medida que mejora la capacidad de respuesta ante señales de alerta y disminuye los costes de su vigilancia por medio de la automatización de labores.

VI. Bibliografía

- ARROYO, C. L.**, «Constitución, Derechos Fundamentales, Inteligencia Artificial y Algoritmos». *THEMIS Revista de Derecho*, 2021. Web. 79, 37-50. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.002>
- BOURCIER, D.**, *Inteligencia artificial y derecho*, 1.ª ed., UOC, Barcelona, 2003, p. 70.
- COTINO HUESCO, L.**, «Hacia la transparencia 4.0, el uso de la inteligencia artificial y big data para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales». en *Repensando la Administración digital y la innovación pública*, 2021. P. 169-196.
- CASTELLANOS CLARAMUNT & MONTERO CARO, M. D.**, «Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales». *Ius Et Scientia*, 2021. 6(2), 72-82.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO**. (31 de agosto de 2017). *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad»*. Diario Oficial de la Unión Europea C 288/1.
- DELGADO MARTÍN, J.** «¿Qué inteligencia artificial para qué derecho?», *Conferencia de inauguración, XI Fórum de Expertos y Jóvenes Investigadores en Derecho y Nuevas Tecnologías*, Salamanca, 2012.
- DELGADO MARTÍN, J.** (19 de enero de 2021). «Plan de choque de la justicia. Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia». *Diario La Ley*, 2021.

- GALIPIENSO, M. I. Y OTROS** (2003). *Inteligencia artificial: modelos, técnicas y áreas de aplicación*. Editorial paraninfo, Madrid. 2003.
- HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M.** (junio de 2019). «Inteligencia artificial y derecho penal». *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (10), 792-843.
- MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES Y EMPLEO.** (18 de diciembre de 2001). *Ley de estructura de la organización del trabajo y los ingresos (SUWI)*. La Haya.
- LAFARGA COSCOJUELA, M. A.,** *Biología celular de las neuronas y de la sinapsis*. Santander, Universidad de Cantabria, 1994.
- LANCETA, J. A.,** «Avueltas con la sociedad de la información: La transformación digital como “innovación posible” para España». *Boletín Económico de ICE*. <https://doi.org/10.32796/bice.2019.3108.6759>
- LÓPEZ DE MÁNTARAS, R.,** «Reflexiones sobre la inteligencia artificial», *Arbor*, 126(496), 131., 1987. Disponible en: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/reflexiones-sobre-la-inteligencia-artificial/docview/1301389719/se-2?accountid=17252>
- MORERA MUNT, A.,** *Introducción a los modelos de redes neuronales artificiales. El Perceptrón simple y multicapa*. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018.
- ROUHIAINEN, L.,** *Inteligencia Artificial, 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*. Barcelona. Planeta S. A., 2018.
- ROSENBLATT, F.,** *The Perceptron, a Perceiving and Recognizing Automaton Project*. Cornell Aeronautical Laboratory, Ithaca, 1957.
- SCHWAB, K.** (14 de enero de 2016). «The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond». Obtenido de *World Economic Forum*: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>
- VILLAGRASA, O. C., & SOLÉ, J. P.,** «Nudging e inteligencia artificial contra la corrupción en el sector público: Posibilidades y riesgos». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2022. Web. 28, 225-258.

CAPÍTULO IX

LA CAPTURA DEL SUPERVISOR: ENTRE LA DISCRECIONALIDAD Y LA CORRUPCIÓN

CAMILO ERNESTO OJEDA AMAYA

Magíster en Análisis Económico del Derecho y de las Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DIAGNÓSTICO Y SEÑALES DE UN SUPERVISOR CAPTURADO. III. PRETENSIONES DE LA CAPTURA. 1. UN VENENO LLAMADO «DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA», 2. EL COSTE DE LA LEGALIDAD Y LAS ASIMETRÍAS DE INFORMACIÓN. IV. MEDIDAS, PROVOCACIONES E INCENTIVOS PARA AFRONTAR LA CAPTURA DEL SUPERVISOR. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

En los Estados liberales modernos se optó preferiblemente por el establecimiento de modelos económicos basados en la regulación y supervisión de las actividades económicas ejercidas por particulares, en lugar de la adopción del enfoque tradicionalmente público de la prestación directa de servicios o de la producción industrial por parte de agentes públicos.

Como consecuencia, los profundos cambios estructurales de la política económica en el último siglo provocaron que el Estado dejara de ser el principal oferente de ciertos mercados para ocupar el lugar de director de la economía. Tal perspectiva la ampararon los ordenamientos constitucionales en Occidente.

Las reformas que introdujeron los derechos humanos en la normativa vinieron de la mano del concepto de garantismo aludiendo a la eficacia y

efectividad de la organización estatal, incluyendo a la regulación como metodología en las instituciones procurando por una mejor calidad regulatoria y abogando por la legitimidad de las decisiones públicas¹.

Al respecto, el papel económico del Estado ha evolucionado al punto de la existencia de economías mixtas en los países occidentales como expresan STIGLITZ Y ROSERNGARD² pues, la mayoría de las actividades económicas son realizadas por parte de los privados, no obstante, la participación del sector público en aquellas es influyente a través de la regulación, los impuestos y las subvenciones, entre otras formas de intervención.

Sin embargo, los grandes desastres económicos que vivió el mundo a principios del siglo XX demostraron que la libre iniciativa privada no era una escapatoria sencilla frente al poder gubernamental y de la pérdida de eficiencia, cuando precisamente existía un llamamiento a los poderes públicos para injerir en la vida económica con el objetivo de procurar evitar la ocurrencia de fenómenos que afectaran negativamente la vida de los ciudadanos como el desempleo, la inseguridad, inflación, entre otros.

Es decir, dada la existencia de fallos de mercado y ante la incapacidad de asegurar medidas de equidad a *motu proprio*, la interacción entre autoridades, empresarios y consumidores o usuarios requiere de decisiones públicas y privadas sobre el cumplimiento de las reglas de juego de las operaciones económicas en el entendido de propósitos ulteriores para la sociedad en su conjunto.

Inclusive, TIROLE³ menciona que la complejidad existente por la relación existente de esas interacciones con la incertidumbre y las asimetrías de información, requieren de reflexiones para resolver los mecanismos que faciliten la competencia y la regulación. Lo precedente no impide que el Estado participe intensamente en una economía de mercado de muchas maneras, pero se destaca principalmente las acciones que este adelanta como regulador y supervisor agudo en determinadas industrias.

Las motivaciones de la intervención estatal cada vez se detallan precisamente para visibilizar la aplicación de normas constitucionales en las actividades privadas y su regulación, pero también, se materializa el viejo espejismo democrático de la primacía del interés general sobre el particular.

En ese sentido, en sectores regulados como los tradicionales servicios públicos de interés económico general como el suministro de energía, el

1 ROLDÁN X., José. *La ordenación constitucional de la economía*. Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2018, pp. 27-32.

2 STIGLITZ, Joseph, & ROSERNGARD, Jay, *La Economía del Sector Público*, 4 edición, Antoni Bosch, Barcelona, 2016, pp. 34-41.

3 TIROLE, Jean. *La economía del bien común*, Penguin Random House, Madrid, 2017, pp. 379-381.

agua potable y el saneamiento, el transporte, el mercado de la tierra o las telecomunicaciones, se convierten en mecanismos para garantizar la protección de bienes jurídicos y derechos fundamentales constitucionalmente establecidos a través de los mecanismos de regulación y supervisión por parte de la Administración.

Lo anterior no obsta la importancia de los principios y reglas constitucionales relacionados con el régimen económico de los Estados y, por el contrario, destaca el concepto de Constitución Económica y sus implicaciones frente a la dirección y gestión de los agentes públicos y privados en la economía del país.

II. Diagnóstico y señales de un supervisor capturado

Ante la complejidad creciente de las relaciones económicas, la tecnología, la mundialización del comercio y la lucha de los poderes, hacen que las autoridades deban intervenir para establecer reglas para proteger intereses, haciendo que el Estado se convierta en un supervisor indispensable. Este enfoque de las actividades estatales se dirigió en asumir un papel de estrategia de la economía, tras el desaparecimiento de la planificación y la influencia de las políticas monetarias y presupuestales de los gobiernos occidentales, tal como lo expresa CHAVELLIER⁴.

En ese sentido, orgánicamente los Estados modernos derivan desde una acepción constitucional la labor del poder Legislativo en tareas fundamentales para la regulación y supervisión de la economía; no obstante, el Ejecutivo es el principal encargado de la intervención, dada la emisión de detalladas instrucciones que le comprometen a través de la potestad reglamentaria.

Lo anterior conlleva a la verificación del cumplimiento de la normativa que sea expedida por el competente una vez se encuentre vigente hacia los administrados. Estas funciones se instituyen para afrontar los problemas de inobservancia del ordenamiento jurídico que, tal como menciona FERNÁNDEZ RAMOS⁵, poseen un carácter estructural y responde a la necesidad de contar con potestades administrativas y técnicas de control preventivo de forma eficaz.

Al respecto, esa postura activa del Estado frente a la regulación y su acatamiento ha supuesto la creación de instituciones especializadas en el desarrollo de las funciones de supervisión, inspección, vigilancia y control. Tal

4 CHAVELLIER, Jacques. *El Estado Posmoderno*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2011, pp. 103 -114.

5 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*. Comares, Granada, 2002, pp. 9-13.

como se destacó, el Ejecutivo y específicamente la Administración, es la encargada de desarrollar esta labor supervisora, puesto que las normas que mayormente son aplicadas y supervisadas provienen de ella.

Según lo precedente, esas autoridades administrativas encargadas de la supervisión se encuentran sometida a los naturales ciclos de los gobiernos y lo que ello supone en asuntos políticos, sociales y financieros, aspectos determinantes para el desarrollo de las funciones públicas en una sociedad cada vez más conectada y exigente de servicios de calidad.

Así las cosas, dependiendo de la estructura del Estado, existirán entidades descentralizadas y especializadas como el caso de Colombia a través de las Superintendencias, organizaciones que cuentan con autonomía administrativa y financiera pero que dependen políticamente de un Ministerio nacional con el cual interactúan con frecuencia. Estas órdenes se imparten desde el centro administrativo del país con pocas excepciones de presencia en las regiones; sin embargo, existe una interesante participación de los particulares en todo el desarrollo de los procedimientos e instrumentos de supervisión.

Estas instituciones en el marco de sus funciones y gestión permanente tienen intercambios de información con las empresas supervisadas mediante la observación de comportamientos, la solicitud de información sobre el desarrollo de las actividades, pero también acerca del sujeto privado y su operación. Estas acciones incluyen el acceso a información reservada del público y los demás competidores siempre con la finalidad supuesta de proteger bienes jurídicos e intereses públicos⁶.

Con ocasión de las dinámicas antes mencionadas, se pone de presente la noción de la captura del regulador incorporada por George J. STIGLER haciendo referencia a la utilización del poder coercitivo de una industria o por políticos contra el poder público con la finalidad de alcanzar determinados beneficios. La captura originada en las intenciones políticas, se desarrolla habitualmente a través de acciones de populismo y politiquería⁷.

No obstante, este concepto también es aplicable a las autoridades que ejercen labores de supervisión puesto se encuentran expuestos a las mismas causas, al converger intereses privados y públicos en las diligencias estatales de vigilancia, inspección y control.

En ocasión a lo anterior, en estos escenarios se presentan circunstancias que se encuentran respaldadas por la normativa o, por el contrario, existirán fenómenos de corrupción tal como lo afirma BOEHM⁸, pues la captura no equivale siempre a un acto de ilegalidad, de ilicitud.

6 *Ut Supra*.

7 BOEHM, Frédéric. «Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos», *Revista de Economía Institucional*, Vol. 7, n.º 13, 2005, pp. 245-263

8 *Ut Supra*. p. 248.

Lo anterior se debe a que el regulador o supervisor puede cometer actos de corrupción, incluyendo la comisión de delitos, con el fin de aumentar las rentas de las empresas interesadas, o a través de la utilización de actividades establecidas en el ordenamiento jurídico, tal como lo ha destacado la teoría de la elección pública.

Los motivos de la captura son variados, pero podrían destacarse los sentimientos de simpatía, tal como lo mencionó SMITH⁹, ante la mutualidad propia de dicha situación, así como otros factores son las afinidades políticas¹⁰, la ideología filosófica o la gestión de grupos de presión organizados como los lobbies, quienes querrán obtener ciertos beneficios o evitar costes en la operación de sus representados. Para los corruptos, estos beneficios privados incluyen estatus, dinero, bienes o poder para él o para terceros como familiares o aliados¹¹.

Pero ¿qué es lo que pretende realmente la empresa o empresas que encuentran en la autoridad de supervisión un mecanismo para obtener beneficios? Las respuestas dependerán del momento electoral, incluyendo los grados de competencia que el mercado posea en el respectivo sector, entre otros factores a considerar.

III. Pretensiones de la captura

La supervisión posee los caracteres de ser unilateral, externa, restrictiva, técnica, inmediata, singular y transitoria, reglada e instrumental¹², haciendo que se presenten como principales instrumentos de las autoridades de control, aquellos que garanticen un ajuste de los comportamientos de unos sujetos obligados a las reglas que la regulación que rige la actividad económica vigilada, que, podría incluir la necesidad de contar con un título habilitante para explotar el negocio específico¹³.

Así las cosas, las prácticas de los supervisores que pretenderá el sujeto que captura tendrán principalmente dos sentidos particularmente contrarios: uno dirigido hacia él mismo y otro encaminado a sus demás competidores del mercado que se encuentra bajo las medidas de vigilancia, inspección y

9 SMITH, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2004, pp. 31-49.

10 SEGURA, Julio. «Introducción: los organismos supervisores independientes en economías avanzadas». *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, SEGURA, Julio (coord.), Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, p. 24.

11 BOEHM, Frédéric. «Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos», *op. cit.*, p. 249.

12 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección*. *op. cit.*, pp. 52-61.

13 *Ibid.*, p. 12.

control de la Administración. Ambas medidas podrían tomarse a través de actos de corrupción o no, pues los límites de estas dependerán de circunstancias ligadas a la tipicidad y la utilización de instrumentos legales como se verá más adelante.

Por lo tanto, quien captura pretenderá que las acciones de supervisión sean deliberadamente omisivas con su operación empresarial y de esta manera, no le practique visitas de inspección, ni le exija la presentación de información de forma periódica y permanente, u ocasional y particular y finalmente, que los procedimientos administrativos no concluyan en la imposición de sanciones de ningún tipo o que las mismas no tengan un peso económico y reputacional relevante.

Este último asunto es de especial interés porque la capacidad de castigar conductas efectuadas por las empresas es el ejercicio de la potestad sancionadora y el *ius puniendi* a cargo de la Administración. Este posee reglas en su aplicación y consiste, principalmente, en el adelantamiento de un proceso que finalizaría con la imposición de multas u otras medidas y las competencias para hacer cumplir dichas decisiones.

En ese sentido, el supervisor capturado aplicará medidas sancionadoras contra los directos e interesados competidores del individuo beneficiado a través de multas confiscatorias, suspensiones y cancelaciones de las habilitaciones o autorizaciones o simplemente ordene su cierre definitivo.

Por lo tanto, los efectos de esas multas administrativas en el mercado cumplirán con aspectos disuasorios, ejemplarizantes y restitutivos, como destaca SÁNCHEZ¹⁴. Así, desde una perspectiva del análisis económico, la sanción óptima a imponerse deberá ser superior al beneficio que obtuvo el posible sancionado por la comisión de una conducta ilícita y esta, a su vez, se encuentra sometida a la probabilidad de efectivamente ser castigado. Con base en ese aspecto, el Legislador puede establecer criterios basados en los ingresos del negocio en el último ejercicio fiscal como base de la imposición de las sanciones.

No obstante, estas medidas pretendidas contra terceros partícipes del mercado no siempre serán sancionadoras, pues también se constituirán instrumentos administrativos como el requerimiento excesivo de información o la imposición de trámites adicionales innecesarios, significando una imposibilidad de adelantar la gestión cotidiana del negocio, esto es, que se obstaculice la actividad económica sin acudir a la proporcionalidad de las actuaciones administrativas como límite al ejercicio de la intervención estatal.

14 SÁNCHEZ, Pilar. «Defensa de la competencia y diseño institucional». *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, SEGURA, Julio (coord.), Centro de Estudios Ramón Arce, Madrid, p. 72-73.

Pero ¿qué permite que eso sea así? ¿qué facilita que el supervisor sea capturado? inicialmente es necesario destacar que las autoridades deciden cuándo, dónde y cómo se ejercen las potestades administrativas, incluyendo aquellas de supervisión y control, lo que se traduce en un ejercicio de discrecionalidad administrativa necesaria en el Estado Social y Democrático de Derecho¹⁵ representando desafíos contradictorios en la moralidad pública, pero también existen asimetrías de información y el coste intrínseco del cumplimiento de la regulación a tener en cuenta.

1. Un veneno llamado «discrecionalidad administrativa»

La variabilidad de la voluntad de los funcionarios públicos constituye un misterio y reto para la democracia. Una autoridad envenenada de buenas o malas intenciones puede a través de la discrecionalidad, cometer actos de corrupción basados en su intención, en las posibles competencias y facultades que la normativa le concede, pero también, la interpretación de las normas es un instrumento discrecional que ofrece ventajas para la captura del supervisor.

Al respecto, existen discusiones relativas a la discrecionalidad administrativa, como menciona BACIGALUPO¹⁶, observándola como un fenómeno restringido a las consecuencias derivadas del ejercicio de potestades señaladas en normas jurídicas adoptadas esencialmente de forma facultativa. También podrá derivarse de la existencia de efectos jurídicos previsibles y alternativos que hagan que las acciones de la Administración no sean predeterminadas normativamente, es decir, supuestos de hecho variables basados en una norma establecida.

Entonces, valga la pena destacar la definición que aporta MAGIDE HERRERO sobre la discrecionalidad como una remisión parcial del Legislativo a la Administración dentro de los límites constitucionales previstos con el fin de determinar el interés general mediante la ponderación de intereses particulares y colectivos¹⁷.

Así, la labor de supervisión de la Administración, como se destacó, es discrecional puesto que la norma rara vez detalla la utilización de instrumentos concretos y tampoco limitará en exceso las capacidades de las autoridades con un esfuerzo de reglamentación a su devenir, es decir, al fin

15 RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado Vigilante*. Tecnos, Madrid, 2000, p. 100.

16 BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 29.

17 MAGIDE H., Mariano. *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, pp. 251-255.

y al cabo, es el supervisor el que optará por definir sus propias herramientas y cómo las utilizará en determinado mercado, por lo que hace que estas se encuentren sujetas a desvíos y sesgos en su aplicación.

A pesar de que parte de la doctrina aluda a que las actividades de inspección y control, otrora llamadas de policía administrativa, no se consideren altamente discrecionales¹⁸, es evidente que la mayor parte de las disposiciones jurídicas relativas a la supervisión se encuentran en normas administrativas modificables e interpretables más allá de los criterios generalistas del trabajo legislativo.

Inclusive, dada la dimensión de este asunto, CASSAGNE destaca a la discrecionalidad como centro de toda problemática que surge en el Derecho Administrativo¹⁹. Por lo tanto, frente a las autoridades de supervisión, el uso del lenguaje del derecho y la interpretación de las normas jurídicas, se encuentran con escenarios caracterizados por la vaguedad, ambigüedad y textura abierta de las normas, existiendo, entonces, zonas de certeza e incertidumbre sobre la aplicación del derecho.

También, dada la imposibilidad del legislador de regular la totalidad de las conductas de la Administración y los administrados, la discrecionalidad se encontrará con normas incompletas o la ausencia de pronunciamientos sobre un asunto, es decir, vacíos normativos²⁰ que conservan las torpezas e inmoralidades de los agentes públicos.

Por lo anterior, la discrecionalidad es una de las causas de la existencia de la captura del supervisor porque le facilita la toma de decisiones dirigidas artificialmente en un sentido u otro frente a sus potestades con ocasión a la interpretación de las normas. Empero, en razón a la cláusula general de competencia, los funcionarios soportarán habitualmente su voluntad a través de un acto administrativo fundamentado en una norma.

En conclusión, la discrecionalidad administrativa es el principal sustento para la toma de decisiones de los supervisores basadas en determinadas normas según la interpretación del funcionario. Sin embargo, estas características les permiten a los sujetos interesados, cometer actos de corrupción con efectos temporales o permanentes según la seguridad jurídica del respectivo sector.

18 MONTERO P., Juan José. «La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico», *Revista digital de Derecho Administrativo*, N.º 12, 2014, pp. 23-44, p. 28.

19 CASSAGNE, Juan Carlos. *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Segunda Edición, Euros Editores, Buenos Aires, 2019, p. 231.

20 *Op. Cit.*, pp. 235-236.

2. Las asimetrías de información y el coste de la legalidad

Los agentes supervisores tendrán un papel esencial al momento de tratar con las asimetrías de información que se presentan en las relaciones entre dos o más partes cuando existen diferencias de información.

Las asimetrías, según USATEGUI²¹, son los problemas de selección adversa y los de riesgo moral o acción oculta. El primero se relaciona con la disposición de información privilegiada por una de las partes *ex ante*, mientras el segundo a los comportamientos que adopta, establecida la relación, *ex post*, la parte que tiene más información.

Esas relaciones son, como se mencionó precedentemente, aquellas donde intervienen las empresas, los consumidores o usuarios y los legisladores y el Ejecutivo, principalmente la Administración como agentes públicos, reguladores y supervisores de la economía.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico permite la existencia de esas asimetrías de información en las relaciones de supervisión, como se destacó, dado el *statu quo* que crea una norma cuando esta se encuentra vigente y se presume ajustada a los parámetros del Legislador y el texto constitucional.

En ese sentido, se crean comportamientos oportunistas por parte de las empresas que capturan a las autoridades y del mismo supervisor. Una vez se conozca la norma, se cometerán actuaciones discutibles sin generar trasgresiones aparentes a ella, como imponer sanciones sucesivas a un competidor que, efectivamente violó una obligación, no obstante, este no trata con el mismo juicio a otros sujetos supervisados que incumplen la normativa infringiendo la igualdad en las actuaciones públicas.

De otra parte, dado que el mercado y el desarrollo de las actividades económicas poseen criterios particularmente desconocidos para la Administración, antes de la utilización de instrumentos de supervisión, las empresas podrán exhibir información ciertamente sesgada a las autoridades que será tenida en cuenta para cualquier decisión futura. Como ejemplo de ello, menciona LASHERAS²² la entrega de estudios técnicos sustentados en la defensa de los intereses privados.

En ese sentido, *ex ante* de la supervisión, las autoridades se encuentran parcialmente a ciegas para velar por el cumplimiento normativo, pues, a través del acopio de información del mercado, es donde pretenden disminuir

21 USATEGUI, José María. *Subastas, señales y otras respuestas a las asimetrías de información*. Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 97-106.

22 LASHERAS, Miguel Ángel. *La regulación económica de los servicios públicos*. Editorial Ariel, Barcelona, 1999, pp. 137-140.

los problemas de información que les llevan a tomar posiciones respecto a los supervisados de forma incierta frente a la ausencia del conocimiento pleno del mercado.

Así mismo, este relacionamiento entre la Administración, los políticos y los empresarios ha creado posiciones que las consideran sospechosas, incluyendo una cobertura mediática relevante y discutida en la opinión pública²³. La gestión de los partidos políticos genera la presencia de inconsistencias temporales en las decisiones con repercusión económica²⁴ frente a la operación de los negocios. Este se refiere a los cambios de postura de las autoridades sobre determinados asuntos regulados, es decir, el periodo de tiempo en que se revisan las decisiones, imponiendo riesgos o incertidumbre en el mercado²⁵ según la voluntad de las autoridades.

Por otra parte, cumplir a cabalidad una regulación y los parámetros de supervisión representan costes para la operación de las empresas. La eficiencia deduce su importancia aumentar los beneficios de los negocios bajo la reducción de los costes relacionados con la operación. Por lo tanto, es constante una elusión de los controles administrativos con el fin de obtener mayores utilidades.

Los anteriores costes son normalmente genéricos, no siempre en dinero, siendo estos las apreciaciones individuales sobre lo que se haga o no para recibir el beneficio de la norma y su protección²⁶, haciendo que el empresario estime si el cumplimiento de la norma le es más beneficioso que su eventual trasgresión.

Ahora bien, también llegarán a tocar la puerta del supervisor las empresas supervisadas, sus representantes que, ante el desempeño no siempre óptimo del Estado sobre la intervención en los mercados, en lugar de garantizar la protección a los intereses de los consumidores y usuarios, las autoridades administrativas preferirán ganarse la simpatía de esos grupos de presión como los lobbies en razón a que estos tienen la capacidad de influir de diversas maneras en la gestión pública²⁷.

23 SEGURA, Julio. «Introducción: los organismos supervisores independientes en economías avanzadas». *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, op. cit. p. 34.

24 *Op. cit.* p. 25.

25 LASHERAS, Miguel Ángel. *La regulación económica de los servicios públicos*. op. cit. p. 135.

26 GHERSI, Enrique. «El Costo de la Legalidad. Una Aproximación a la Falta de Legitimidad del Derecho». *THEMIS: Revista de Derecho*, N.º 19, 1991, pp. 5-14, p. 7.

27 TIROLE, Jean. *La economía del bien común*, op. cit., p. 380.

Igualmente, SEGURA también menciona²⁸ a la aversión de los gobiernos de asumir posturas que se traduzcan en costes electorales a corto plazo, aunque esto significare costes para la sociedad a largo plazo. En tanto los directores de los organismos de supervisión se encuentran en una posición de sumisión parcial a las determinaciones de los Gobiernos de turno, incluyendo la facultad nominativa del cargo, los eventos y preferencias electorales impondrán un límite a la gestión de vigilancia, inspección y control administrativa para beneficiar el financiamiento de las campañas políticas en torno esta puede proceder de los empresarios supervisados.

IV. Medidas, provocaciones e incentivos para afrontar la captura del supervisor

Ahora, ¿qué se puede hacer para prevenir que se capture a la autoridad de supervisión? Ya se han propuesto algunas soluciones para este fenómeno a través del estudio de la regulación. Esencialmente la independencia de la autoridad, el control del perfil de los directivos de la entidad, sus inhabilidades e incompatibilidades, el autocontrol y el diseño de una supervisión con incentivos.

En primer lugar, se hacen esfuerzos por sustraer algunas decisiones de la concurrencia de eventos cercanos a los ciclos políticos a través de administraciones independientes. Permitiendo, entre otras, la toma de decisiones basadas en criterios técnicos que examinen la ocurrencia de los hechos y sus eventuales consecuencias para la sociedad y los intereses públicos. La financiación, dirección e incentivos pueden facilitar la existencia de categorías no tan implementadas en la Administración entre entidades y el Legislador.

Sin embargo, la defensa de este tipo de autoridades independientes no suprime por completo el manejo de las decisiones por los jueces, los cuales, bajo el principio de legalidad, ejercen un poder político en el sector público e interactúan frecuentemente con otros sujetos interesados. Esto ha generado escándalos de corrupción en el pago de dineros a autoridades judiciales para la emisión de fallos definitivos²⁹.

Otra de las medidas pensadas para afrontar la captura del supervisor es el límite a las llamadas puertas giratorias, esto es, centrarse en el perfil de la persona que dirigirá a la autoridad administrativa, incluyendo el origen o la labor posterior al desempeño del cargo público que se relacione con el sector económico en cuestión.

28 SEGURA, Julio. «Introducción: los organismos supervisores independientes en economías avanzadas». *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, op. cit. p. 25.

29 *Ibid. op. cit.* p. 24.

Ante esto, en materia regulatoria se implementan medidas para que aquellas personas que pretendan administrar una autoridad no hayan pertenecido inmediatamente antes a órganos de decisión de las empresas del determinado mercado; también, se ha diseñado un mandato con determinada duración, así como un perfil profesional explícito. Igualmente, se han descrito la conveniencia que dichas autoridades sea dirigidas por un cuerpo colegiado y no por un único individuo³⁰.

Sobre este mismo asunto, se diseña un sistema de incompatibilidades e inhabilidades ligadas a la cercanía previa a una empresa por parte de la persona titular futura de la entidad pública, como se indicó, exigiéndole, inclusive, la venta de activos de esta y la abstención de tratar asuntos de supervisión ligados con la empresa. Por otra parte, se le impone un término de incompatibilidad para vincularse a empresas que fueron sujetos supervisados durante el mandato por determinado tiempo³¹.

No obstante, esos citados instrumentos no siempre funcionan dada la existencia de transferencia de títulos a familiares o amigos para continuar con la vinculación al activo y relación con el futuro supervisado. También, las normas no establecen la imposibilidad de tratar asuntos de competidores directos de esas empresas cercanas, utilizándose las herramientas de inspección y sanción de forma abusiva.

Otra de las decisiones que se pueden efectuar para evitar la ocurrencia de un fenómeno de captura del supervisor, es la toma de decisiones basadas técnicamente en los riesgos de la propia supervisión, esto incluye, por supuesto, aquellas que fundamenten en debida forma los actos administrativos mediante los cuales se toman las decisiones y que serán sujetos de control judicial del que también se hace necesario mejorar la pericia técnica para afrontar los casos relativos a la supervisión³².

Luego, es indispensable que se permita la implementación de herramientas de autocontrol, autosupervisión por parte de las empresas vigiladas identificando qué diligencia del Estado no requiere su dominio perpetuo. Así, se idealiza bajo la finalidad eminentemente preventiva de la supervisión, permitiendo que, debido a la existencia de proximidad y el conocimiento de las actividades intrínsecas, el desarrollo de mecanismos de veri-

30 LASHERAS, Miguel Ángel. *La regulación económica de los servicios públicos*. op. cit. p. 139-140.

31 SEGURA, Julio. «Introducción: los organismos supervisores independientes en economías avanzadas». *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, op. cit. p. 33.

32 MONTERO P., Juan José. «La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico», *Revista digital de Derecho Administrativo*, op. cit. p. 40.

ficación propio no trasgrede la imparcialidad, aunque es inviable sustituir totalmente la labor del Estado y su responsabilidad frente a la supervisión³³.

Como respuesta a estas circunstancias, el *compliance* es equivalente a una respuesta regulada para controlar y autocontrolar la gestión de los privados. Tanto en el ámbito penal como el administrativo, la experticia y conocimiento del mercado les permiten a los empresarios reducir los costes de la supervisión, haciendo que esta se haga más efectiva y le conceda flexibilidad ante la inconsistencia temporal que se une al desarrollo tecnológico y al ahorro en los trámites administrativos³⁴.

Sobre este asunto, se destacan casos como los de las inspecciones en tiendas minoristas Tesco junto al Consejo del Condado de Hertfordshire a través de inspecciones aleatorias en lugar de visitas rutinarias. La citada empresa también experimentó en 1992 en los Estados Unidos un programa de protección voluntaria en seguridad ocupacional y salud para evitar sanciones y ganar exenciones a los motivos de inspección³⁵.

Por último, una de las más eficientes medidas a tomar para afrontar la captura es el diseño de una supervisión con incentivos. Ello hace que el sujeto supervisado se comporte de la mejor manera posible porque es la mejor opción frente a sus beneficios, esto es, que cualquier decisión distinta a la dispuesta por el supervisor no sea atractiva para el sujeto sometido a la supervisión en razón a que esa eventual opción le sea más costosa en su operación que cumplir la norma en debidos términos³⁶.

Por lo tanto, el trabajo de la supervisión reconocerá los incentivos que tienen los actores para cometer actos de corrupción y limitará su ocurrencia liberándose de cargas o esforzándose por ajustar su actuación a los términos que prefiera la regulación.

El último asunto mencionado será la ejecución de políticas de transparencia e integridad, las cuales faciliten el intercambio de información y su publicación frente a los consumidores o usuarios, competidores del mercado en cuestión y otras autoridades como aquellas encargadas de fiscalizar las actuaciones de la Administración.

33 RIVERO ORTEGA, Ricardo, 2000. *Op. Cit.* pp. 158-162.

34 CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, pp. 324-330.

35 *Op. cit.*

36 USATEGUI, José María. *Subastas, señales y otras respuestas a las asimetrías de información. op. cit.*, pp. 107-108.

V. Conclusiones

Las autoridades encargadas de ejecutar las potestades administrativas de inspección y sancionadora, se encuentran inmersas en un universo de incentivos, intereses y pretensiones que provienen de fuentes como las empresas supervisadas, otros actores públicos con pretensiones políticas o económicas, así como las preferencias propias del supervisor y la presión que ejerzan políticamente los consumidores y usuarios en estas decisiones públicas que pretenden proteger intereses colectivos.

La ocurrencia de fenómenos de captura del supervisor puede pasar desapercibida cuando esta se ajuste a la normativa y, en su lugar, se prefiera por emplear a la discrecionalidad como herramienta que fundamente las decisiones a través de actos administrativos. Por ello, el lenguaje y la hermenéutica pasan a ser utilizados para tales fines que podrán sumarse a intenciones de corrupción.

No obstante, la captura corrupta e ilícita del sujeto supervisor puede darse debido a la promesa futura de empleos, retribuciones para sí o terceros. En estos casos se podrían tratar de eventualidades como la configuración de tipos penales como el soborno, la malversación, el fraude o la extorsión, sin olvidar el nepotismo como instrumento de intercambio de recursos³⁷, lo que genera una presión para limitar la impunidad por parte del Estado y se ahonda en el castigo social como elemento importante de sanción.

Por lo tanto, es necesaria la implementación de decisiones públicas encaminadas a profesionalizar las labores de supervisión, garantizando independencia del organismo, pero también, la adquisición del conocimiento suficiente para la toma de decisiones, apoyándose en criterios técnicos de la Administración y de quien controle, a su vez, el ejercicio supervisor como los jueces y los órganos encargados de ello en los Estados, al igual que el control de los medios de comunicación y de los mismos ciudadanos que deberán asimilar una postura más vigilante de la gestión de las autoridades.

VI. Bibliografía

BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución.* Marcial Pons, Madrid, 1997

BOEHM, Frédéric. «Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos», *Revista de Economía Institucional*, Vol. 7 N.º 13, 2005

37 BOEHM, Frédéric. «Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos», *op. cit.*, p. 249.

- CARBAJALES, Mariano.** *El Estado regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado.* Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006
- CASSAGNE, Juan Carlos.** *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa.* Segunda Edición, Euros Editores, Buenos Aires, 2019
- CHAVELLIER, Jacques.** *El Estado Posmoderno.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C., 2011
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano.** *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora.* Comares, Granada, 2002.
- GHERSI, Enrique.** «El Costo de la Legalidad. Una Aproximación a la Falta de Legitimidad del Derecho». *THEMIS Revista de Derecho*, N.º 19, 1991.
- LASHERAS, Miguel Ángel.** *La regulación económica de los servicios públicos.* Editorial Ariel, Barcelona, 1999
- MAGIDE H., Mariano.** *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes.* Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.
- MONTERO P., Juan José.** «La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico», *Revista digital de Derecho Administrativo*, No. 12, 2014.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo.** *El Estado Vigilante.* Tecnos, Madrid, 2000.
- ROLDÁN X., José.** *La ordenación constitucional de la economía.* Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2018.
- SÁNCHEZ, Pilar.** «Defensa de la competencia y diseño institucional». *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, SEGURA, Julio (coord.), Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, 2018.
- SEGURA, Julio.** «Introducción: los organismos supervisores independientes en economías avanzadas». *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, SEGURA, Julio (coord.), Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, 2018.
- SMITH, Adam.** *Teoría de los sentimientos morales.* Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2004.
- STIGLITZ, Joseph, & ROSERNGARD, Jay,** *La Economía del Sector Público*, 4 edición, Antoni Bosch, Barcelona, 2016.
- TIROLE, Jean.** *La economía del bien común*, Penguin Random House, Madrid, 2017.
- USATEGUI, José María.** *Subastas, señales y otras respuestas a las asimetrías de información.* Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003

CAPÍTULO X

MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y POPULISMO PUNITIVO EN MATERIA DE CORRUPCIÓN¹

MARÍA QUINTAS PÉREZ

Personal investigador en Formación (Junta de Castilla y León) - Área de Derecho Penal y Centro de Investigación para la Gobernanza Global, Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA. III. EL PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. IV. POPULISMO PUNITIVO EN MATERIA DE CORRUPCIÓN. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Los españoles tenemos la percepción de que en nuestro país hay mucha corrupción. Más que en otros países. Que nuestra forma de ser, nuestra cultura y tradición nos hacen propensos a la picaresca. Además, existe la creencia de cuando el delincuente es alguien poderoso recibe un trato diferente. Se tiene la idea de que los corruptos no llegan a recibir un castigo o de que este no es muy severo dado que si llegan a entrar en la cárcel salen mucho antes de cumplir el total de la condena impuesta, que no devuelven «lo robado» y que en cuanto salen pueden volver a su partido político o al consejo directivo de alguna importante empresa, como si nada hubiera pasado. Esto lleva a

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación PID2019-107743RB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación y de la Ayuda para financiar la contratación predoctoral de personal investigador de la Junta de Castilla y León.

que la sociedad demande una mayor eficacia en la lucha contra la corrupción, lo que normalmente se asocia con sanciones más elevadas. A su vez, los partidos políticos, sensibles a estas demandas, las convierten, cuando están en la oposición, en arma arrojadiza contra quienes gobiernan y, si están en el poder, en reformas del Código Penal. De hecho, en los últimos años hemos asistido a reformas de dudosa utilidad práctica y que podrían tener por único o principal objetivo calmar las demandas de la población.

El propósito de este trabajo es ver la relación que existe entre medios de comunicación y reforma penal en materia de corrupción. En concreto, se pretende analizar si se cumple la hipótesis de que los medios de comunicación conforman y/o reflejan las demandas de la opinión pública y los políticos reforman el Código Penal en función de las necesidades y ansiedades sociales plasmadas en tales medios para hacer ver a la población que cumplen la función que le ha encomendado.

II. La percepción de la corrupción en España

Corrupción ha habido, en mayor o menor medida, en todos los períodos históricos y en todas las sociedades, pero en los últimos años la preocupación por este fenómeno ha experimentado un notable aumento². Esto ha llevado a la proliferación de intentos de medir los niveles de corrupción que pueda haber en una sociedad en un determinado momento.

Uno de los mecanismos empleados es el Eurobarómetro, una encuesta poblacional realizada periódicamente por las instituciones del Unión Europea para conocer la opinión pública sobre determinados temas relacionados con la Unión. El último del que tenemos datos es el Eurobarómetro publicado en julio de 2022 sobre una encuesta realizada en los meses de marzo y abril de 2022 a los ciudadanos de los diferentes países miembros de la Unión Europea³. Ante la pregunta «¿considera que la corrupción está muy extendida en su país?», el 89 % de los españoles consideró que la corrupción era un problema muy extendido, lo que nos coloca en la cabeza de percepción o preocupación por la corrupción junto con Grecia (98 %), Chipre (94 %), Croacia (94 %), Hungría (91 %) y Portugal (90 %). Supone además un porcentaje muy superior a la media de la Unión Europea, que se sitúa en el 68 %. El punto positivo es que representa una mejora en relación con las respuestas dadas a la misma pregunta en el Eurobarómetro de 2020 en el que el 94 % de los españoles consideró que la corrupción era un problema muy extendido,

2 SKOL, Michael. «Presentación», *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel (Coord.). Ratio Legis, Salamanca, 2004, pp. 10 y s.

3 COMISIÓN EUROPEA. *Special Eurobarometer 523 Report Corruption, 2022*, [<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2658>], p. 18.

situándose la media de la Unión Europea en el 71 %⁴. En el lado opuesto están los países nórdicos, cuyos ciudadanos consideran que la corrupción es un problema poco extendido.

En todo caso, hay que tener en cuenta que el concepto de corrupción es muy amplio y cambia según el momento y el lugar, por lo que no sabemos qué pueden estar incluyendo los encuestados en el mismo⁵.

Otro de los «medidores» más conocidos es el Índice de Percepción de la Corrupción que elabora anualmente la organización Transparencia Internacional. En él no se tiene en cuenta la percepción de los ciudadanos sino la de expertos y empresarios. El más reciente es el publicado en 2022⁶. En este índice las puntuaciones se mueven entre 100, que se corresponde con muy poca corrupción en el país, y cero, que se traduce como mucha corrupción. Nuevamente se sitúan a la cabeza de los países percibidos como menos corruptos los nórdicos, liderados por Dinamarca, Finlandia y Suecia con 88, 88 y 85 puntos respectivamente. A la cola están Croacia, con 47 puntos, Rumanía, con 45, Hungría, con 43 y Bulgaria, con 42. En este «ranking», España cuenta con 61 puntos, lo que la sitúa por debajo de la media de la Unión Europea, cifrada en los 64 puntos.

De lo expuesto podemos deducir que cuando los encuestados son expertos, la percepción del nivel de corrupción en España mejora sensiblemente, situándose muy próxima a la media europea. La comparativa a nivel mundial nos deja todavía en mejor posición.

Otra forma de medir el nivel de corrupción que hay en un país en un momento determinado podría ser a través de las sentencias condenatorias dictadas por delitos de corrupción en tal período temporal⁷. Sin embargo, tales datos no serían realmente significativos por varios motivos. En primer lugar, por la cifra negra de actos de corrupción de los que nunca tendremos conocimiento⁸. En segundo lugar, porque los casos que ahora mismo se

4 COMISIÓN EUROPEA. *Special Eurobarometer 502 Report Corruption*, 2020, [<https://s3.eu-central-1.amazonaws.com/euobs-media/e179b19a3bde99791aa010dac245e56c.pdf>], p. 25.

5 ORREGO LARRAÍN, Claudio. *Corrupción y modernización del Estado*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2000, [<https://publications.iadb.org/es/publicacion/13142/corrupcion-y-modernizacion-del-estado>], p. 2.

6 TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. «Índice de Percepción de la Corrupción 2021», consultado en: 28/07/2022, [<https://www.transparency.org/en/cpi/2021>].

7 Tales cifras se pueden consultar en el «Repositorio de datos sobre procesos por corrupción» del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, consultado en: 27/07/2022, [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/Informacion--general/>].

8 A la complejidad de investigar y probar los delitos económicos hay que agregar el hecho de que en los delitos relacionados con la corrupción las partes intervinientes no están interesadas en que salga a la luz.

están investigando o enjuiciando tuvieron lugar hace mucho tiempo⁹. Además, si en un momento dado salen a la luz muchos casos puede ser porque se está luchando de forma más efectiva, no porque en ese momento haya más corrupción¹⁰. Es decir, no se corresponde la corrupción que ahora percibimos con el número de delitos que ahora se están cometiendo¹¹.

Volviendo a las encuestas ciudadanas, en el Eurobarómetro también se preguntó a los europeos si conocían a alguien que hubiera aceptado sobornos, pregunta con la que el panorama en España cambió sustancialmente. Un 88 % de los españoles indica que no¹². Esto es debido a que en España la corrupción administrativa no es muy habitual. La preocupante es la corrupción política, que en muchos casos se traduce en la adjudicación de contratos públicos a empresas que ofrecen un beneficio para el político o el partido encargado de la licitación. Por tanto, esto no es algo que la mayoría de los ciudadanos pueden ver en su día a día, lo que nos lleva a preguntarnos ¿cómo tienen conocimiento de los casos de corrupción política y cómo se hacen a la idea de si hay mucha o poca? La respuesta, entendemos, puede estar en los medios de comunicación¹³.

-
- 9 Por ejemplo, en la sentencia número 21/2021 de la Audiencia Nacional de 28 de octubre se condena penalmente a Bárcenas y al Partido Popular como responsable civil subsidiario por la llevanza de contabilidad irregular y el pago en B de las obras de reforma de la sede del partido. Uno de los delitos por los que se condena es un delito contra la Hacienda Pública por el impuesto de sociedades del ejercicio 2007, es decir, un delito cometido más de diez años atrás.
- 10 TORTOSA, José María. *Corrupción*, Icaria, Barcelona, 1995, pp. 27 y s., apunta que hay que distinguir entre el nivel de corrupción que pueda haber en una sociedad y el nivel de publicación y aireamiento de los escándalos, pues cree que esto último se produce en momentos de reajuste entre los grupos sociales.
- 11 MARTÍNEZ GALLEGO, Francesc Andreu. «Los medios de comunicación y la lucha contra la corrupción», *Revista Vasca de Administración Pública*, 104-II, 2016, [https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=1&tipo=S&seccion=45&correlativo=1&contenido=5&locale=es], pp. 163-198, pp. 168 y s./ VILLORA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando. «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», *Reis* 138, 2012, [https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_138_061333356669068.pdf], pp. 109-134, p. 116 / Apunta LAGUNA PLATERO, Antonio. «La percepción de la corrupción, factor mediatizante de la democracia», *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*. Vol. 8, n.º 1, 2013, [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/29238/1/OBETS_08_01_03.pdf], pp. 79-98, p. 83, que la mayoría de las diligencias que los jueces abren para investigar la posible comisión de este tipo de delitos no llega a la fase juicio oral pero aunque no llegue a haber una sentencia condenatoria sí habrá un juicio público a partir del momento en que los medios se hacen eco del caso.
- 12 COMISIÓN EUROPEA. *Special Eurobarometer 502 Report Corruption*, op. cit., p. 89.
- 13 De hecho, los niveles de corrupción percibidos por la población española son muy superiores a los reales. VILLORA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando. «La corrupción...», op. cit., p. 128. / JIMÉNEZ, Fernando. «La corrupción en un país sin corrupción sistémica (Un análisis de los casos Bárcenas, Palau y ERE)», *Informe sobre la Democracia en España/2014. Democracia sin política*, ESTEFANÍA, Joaquín (dir.). Fundación Alternativas, Madrid, 2014, cap.

III. El papel de los medios de comunicación

Todos los días hay nuevos titulares sobre casos de corrupción. Los sucesos criminales cuentan con elementos muy atractivos para la construcción de reportajes y suelen despertar la curiosidad del público. Así, por ejemplo, lo normal es que toda la población esté de acuerdo en señalarlos como hechos injustos¹⁴. A su vez, el ilícito penal se puede narrar como un relato, con un inicio (la investigación), un nudo (los avatares judiciales) y una conclusión (la sentencia o incluso el cumplimiento de esta). Los medios de comunicación seleccionan acontecimientos del discurrir diario y los transforman en noticia, decidiendo la importancia que le otorgan y el tratamiento que van a darles. Tal selección determina en gran medida los temas que van a centrar la agenda pública, es decir, de los que va a hablar la sociedad. Es lo que se denomina *agenda-setting*¹⁵. Los medios de comunicación pueden denunciar casos de corrupción, pero también pueden magnificarlos u omitirlos, desviando el foco de atención¹⁶. Lo cierto es que los medios no se limitan a exponer los hechos de forma neutral, sino que los valoran y opinan sobre ellos. Es lo que se conoce como encuadre. A mayores, hay que tener en cuenta que en la formación de la opinión pública influye tanto lo que se dice cómo la forma en que se dice: si la noticia abre el informativo o está en la primera página del periódico, la cantidad de veces que se habla del tema etc¹⁷.

Sin embargo, no podemos afirmar que exista una relación directa por la que la agenda de los medios de comunicación marca la opinión pública y esta la agenda política. Hay más componentes. Los políticos necesitan a los medios de comunicación para difundir sus programas, opiniones y críti-

7, [https://www.researchgate.net/publication/271523652_La_corrupcion_en_un_pais_sin_corrupcion_sistemica_un_analisis_de_los_casos_Barceas_Palau_y_ERE], pp. 165-187, p. 1, añade como factores que incrementan la percepción la sensación de impunidad que generan la lentitud de las causas judiciales (en torno a 10 años por término medio en las macrocausas de corrupción) y el uso de la prerrogativa de indulto para este tipo de delitos (132 indultos para políticos condenados por corrupción entre 2000 y 2012), así como la desafección institucional, que tiende a agudizarse en períodos de crisis económica.

14 BAUCELLS, Joan y PEREZ-NETO, Luiz. «Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos», *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA, Joan (dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 115.

15 GARCÍA ARÁN, Mercedes y PEREZ-NETO, Luiz. «Perspectivas de análisis y principios constitucionales», GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA, Joan (dir.). *Malas noticias...*, *Ibid.*, p. 25.

16 MARTÍNEZ GALLEGO, Francesc Andreu. «Medios de comunicación y escándalos de corrupción en España: ¿denunciantes, magnificadores, cómplices?», *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 8, n.º 1, 2013, [<https://revistaobets.ua.es/article/view/2013-v8-n1-medios-de-comunicacion-y-escandalos-de-corrupcion-en-espana-denunciantes-magnificadores-complices>], pp. 99-126, p. 105.

17 POZUELO PÉREZ, Laura. *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 26.

cas para que la sociedad las conozca¹⁸. En ocasiones pueden querer hacer ver a la audiencia que la delincuencia aumenta o disminuye según el tipo de política que quieran promocionar o al objeto de dañar la imagen de sus adversarios. Además, no podemos olvidar que los medios son empresas privadas, que tienen intereses propios, que tiene accionistas que también lo son de otro tipo de empresas, que viven mayormente de los anunciantes y que tiene diferentes tipos de conexiones con el poder político (por ejemplo, en no pocas ocasiones reciben dinero público en forma de publicidad institucional o de subvenciones)¹⁹. Es más, los corruptos, conscientes de la capacidad de los medios para influir en la opinión pública, suelen ponerse como objetivo tenerlos de su parte²⁰. Es por ello que los medios seleccionan las noticias sobre corrupción y les dan una importancia y enfoque diferentes según sus intereses ideológicos y empresariales²¹. Además, existen otras fuerzas con interés y capacidad para fijar la agenda como los grupos de presión, como podría ser en su momento el de los afectados por las preferentes. En todo caso, es claro que quienes tienen más poder tienen más facilidades para fijar la agenda pública.

Por otra parte, afirmar que lo que sale en los medios influencia al cien por cien la opinión pública, es decir, de lo que habla y lo que le preocupa a la población, supondría obviar otra serie de componentes que intervienen en la percepción. La influencia que una noticia tenga en una persona va a depender tanto de factores internos, como el nivel de educación de esa persona, su sistema de valores, sus hábitos informativos y sus experiencias vitales, como de factores externos como puede ser la opinión que vea expresada en su entorno²². Además, lo normal es que la gente busque información en los medios de comunicación con los que siente afinidad ideológica, buscando la confirmación de las ideas preconcebidas que ya tenían sobre un tema²³. A ello hay que añadir que la opinión pública no siempre actúa de la misma forma: en ocasiones cede fácilmente ante informaciones sesgadas y en otras

18 TIRADO PASCUAL, Nuria. «Corrupción y fuentes informativas en medios tradicionales y nativos digitales», *Miguel Hernández Communication Journal*, n.º 7, 2016, Universidad Miguel Hernández, [<https://revistas.innovacionumh.es/index.php/mhcj/article/view/117>], pp. 257-285, pp. 265 y ss.

19 MARTÍNEZ GALLEGU, Francesc Andreu. *Ibid.*, 105. Menciona el caso de la Comunidad Valenciana, donde, entre los años 1995 y 2010, los políticos se preocuparon de formar grupos de comunicación afines a sus intereses. Recuerda este autor, que los corruptos no sólo buscan tener de su parte a grandes medios, sino que en ocasiones centran sus esfuerzos en los periodistas, quienes deberían ejercer una función de control y vigilancia al poder.

20 MARTÍNEZ GALLEGU, Francesc Andreu. *Ibid.*, p. 8.

21 LAGUNA PLATERO, Antonio. «La percepción de la...», *op. cit.*, p. 91.

22 LAGUNA PLATERO, Antonio. *Ibid.*, pp. 81 y 85.

23 POZUELO PÉREZ, Laura. *La política...*, *op. cit.*, p. 42.

opone resistencia ante campañas bien orquestadas²⁴. Por tanto, hay que ser conscientes de que la opinión de los ciudadanos no tiene por qué coincidir con lo que sale en un medio de comunicación y de que los medios no se dedican a visibilizar la opinión pública, sino que sirven a los intereses de su línea editorial²⁵.

Entrando propiamente en el tratamiento que los medios dan a los casos de corrupción, hay que ser conscientes de que la corrupción vende. Prueba de ello es que en 2013 con los casos Bárcenas y Urdangarín las ventas de *El País* y *El Mundo* mejoraron y que el programa *El Intermedio* alcanzó record de audiencia tras el estallido del caso Bárcenas.

Para hacer los casos más atractivos para el público, los hechos se simplifican señalando buenos y malos, se magnifican, se nombra a los encausados por sus mote («el Cabrón», «el Bigotes») y en ocasiones parece que prima más el seducir o atraer a los espectadores que el informar²⁶. Esto se aprecia sobre todo en televisión, donde cuando un tema de crónica de sucesos resulta interesante para la audiencia pasa a cubrirse también en tertulias y programas de sobremesa donde es tratado como los temas del corazón, dando prioridad a la simplificación y a la emotividad sobre el análisis²⁷.

SOLA-MORALES y RIVERA²⁸ estudiaron el tratamiento mediático del caso Bárcena en los primeros meses de su estallido, allá por 2013, en los periódicos *El País* y *El Mundo* y llegaron a las siguientes conclusiones: (1) ambos periódicos proyectaron un mensaje centrado en personajes concretos (especialmente Bárcenas), dejando de lado el sistema de financiación irregular del que se les acusaba; (2) resulta difícil encontrar una mención a las empresas que financiaron irregularmente al partido, omitiéndose de esta forma la relación entre empresas y políticos; (3) tampoco se menciona a la sociedad, lo que puede dar a entender que son delitos sin víctimas; (4) en buen número de ocasiones los partidos políticos fueron descritos como corruptos en general y (5) no se profundizó ni se investigaron las causas del fenómeno.

24 POZUELO PÉREZ, Laura. *Ibid.*, p. 42.

25 VARONA GÓMEZ, Daniel. «El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo», *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 2017, [<https://canal.uned.es/video/5a6f70b-0b1111f53648b4591>]. Considera que los sondeos de opinión no son opinión (dado que los participantes no han tenido acceso a información y un debate sobre el tema) ni pública (en el sentido de general, sino que es individual sumada).

26 LAGUNA PLATERO, Antonio. *Ibid.*, pp. 92 y s.

27 LAGUNA PLATERO, Antonio. *Ibid.*, pp. 92 y s.

28 SOLA-MORALES, Salomé y RIVERA GALLARDO, Ricardo. «El tratamiento periodístico sobre la corrupción política. Análisis comparado del caso SQM en Chile y del caso de Bárcenas en España», *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 23(1), 2017, [<https://revistas.ucm.es/index.php/ESMP/article/view/55619>], pp. 647-662.

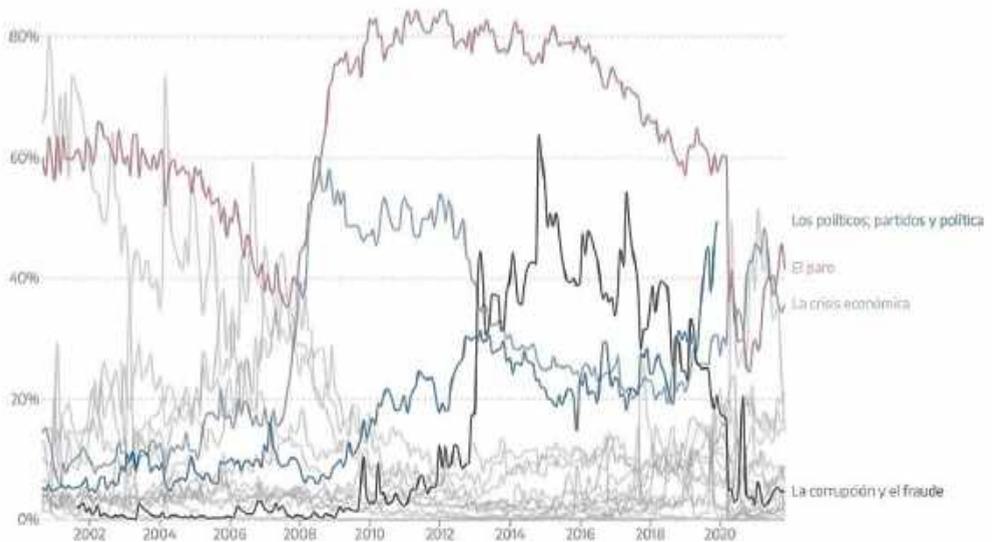
Por otra parte, CHAVERO²⁹ realizó un estudio sobre el tratamiento en diversos periódicos del caso *Gürtel* desde que sale a la luz, allá por 2009, hasta 2011 y la conclusión a la que llega es que los medios sacan a la palestra los casos de corrupción cuando afectan al partido «adversario». *El País* da mucha cobertura a *Gürtel* porque afecta al Partido Popular (en adelante, PP) pero le presta mucha menos atención a los casos que afectan al Partido Socialista Obrero Español (en adelante, PSOE). Por su parte, los periódicos afines al PP, *ABC* y *El Mundo*, intentan contrarrestar esa posible erosión del PP con la asociación políticos-corrupción y con el tratamiento que le dan a casos de corrupción en los que se han visto implicados políticos de signo contrario. Es decir, los medios no actuaron como cuarto poder defendiendo la democracia, la transparencia o el buen gobierno, sino que defendieron a su partido afín, atacando al adversario.

Teniendo esto en cuenta, resulta de interés mencionar que diversos estudios apuntan a un antes y un después en cómo la sociedad percibe la corrupción desde la crisis económica de 2008. Antes de esta fecha había corrupción y salía en las noticias, pero no parecía importar tanto a la población.

En la siguiente gráfica podemos observar la evolución en las principales preocupaciones de los españoles desde 2002 hasta la actualidad, según datos de las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas. En ella vemos que el paro y la economía empiezan a situarse en cabeza en 2007 y después, sobre 2009, comienza a acompañarlos la corrupción, que llegó a convertirse en marzo de 2013 en el segundo problema para los españoles, solo superado por el paro³⁰. También resulta relevante destacar lo unida que evoluciona la preocupación por la corrupción con la percepción de los políticos como problema. El punto culmen del hartazgo llegó en 2019, cuando un 50 % de la población consideraba a los políticos en general, los partidos políticos y la política como uno de los tres principales problemas del país.

29 CHAVERO, Palmira. «La corrupción política en los medios de comunicación españoles: un estudio del caso Gürtel (2008-2011)», *Circunstancia*, año X, n.º 29, 2012, [https://www.researchgate.net/publication/282777649_LA_CORRUPCION_POLITICA_EN_LOS_MEDIOS_DE_COMUNICACION_ESPAÑOLES_UN_ESTUDIO_DEL_CASO_GURTEL_2008-2011].

30 «Principales problemas para los españoles», *EP Data*, 2021, [<https://www.epdata.es/datos/principales-problemas-espanoles-cis/45>]; ORDAZ, Ana. «Paro, políticos, pandemia: cómo han cambiado las preocupaciones de los españoles en los últimos 20 años», *El Diario.es*, 31 de diciembre de 2021, actualizado el 01/01/2022, [https://www.eldiario.es/politica/paro-politicos-pandemia-han-cambiado-preocupaciones-espanoles-ultimos-20-anos_1_8543296.html].

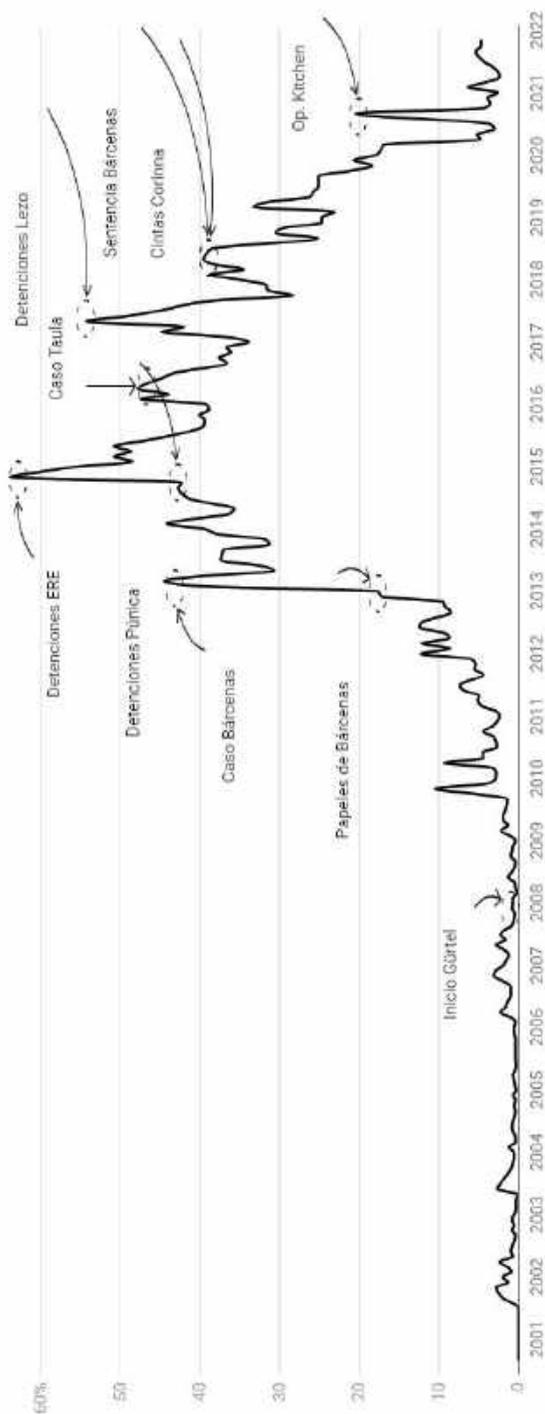


Nótese que los picos de preocupación por la corrupción coinciden con los puntos álgidos o de mayor tratamiento mediático de determinados casos de corrupción, como se puede ver en la siguiente gráfica³¹.

31 ORDAZ, Ana. *Ibid.* / Aprecia VILLORIA MENDIETA que actualmente la preocupación por la corrupción semeja haberse independizando de la percepción de la situación económica. Muestra de ello es que cuando en el Eurobarómetro se preguntaba a los ciudadanos cuanto de aceptable les parecía la corrupción, los españoles y los ciudadanos de los países que más sufrieron la crisis fueron los que la consideraron menos aceptable. Esto permite entrever, entiende el autor, que en España se ha creado un marco de rechazo frente a las conductas corruptas que nos sitúa a la cabeza de la Unión Europea, lo que ha de valorarse de una forma positiva. VILLORIA MENDIETA, Manuel. «La corrupción en España: ¿qué ha pasado durante la crisis?», *La corrupción política en la España contemporánea: un enfoque interdisciplinar*, DE RIQUER I PERMANYER, Borja, PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís, RUBÍ I CASALS, María Gemma, TOLEDANO GONZÁLEZ, Luís Ferran y LUJÁN, Oriol, (dirs.). España, Marcial Pons, 2018, pp. 459-482.

Una década frenética de corrupción y fraude

Evolución del % de respuesta a la percepción de la corrupción y el fraude como uno de los tres principales de España



Fuente: CIS - Creado con Datawrapper

Entiende LAGUNA PLATERO que en estos años se dio el caldo de cultivo perfecto para que la percepción que los españoles tenían sobre los niveles de corrupción aumentara. Ello porque los ciudadanos tuvieron más ocasiones de ver ejemplos cercanos de los nocivos efectos de la recesión económica y las políticas de austeridad y, a su vez, los medios de comunicación les mostraban gran cantidad de casos de despilfarro del dinero público. A medida que iba empeorando la situación económica por la crisis, iba aumentando el efecto negativo de la información sobre corrupción en la población³².

Por tanto, podemos decir que la percepción de los niveles de corrupción estaría condicionada tanto por el tratamiento mediático dado a los casos de corrupción como por la interpretación que cada ciudadano haga de esos mensajes, interpretación en la que influirá el contexto (como la situación económica del país, de sus allegados o suya propia), sus valores, su experiencia, su grado de formación etc³³.

IV. Populismo punitivo en materia de corrupción

La mala situación provocada por la crisis económica y el paro, junto con las medidas del Gobierno de austeridad y recortes, y los continuos titulares en los medios de comunicación sobre casos de corrupción, unido a la tradicional desconfianza de la población hacia los políticos, llevó a la indignación popular y a la búsqueda de culpables. Los ciudadanos llegaron a la conclusión de que estaban como estaban por la corrupción, el despilfarro y la ineficacia de los gestores³⁴. Ante esta situación, lo que hicieron los políticos que estaban en el poder (para tratar de mejorar su imagen) fue reformar el Código Penal, que es siempre la medida más rápida y más vistosa de cara a la sociedad³⁵.

32 LAGUNA PLATERO, Antonio. «La percepción de...», *op. cit.*, pp. 83 y 94 y s. Señala que información sobre casos de corrupción también hubo antes de las elecciones autonómicas de 2007 y ello no impidió que ganara en la Comunidad Valenciana, por mayoría absoluta, el candidato que estaba siendo investigado (Francisco Camps) y lo mismo en las elecciones catalanas de 2012, pese a que la prensa no paraba de hacerse eco de los escándalos que implicaban a los líderes de Convergència i Unió.

33 LAGUNA PLATERO, Antonio. *Ibid.*, pp. 85 y s.

34 VILLORIA MENDIETA, Manuel. *Combatir la corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2019, pp. 33 y ss.; LAGUNA PLATERO, Antonio. «La percepción de...», *op. cit.*, p. 89.

35 DELGADO TRUYOLS, Álvaro. «La persecución selectiva como otra forma de corrupción», *Blog Hay Derecho*, 2014, [<https://hayderecho.com/2014/11/18/la-persecucion-selectiva-como-otra-forma-de-corrupcion/>], recogía en 2014 que el hartazgo y la desafección de la población ante los casos de corrupción, de financiación irregular de los partidos políticos, de las tarjetas back etc. llevó al apoyo a movimientos emergentes como el que resultó en el partido político Podemos y también permitió asistir a «hechos antes inauditos», como que determinados políticos y ex altos cargos entraran en la cárcel, ver a la hermana del actual Rey sentada en el banquillo para declarar por un delito contra la Hacienda

El término Populismo Punitivo fue acuñado en 1995 por Anthony Bottoms y hace referencia a la utilización del Derecho penal por parte de los políticos con el fin de aumentar sus réditos electorales³⁶. Normalmente se traduce en tratar de contentar a la opinión pública mediante el endurecimiento de las penas, la creación de nuevos delitos o la «relajación» de las garantías procesales³⁷. Se trata de dar una respuesta rápida a una sociedad consternada por ciertos actos e influenciada por los medios de comunicación³⁸.

La acción política en materia penal permite a los políticos reforzar su poder y legitimidad, mandar el mensaje a la población de que están atentos a los problemas de la sociedad y que dan una respuesta. Pero, como recuerda DEL MORAL GARCÍA, esta forma de legislar no solo es ineficiente, sino que puede producir desequilibrios en todo el sistema de penas y afectar al principio de proporcionalidad³⁹.

Medidas orientadas a reducir las oportunidades de que se produzca la corrupción, a potenciar la vía extrapenal (como el derecho administrativo o la exigencia de responsabilidades políticas, por ejemplo, en el parlamento y dentro de los partidos) o a dotar de recursos a quienes investigan y enjuician podrían ser medidas más eficaces, pero suponen un desembolso de dinero y los efectos no se ven en el corto plazo. La reforma penal es, en principio, más económica y produce titulares de forma inmediata. A veces incluso basta con anunciar la reforma para contentar a las masas⁴⁰. Es decir, se hace un uso simbólico del Derecho penal.

Pública, a conocidos encausados devolviendo el dinero «distráido» o un a ex Presidente autonómico y su familia, antaño intocables, siendo investigado «con aparente ahínco y notoriedad». Sin embargo, entiende el autor que se trata más bien de una representación teatral y que los cambios que pretende vender la «casta» para no perder sus privilegios son más aparentes que reales.

- 36 ANTÓN MELLÓN, Juan, ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Gemma, PÉREZ ROTHSTEIN, Pedro Andrés. «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión», *Crítica Penal y Poder*, n.º 9, pp. 32-61, 2015.
- 37 DEL MORAL GARCÍA, Antonio. «Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 104-II, 2016, [<https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/t59auEjemplares/page>], pp. 43-75, pp. 48 y s. Se tiende a pensar (ciudadanos y legisladores) que penas más largas son más efectivas porque disuaden al potencial delincuente a que se decida a actuar. No obstante, es sabido que las penas más efectivas son las que resultan inevitables.
- 38 ABI-ACKEL TORRES, Henrike. «Las víctimas y el discurso político penal populista», *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (dir.), DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (coord.), HEREDERO CAMPO, M.ª Teresa (coord.), VILLASANTE ARROYO, Nathali Janeth (coord.). Ediciones Universidad de Salamanca, Aquilafuente, 248, 2016, [<https://eusal.es/index.php/eusal/catalog/view/978-84-9012-709-4/5275/5610-1>], pp. 801-816, pp. 802 y s.
- 39 DEL MORAL GARCÍA, Antonio. *Ibid.*, 48 y 49.
- 40 DEL MORAL GARCÍA, Antonio (dir.), ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael (coord.). *Código penal: comentarios y jurisprudencia*. (Aprobado por Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre), Comares,

El problema que supone es que tales reformas se llevan a cabo sin haberse parado a estudiar las causas estructurales de los delitos, sin valorar si existen otros medios menos gravosos para resolver ese conflicto, sin tener en cuenta los índices de criminalidad y obviando las opiniones de los expertos en la materia⁴¹. Y es que el populismo punitivo no pretende disminuir el delito, sino enfrentar la ansiedad ciudadana generada por la situación de inseguridad.

El empleo del populismo punitivo se ha estudiado ampliamente en España en relación con las reformas de los años 2000 y 2003. En tal período, el partido de la oposición aprovechó un aumento no excesivamente significativo de la delincuencia para acusar al del Gobierno de no luchar debidamente contra el crimen. Los medios de comunicación compraron el relato de la elevada criminalidad y llenaron los noticieros de sucesos criminales, coincidiendo que por aquella época tuvieron lugar crímenes de extraordinaria gravedad, algunos de ellos cometidos por o contra menores, que fueron intensamente tratados por los medios de comunicación. Esto llevó a que el Gobierno promoviera una serie de reformas para calmar a la opinión pública como el endurecimiento de las medidas contra los menores, la introducción de la acusación privada de las víctimas en los procesos de menores, o la prisión permanente revisable (ya en 2015), tras una intensa campaña llevada a cabo por el padre de una de las víctimas⁴².

Es claro que con la corrupción nos movemos en un terreno diferente. Una de las diferencias es que los delitos de corrupción tienen como posible sujeto activo precisamente a los políticos, a los encargados de legislar. Ya advertía NIETO GARCÍA en 1997, en su libro *La corrupción en la España democrática*, que si la corrupción, por definición, se comente por quienes ocupan el poder, serían ellos quienes tendrían que responder y por ello es inevitable que desde

4.ª ed., Granada, 2018, presentación.

41 ANTÓN-MELLÓN, Joan y ANTÓN CARBONELL, Elisenda. «Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, I Época, Vol. 12, 2017, [<https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/3230>], pp. 133-150, p. 134.

42 Véase GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES NETO, Luiz. «Agenda de los medios y agenda Política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2000-2003», *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 1, 2009, [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30320/PDF>]; POZUELO PÉREZ, Laura. «Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad», *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 21, 2013, [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4395456>]; Valbuena García, Esther. «Una paulatina desnaturalización de la Ley del Menor», *Foro, Nueva Época*, 7, 2008, [<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0808120119A>], pp. 119-131; GARCÍA PÉREZ, Octavio. «La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores», *Política criminal*, n.º 5, 2008, [http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_1_5.pdf], pp. 1-31.

el poder se intente ocultar y llegado el caso, esquivar el castigo⁴³. Quienes mandan solo se muestran rigurosos con la corrupción practicada antes de ganar ellos las elecciones, y a la inversa: la oposición que ahora se escandaliza por lo que hace el Gobierno olvida la laxitud de sus posturas anteriores. En materia de corrupción y anticorrupción, señalaba este autor, los Gobiernos además de negligentes son torpes, su política criminal es descabellada y ni siquiera merece tal nombre⁴⁴.

Entre los casos más recientes podemos traer a colación la reforma del Código Penal de 2015. Esta reforma partió de una iniciativa presentada en 2012 que cobró impulso en 2014, cuando ya parecía relegada al olvido, y se aprobó a gran velocidad gracias a la mayoría absoluta con la que contaba el partido que estaba en el gobierno. Fue muy criticada por introducir más conductas prohibidas y aumentar las penas, dando protagonismo a la de prisión, sin que ello viniera motivado por un incremento de la delincuencia ni pudiera justificarse en la transposición de las decisiones marco⁴⁵. En relación con la corrupción, podemos destacar que con esta reforma se introdujo un tipo super-atenuado para la malversación de caudales para el caso de que se repare el daño o se colabore con la justicia (art. 434 del Código Penal), aplicable de forma retroactiva por ser más favorable al reo⁴⁶. A su vez, supuso la incorporación del delito de financiación ilegal de partidos políticos, figura largo tiempo demandada que se acabó convirtiendo en perfecto ejemplo de deriva populista y uso simbólico del derecho penal.

El delito de financiación ilegal de partidos políticos pretendía cubrir una laguna legal y su introducción fue valorada de forma muy positiva por la doctrina, sin embargo, al analizarla empezaron a surgir las críticas. Por una parte, este delito eleva a la categoría de sanción penal algunas de las conductas sancionadas por la legislación administrativa, la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos (en adelante, LOFP), pero no todas ellas ni las más graves. Sanciona la financiación privada directa pero no las condonaciones de deuda, habituales con las entidades de crédito, operaciones asimiladas a la donación como que un tercero asuma los gastos, las donaciones de inmuebles o las donaciones a fundaciones vinculadas a partidos políticos. Tampoco sanciona la contabilidad irregular. Por otra parte,

43 NIETO GARCÍA, Alejandro. *La corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 190 y ss. Véanse pp. 54 y ss. sobre la relación entre periodismo, políticos y escándalos de corrupción.

44 NIETO GARCÍA, Alejandro. *Ibid.*, p. 200.

45 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, MATALLÍN EVANGELIO, Ángela y GÓRRIZ ROYO, Elena. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, prefacio.

46 MIR PUIG, Carlos. «Título XIX. Delitos contra la Administración pública», *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (dirs.), VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián (coord.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1498 y s.

este delito parte de la regulación administrativa, a la que se remite, pero llega a copiar parte de las conductas sancionables sin requerir ningún elemento adicional que sea indicativo de un mayor desvalor de la conducta que diferencie la infracción penal de la administrativa, de forma que se da un solapamiento entre el artículo 5 de la LOFPP y el 304 bis 1 del Código Penal español. Además, el tipo básico no se sanciona con pena de prisión, exigiendo el tipo agravado (que sí lo hace) que la cantidad supere el medio millón de euros, importe muy superior al exigido por la normativa administrativa y al establecido en países de nuestro entorno. Hay que recordar que en el Código Penal español no se fija una cuantía mínima para sancionar por el delito de cohecho ni otros delitos relacionados con la corrupción, aunque jurisprudencialmente se excluyen aquellos supuestos que se consideren insignificantes. También se le critica que la pena es baja en comparación con la de otros tipos penales que se venían aplicando en estos supuestos. A mayores, se aprecia que participar en organizaciones o estructuras cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos al margen de la ley será más grave que la propia financiación ilegal de partidos en su modalidad agravada⁴⁷.

Tal regulación, defectuosa e incompleta, no contentó a la doctrina (puede que a la sociedad sí), que la calificó de derecho penal más simbólico que efectivo⁴⁸. Por ejemplo, JAVATO MARTÍN señala que da la impresión de ser una regulación improvisada, «hecha para salir del paso, e intentar neutralizar las repercusiones mediáticas y sociales de los casos de corrupción»⁴⁹.

Otros supuestos de populismo punitivo en materia de corrupción que se podrían citar son el de la introducción del delito de corrupción en los negocios del artículo 286 bis del Código Penal español⁵⁰ y la insistencia de algu-

47 Véase MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Financiación ilegal de partidos políticos*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

48 SANZ MULAS, Nieves. *Política criminal*, 3.º ed., Ratio Legis, Salamanca, 2019, pp. 273 y ss.

49 JAVATO MARTÍN, Antonio María. «El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-26, 2017, [<http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-26.pdf>], pp. 1-41, p. 41.

50 Véase VENTURA PÜSCHEL, Arturo. *Corrupción entre particulares, Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)*, Tirant lo Blanch, España, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, MORALES PRATS, Fermín, GARCÍA RIVAS, Nicolás y ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dirs.). pp. 411-420, p. 321; BOLEA BARDÓN, Carolina, «El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *Indret*, n.º 2, 2013, [<https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/264213/351866>], pp. 4 y ss.; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*, PE, 4.º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 366.; CANCIO MELIÁ, Manuel. «De nuevo: ¿"Derecho Penal" del enemigo?», *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (coord.). Edisofer, 2006, pp. 341-382, pp. 6 y ss.

nos sectores en tipificar en nuestro país el delito de enriquecimiento ilícito⁵¹, rechazado por la mayoría de los países de nuestro entorno y controversial allí donde se propone.

V. Conclusiones

El objetivo de este trabajo era plantear una reflexión sobre la relación entre medios de comunicación y reforma penal. La conclusión a la que se llega es que los medios de comunicación marcan la agenda pública, de qué habla la gente, lo que se puede apreciar, por ejemplo, en que los ciudadanos no tienen forma de percibir la corrupción política, con la que no tienen contacto en su día a día, más que a través de los medios de comunicación. No obstante, la percepción de la población no depende exclusivamente de los mensajes que reciben de los medios, sino que también influyen otros factores como el contexto socioeconómico.

En todo caso, las demandas sociales, que muchas veces se confunden con las expresadas por los medios de comunicación, llevan a los políticos, en muchos casos a dar una respuesta que mande el mensaje de que atienden las demandas populares, y esa respuesta suele traducirse en una reforma del Código Penal más simbólica que efectiva⁵².

Los riesgos que entraña el populismo punitivo es que puede llevar a la ineficacia, al ocultamiento de los verdaderos problemas, a la politización electoralista de la justicia penal y al traspaso de responsabilidades del poder político al poder judicial para intentar solucionar problemas sociales⁵³. Todo

51 Véase BLANCO CORDERO, Isidoro. «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-16, 2017, [<http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-16.pdf>]; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, «Consideraciones procesales sobre el delito de enriquecimiento ilícito», *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, DEMETRIO CRESPO, Eduardo y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dirs.), ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos (coord.). Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, España, 2015, pp. 431 y ss.; CARRILLO DEL TESO, Ana Elena. «El “fundido a negro” de la prueba en la persecución de la delincuencia Económica», *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, CARRIZO GONZÁLEZ, Adán y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (dirs.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pps. 16 y ss.; ASENCIO MELLADO, José María. «El Delito de Enriquecimiento Ilícito», *El Notario del Siglo XX*, n.º 32, 2010, [<https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/1149-el-delito-de-enriquecimiento-ilicito-0-8977476143257205>].

52 «El populismo punitivo», *Jornadas Juzgados de Pueblo*, organizadas por Jueces para la Democracia, [<http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2006/pueblo/EL%20POPULISMO%20PUNITIVO.pdf>], 2006; ARRIETA RUIZ, Yeraldín. «Populismo punitivo y Derecho Penal simbólico», *Inciso*, 20(1), 2018, [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6544808>], pp. 37-45, pp. 43 y s.

53 BUSTOS RUBIO, Miguel. «El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos», *Revista penal*, n.º 37, 2016, pp. 61-79.

ello conduce, a la larga, al desprestigio del sistema de justicia y a la falta de confianza por parte de los ciudadanos.

VI. Bibliografía

- ABI-ACKEL TORRES, Enrique.** «Las víctimas y el discurso político penal populista», *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Dir.), DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coord.), HEREDERO CAMPO, M.^a Teresa (Coord.), VILLASANTE ARROYO, Nathali Janeth (Coord.). Ediciones Universidad de Salamanca, Aquilafuente, 248, 2016, pp. 801- 816.
- ANTÓN MELLÓN, Juan, ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Gemma, PÉREZ ROTHSTEIN, Pedro Andrés.** «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión», *Crítica Penal y Poder*, n.º 9, 2015, pp. 32-61.
- ANTÓN-MELLÓN, Joan y ANTÓN CARBONELL, Elisenda.** «Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, I Época, Vol. 12, 2017, [<https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/3230>], pp. 133-150, p. 134.
- ARRIETA RUIZ, Yeraldin.** «Populismo punitivo y Derecho Penal simbólico», *Inciso*, 20(1), 2018, [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6544808>], pp. 37-45.
- ASENCIO MELLADO, José María.** «El Delito de Enriquecimiento Ilícito», *El Notario del Siglo XX*, n.º 32, 2010, [<https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/1149-el-delito-de-enriquecimiento-ilicito-0-8977476143257205>].
- BAUCELLS, Joan y PEREZ-NETO, Luiz.** «Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos», *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA, Joan (dirs.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BLANCO CORDERO, Isidoro.** «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-16, 2017, [<http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-16.pdf>].
- BOLEA BARDÓN, Carolina.** «El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *Indret*, n.º 2, 2013, [<https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/264213/351866>].
- BUSTOS RUBIO, Miguel.** «El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos», *Revista penal*, n.º 37, 2016, pp. 61-79.

- CANCIO MELIÁ, Manuel.** «De nuevo: ¿"Derecho Penal" del enemigo?», *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). Edisofer, 2006, pp. 341-382.
- CARRILLO DEL TESO, Ana Elena.** «El "fundido a negro" de la prueba en la persecución de la delincuencia Económica», *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, CARRIZO GONZÁLEZ, Adán y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (dirs.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CHAVERO, Palmira.** «La corrupción política en los medios de comunicación españoles: un estudio del caso Gürtel (2008-2011)», *Circunstancia*, año X, n.º 29, 2012, [https://www.researchgate.net/publication/282777649_LA_CORRUPCION_POLITICA_EN_LOS_MEDIOS_DE_COMUNICACION_ESPANOLAS_UN_ESTUDIO_DEL_CASO_GURTEL_2008-2011].
- COMISIÓN EUROPEA.** *Special Eurobarometer 502 Report Corruption*, 2020, [<https://s3.eu-central-1.amazonaws.com/euobs-media/e179b19a3bde99791aa010dac245e56c.pdf>].
- COMISIÓN EUROPEA.** *Special Eurobarometer 523 Report Corruption*, 2022, [<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2658>].
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio.** «Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 104-II, 2016, [<https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/t59auEjemplares/page>], pp. 43-75.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio.** (dir.), **ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael** (coord.). *Código penal: comentarios y jurisprudencia*. (Aprobado por Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre), Comares, 4.ª ed., Granada, 2018, presentación.
- DELGADO TRUYOLS, Alvaro.** «La persecución selectiva como otra forma de corrupción», *Blog Hay Derecho*, 2014, [<https://hayderecho.com/2014/11/18/la-persecucion-selectiva-como-otra-forma-de-corrupcion/>].
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes.** «Consideraciones procesales sobre el delito de enriquecimiento ilícito», *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.), GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dir.), ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos (coord.). Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, España, 2015.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES NETO, Luiz.** «Agenda de los medios y agenda Política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2000-2003», *Revista de derecho*

- penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 1, 2009, [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30320/PDF>].
- GARCÍA ARÁN, Mercedes y PEREZ-NETO, Luiz.** «Perspectivas de análisis y principios constitucionales», GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA, Joan (dir.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio.** «La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores», *Política criminal*, n.º 5, 2008, [http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_1_5.pdf], pp. 1-31.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, MATALLÍN EVANGELIO, Ángela y GÓRRIZ ROYO, Elena.** *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, prefacio.
- JAVATO MARTÍN, Antonio María.** «El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-26, 2017, [<http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-26.pdf>], pp. 1-41.
- JIMÉNEZ, Fernando.** «La corrupción en un país sin corrupción sistémica (Un análisis de los casos Bárcenas, Palau y ERE)», *Informe sobre la Democracia en España/2014. Democracia sin política*, ESTEFANÍA, Joaquín (dir.). Fundación Alternativas, Madrid, 2014, cap. 7, [https://www.researchgate.net/publication/271523652_La_corrupcion_en_un_pais_sin_corrupcion_sistemica_un analisis_de_los_casos_Barcelona_Palau_y_ERE], pp. 165-187.
- LAGUNA PLATERO, Antonio.** «La percepción de la corrupción, factor mediatizante de la democracia», *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*. Vol. 8, n.º 1, 2013, [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/29238/1/OBETS_08_01_03.pdf], pp. 79-98.
- MAROTO CALATAYUD, Manuel.** *Financiación ilegal de partidos políticos*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ GALLEGO, Francesc Andreu.** «Los medios de comunicación y la lucha contra la corrupción», *Revista Vasca de Administración Pública*, 104-II, 2016, [<https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=1&tipo=S&seccion=45&correlativo=1&contenido=5&locale=es>], pp. 163-198.
- MARTÍNEZ GALLEGO, Francesc Andreu.** «Medios de comunicación y escándalos de corrupción en España: ¿denunciantes, magnificadores, cómplices?», *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 8, n.º 1, 2013, [<https://revistaobets.ua.es/article/view/2013-v8-n1-medios-de-comuni>]

cacion-y-escandalos-de-corrupcion-en-espana-denunciante-magnificadores-complices], pp. 99-126.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*, PE, 4.º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

MIR PUIG, Carlos. «Título XIX. Delitos contra la Administración pública», *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (dirs.), VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *La corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.

ORDAZ, Ana. «Paro, políticos, pandemia: cómo han cambiado las preocupaciones de los españoles en los últimos 20 años», *El Diario.es*, 31 de diciembre de 2021, actualizado el 01/01/2022, [https://www.eldiario.es/politica/paro-politicos-pandemia-han-cambiado-preocupaciones-espanoles-ultimos-20-anos_1_8543296.html].

ORREGO LARRAÍN, Claudio. *Corrupción y modernización del Estado*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2000, [<https://publications.iadb.org/es/publicacion/13142/corrupcion-y-modernizacion-del-estado>].

POZUELO PÉREZ, Laura. «Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad», *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 21, 2013, [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4395456>].

POZUELO PÉREZ, Laura. *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

SANZ MULAS, Nieves. *Política criminal*, 3.º ed., Ratio Legis, Salamanca, 2019.

SKOL, Michael. «Presentación», *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel (Coord.), Ratio Legis, Salamanca, 2004.

SOLA-MORALES, Salomé y RIVERA GALLARDO, Ricardo. «El tratamiento periodístico sobre la corrupción política. Análisis comparado del caso SQM en Chile y del caso de Bárcenas en España», *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 23(1), 2017, [<https://revistas.ucm.es/index.php/ESMP/article/view/55619>], pp. 647-662.

TIRADO PASCUAL, Nuria. «Corrupción y fuentes informativas en medios tradicionales y nativos digitales», *Miguel Hernández Communication Journal*, n.º 7, 2016, Universidad Miguel Hernández, [<https://revistas.innovacionumh.es/index.php/mhcj/article/view/117>], pp. 257-285.

TORTOSA, José María. *Corrupción*, Icaria, Barcelona, 1995.

- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL.** «Índice de Percepción de la Corrupción 2021», [<https://www.transparency.org/en/cpi/2021>].
- VALBUENA GARCÍA, Esther.** «Una paulatina desnaturalización de la Ley del Menor», *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, 7, 2008, [<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0808120119A>], pp. 119-131.
- VARONA GÓMEZ, Daniel.** «El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo», *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 2017, [<https://canal.uned.es/video/5a6f70b0b1111f53648b4591>].
- VENTURA PÜSCHEL, Arturo.** *Corrupción entre particulares, Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)*, Tirant lo Blanch, España, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, MORALES PRATS, Fermín, GARCÍA RIVAS, Nicolás y ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dirs.). pp. 411-420.
- VILLORA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando.** «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», *Reis* 138, 2012, [https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_138_061333356669068.pdf], pp. 109-134.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel.** «La corrupción en España: ¿qué ha pasado durante la crisis?», *La corrupción política en la España contemporánea: un enfoque interdisciplinar*, DE RIQUER I PERMANYER, Borja (dir.), PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís (dir.), RUBÍ I CASALS, María Gemma (dir.), TOLEDANO GONZÁLEZ, Luís Ferran (dir.), LUJÁN, Oriol, (dir.). España, Marcial Pons, 2018, pp. 459-482.

CAPÍTULO XI

RED FLAGS. INDICIOS DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL SISTEMA JURÍDICO FRANCÉS

**MARÍA CAMILA MORALES OSORIO
HERNÁN MARTÍNEZ SERRANO**

Estudiantes Máster en Derecho de la Contratación Pública y
Máster en Derecho de la Propiedad Intelectual de la Universidad de Poitiers

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTEGRACIÓN DEL MÉTODO *RED FLAGS* POR LA JURISPRUDENCIA FRANCESA PARA LA IDENTIFICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS VICIADOS DE CORRUPCIÓN. 1. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL PREVIA A LA UTILIZACIÓN DE *RED FLAGS* PARA IDENTIFICAR UN CONTRATO VICIADO DE CORRUPCIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS, 2. LA TÉCNICA *RED FLAGS*: UNA INTEGRACIÓN COHERENTE CON EL DERECHO FRANCÉS. III. UNA TÉCNICA PROBATORIA QUE GARANTIZA EL RESPETO POR EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y PROMUEVE EL DESARROLLO DEL *COMPLIANCE*. 1. LA *MÉTHODE DU FAISCEAU D'INDICES* COMO UNA HERRAMIENTA QUE PROMUEVE EL *COMPLIANCE* PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La corrupción es uno de los principales flagelos en la escala global, que lejos de disminuir, se ha mantenido estancado en nuestra sociedad, así lo indican las estadísticas sobre el índice de percepción de corrupción reali-

zadas por la organización no gubernamental Transparencia Internacional¹, quienes advierten que el promedio mundial no ha mejorado en los últimos 10 años. Por ello, los sistemas jurídicos de varios países están en constante evolución para lograr idear y aplicar herramientas que hagan más eficiente la lucha contra ella.

Este es el caso del sistema jurídico francés, el cual con la sentencia *Samwell International c. Airbus Helicopters*² expedida por la Corte de Apelación de París en 2020, en este se analizan dos contratos de consultoría entre una sociedad francesa especializada en la construcción y venta de helicópteros y una sociedad de Hong Kong, especializada en la asesoría para los negocios relacionados con helicópteros. Dichos contratos surgen gracias a que la sociedad francesa busca concluir dos contratos de compra-venta de helicópteros con otras dos distintas sociedades, y por ende, necesitaba los conocimientos de la sociedad de Hong Kong. Luego de prestado el servicio, la sociedad de Hong Kong realiza el cobro de dos facturas a la sociedad francesa en virtud de los dos contratos de consultoría celebrados. Ante esto, la sociedad francesa se niega a realizar el pago, afirmando que los contratos litigiosos se encontraban tachados de corrupción.

Frente a este conflicto, la sociedad de Hong Kong decide aplicar la cláusula compromisoria contenida en los contratos de consultoría y llevar el conflicto frente a un tribunal arbitral, teniendo como sede la ciudad de París y como derecho aplicable exclusivamente el francés.

Luego de analizar detenidamente los elementos del caso, el tribunal decide rechazar la pretensión de condenar a la sociedad francesa por el no pago de las facturas de los contratos. Esto debido a que la sociedad francesa, cumpliendo con su carga probatoria, ha demostrado que en los contratos litigiosos se evidenciaban actos corruptos en utilización del método francés *del faisceau d'indices*. Este análisis fue desarrollado previamente por la sentencia de 2019 *Alstom*³ en la se dice que la corrupción de un contrato puede ser probada a partir de un conjunto de *indicios graves, precisos y concordantes*; y, en este sentido, ofrece una lista de los mencionados indicios. De esta manera, se declaró corrupto el contrato y por ende contrario al orden público internacional, de tal manera que, la inejecución del contrato por parte de la sociedad francesa estaba justificada.

Insatisfecha con esta decisión, la sociedad de Hong Kong acudió a la Corte de Apelación de París en recurso de anulación frente al laudo arbitral,

1 Véase la página web oficial de Transparencia internacional (<https://www.transparency.org/en/cpi/2021>), dónde se encuentran recopiladas las estadísticas del índice de percepción de corrupción de corrupción desde 1995.

2 CA PARÍS, 15 de septiembre de 2020, n.º 19/09058.

3 CA PARÍS, 28 de mayo de 2019, n.º 16/11182.

argumentando que, de los siete indicios invocados, algunos fueron tomados de una legislación estadounidense y no se encontraban mencionados en la sentencia *Alstom*, por lo tanto, el derecho aplicado a la decisión no fue exclusivamente el francés, como estaba estipulado expresamente que debía ser en el contrato, y en este orden de ideas, el Tribunal arbitral había irrespetado la misión que le había sido confiada, en consecuencia, solicitó la anulación del laudo.

Considerando lo argumentado, la Corte de Apelación decidió que el derecho aplicado sí fue el francés, y por lo tanto el laudo arbitral no debía ser anulado, manteniendo así el carácter corrupto del contrato. La Corte falló de esta manera teniendo en cuenta que la lista de indicios de corrupción dada en la sentencia *Alstom* no es taxativa, es decir, puede haber más indicios además de los expuestos expresamente, ampliando el campo de aplicación de la técnica probatoria en contratos públicos llamado la *méthode du faisceau d'indices*. Adicionalmente, aclaró que lo importante a la hora de considerar el indicio como prueba de corrupción, es que este sea de carácter *grave, preciso y concordante*, definiendo así las condiciones de aplicación del mencionado método.

Con base en lo establecido por la Corte de Apelación, el presente artículo tiene como objetivo, en primer lugar, analizar la integración del método *Red flags* por la jurisprudencia francesa para la identificación de contratos públicos viciados de corrupción mediante la evolución jurisprudencial que han tenido las técnicas probatorias y su aplicación en el caso concreto (I). En segundo lugar, estudiar *la méthode du faisceau d'indices* como una técnica probatoria que garantiza el respeto del orden público internacional y promueve el desarrollo del *compliance*, al analizar los efectos que ha tenido la sentencia frente a los programas de cumplimiento de las empresas, para luego identificar la influencia que ha tenido esta sentencia en la jurisprudencia posterior, y así precisar la noción de *compliance* (II).

II. La integración del método *Red flags* por la jurisprudencia francesa para la identificación de contratos públicos viciados de corrupción

Para poder comprender a profundidad el caso, en primer lugar, se debe determinar cuál ha sido la evolución jurisprudencial que han tenido las técnicas probatorias de corrupción en los contratos públicos y las condiciones de la configuración de una violación al orden público internacional (A). De esta manera, podremos luego abordar el caso concreto y analizar a fondo el fundamento de la decisión tomada por el juez al declarar tachado de corrupción el contrato y, en consecuencia, nulo (B).

1. La evolución jurisprudencial previa a la utilización de *Red flags* para identificar un contrato viciado de corrupción en el derecho francés

En un inicio, los jueces franceses eran estrictos a la hora de considerar si un contrato estaba tachado o no de corrupción. La parte que tenía la carga de la prueba debía demostrar con hechos concretos que las acciones de la otra parte efectivamente se debían considerar corruptas y así, caracterizar una violación al orden público internacional. Entonces, para caracterizar dicha violación se exigía una vulneración al orden público internacional de carácter flagrante, efectivo y concreto, como se puede apreciar en casos como los de *Sté SNF c. Sté Cytec Industries BV*⁴ y *Schneider*⁵, de 4 de junio de 2008 y 12 de febrero de 2014 respectivamente.

Posteriormente, la jurisprudencia fue denotando una flexibilización por parte de los jueces a la hora de determinar la configuración de una violación al orden público internacional. En este sentido, podemos ver casos como el de la *République du Kirghizistan c. Belokon*⁶ (21 de febrero de 2017), en el cual la Corte de Apelación de París fundamentó su decisión con base en indicios *graves, precisos y concordantes*, justo como lo hace el método probatorio que el presente artículo estudia. Adicionalmente, en el laudo arbitral se empleó el término *Red flags* para referirse a los mencionados indicios, señalando que estos cuentan con una importancia razonable para configurar una violación al orden público internacional.

En este sentido, la Corte también cambió las características con las que debía contar el hecho corrupto para ser considerado una violación al orden público internacional; se decide abandonar el calificativo «flagrante» y se adopta el calificativo «manifiesto», es decir, ahora la violación debía ser manifiesta, efectiva y concreta. Este cambio concedió un mayor margen de prueba a la parte demandante, un ejemplo de lo anterior se presentó en el caso *MK Group c. Onyx*⁷ del 16 de enero de 2018, pues en este el juez se permitió examinar cada indicio de forma exhaustiva y detallada, haciendo posible que estos sirvieran de prueba para configurar una violación al orden público internacional⁸.

4 CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, 4 de junio de 2008. Fallo n.º 06-15.320 (*Sté SNF v. Sté Cytec Industries BV*), Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018947552/>

5 CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, 12 de febrero de 2014. Fallo n.º 10-17.076 (*Sr. Schneider c. Societades CPL, Falkony et Akiya*), Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028604051>

6 CA PARÍS, 21 de febrero de 2017, n.º 15/01650.

7 CA PARÍS, 16 de enero de 2018, n.º 15/21703.

8 CANDY, Fiona. HUET, Julien. MCDUGALL, Andrew de Lotbinière. «The Paris Court of Appeal Weighs In On International Public Policy», *WHITE & CASE*, 30 de Enero de 2018.

A continuación, surge el caso que concretó el principal avance jurisprudencial frente a la técnica probatoria en cuestión, el caso *Alstom c. Alexander Brothers* de la Corte de Apelación de París con las sentencias del 10 de abril de 2018 y del 28 de mayo de 2019. Es mediante estos fallos que se consideró que *la méthode du faisceau d'indices* forma parte del sistema jurídico francés con respecto a la corrupción en los contratos públicos. Asimismo, se estableció que es justamente debido al carácter oculto de los hechos de corrupción; que la manera de probarlos debe ser mediante indicios que cumplan con las condiciones de ser *graves, precisos y concordantes* y no hechos precisamente identificados.

Habiendo estudiado estas sentencias previas al caso a comentar en el presente artículo, podemos evidenciar que, jurisprudencialmente, ha habido un incremento continuado en las medidas de protección contra la corrupción, de igual manera, se puede apreciar que se han atenuado y flexibilizado las exigencias para caracterizar una violación al orden público internacional, permitiendo que sea posible probarla mediante un conjunto de indicios *graves, precisos y concordantes*. Teniendo esto claro, es ahora pertinente abordar el caso concreto.

2. La técnica *Red flags*: una integración coherente con el derecho francés

La decisión *Samwell*, en consonancia con la jurisprudencia anterior, flexibiliza la manera de probar la corrupción de un contrato público dentro del derecho francés, lanzando fuertes mensajes a la comunidad arbitral⁹ sobre el alcance del orden público.

En el caso concreto, el apelante alega que se debe anular el laudo arbitral teniendo en cuenta que el árbitro no cumplió con la misión que se le encomendó al momento de fallar porque, según el apelante, el árbitro no se basó exclusivamente en el derecho francés como lo estipulaban los contratos, sino en una lista de indicios de corrupción identificados por la *Ley Federal de Prácticas Corruptas en el Extranjero* de Estados Unidos (los *Red flags*).

Frente al argumento de la incorrecta aplicación del derecho francés, el artículo 1150 del código de procedimiento civil francés determina que «el tribunal arbitral decidirá el litigio de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes». En el caso en concreto, ambos contratos estipulaban expresamente que debían regirse exclusivamente por el derecho francés. Sin embargo, el tribunal arbitral consideró que siendo la corrupción una de las principales problemáticas para el buen funcionamiento del libre comercio internacional y una

9 DE GAULLE FLEURANCE & ASSOCIÉS. «Arbitration & Compliance: Paris Court of Appeal sets aside an arbitral award enforcing a corrupt settlement agreement», Paris. 29 de diciembre de 2020.

cuestión de orden público internacional¹⁰, el examen de fondo no se puede limitar al «*Pacta sunt servanda*» del artículo 1134 del Código civil francés porque es un asunto que trasciende los intereses de las partes.

Por lo tanto, cuando el tribunal arbitral analiza los indicios calificados de *Red flags* que alegaba la contraparte, debe decidir si constituyen o no indicios graves, precisos y concordantes. Es decir, si cumplen con los requisitos de la *méthode du faisceau d'indices*, concluyendo que la lista de indicios que establece la jurisprudencia de Alstom es una lista enunciativa, y no taxativa¹¹.

En efecto, en la sentencia Alstom del 10 de abril de 2018, la Corte de Apelación de París identificó una lista de indicios que permiten caracterizar un contrato como viciado de corrupción. Algunos de los indicios mencionados son: (i) la ausencia o insuficiencia de producción de documentos precisos y cuyo origen se pueda establecer con certeza tales como informes, estudios técnicos, proyectos de contratos o modificaciones, traducciones, correspondencia, actas de reuniones, entre otros; (ii) la desproporción entre el trabajo material y visible de los consultores con su remuneración; (iii) la remuneración en porcentaje; (iv) la contabilidad deficiente del consultor; (v) el carácter inexplicable de la adjudicación de un contrato teniendo en cuenta que sus competidores presentaron mejores ofertas; (vi) el hecho de que determinados sectores de actividad de un país sean notoriamente corruptos y el cliente esté implicado en prácticas de corrupción habituales¹².

Sin embargo, en el caso concreto, el Tribunal arbitral examinó los siguientes indicios de corrupción, algunos de los cuales no se mencionan expresamente en la sentencia *Alstom*: (i) la obligación del demandado de trabajar con el intermediario en cuestión; (ii) la obligación del demandado de aumentar su participación en una empresa conjunta con su co-contratante; (iii) el carácter intangible del objeto de los contratos de consultoría; (iv) la falta de pruebas frente al hecho de que los servicios hayan sido en efecto prestados; (v) el hecho de que el operador chino sea una entidad controlada indirectamente por el Estado Chino, lo que generaba un interés frente a estas sociedades¹³.

De estos elementos se desprende que el Tribunal arbitral efectivamente se basó en el derecho francés para fallar, porque el hecho de caracterizar la corrupción mediante indicios inspirados en los *Red flags* de la lista anexa a

10 Véase en el § 115 de la decisión CA PARÍS, 15 de septiembre de 2020, n.º. 19/09058: «la corruption étant un fléau majeur du commerce international et une question d'ordre public international, le tribunal arbitral ne peut limiter son examen du fond de l'affaire à l'analyse des Contrats de 2011 et 2012 au sens de l'article 1134 du code civil français (*Pacta sunt servanda*). Si de la corruption existait dans cette affaire, l'effet de la sentence arbitrale irait au-delà des intérêts des Parties(...)».

11 Véase en el § 135 de la decisión CA PARÍS, 15 de septiembre de 2020, No. 19/09058.

12 Véase en el § 118 de la decisión CA PARÍS, 15 Septembre 2020, n.º 19/09058.

13 Véase en el § 170 de la decisión CA PARÍS, 15 Septembre 2020, n.º 19/09058.

la *Ley Federal de Prácticas Corruptas en el Extranjero* de Estados Unidos, no puede llevar a concluir que se haya aplicado el derecho estadounidense para decidir este litigio.

Al considerar que estos elementos constituían un conjunto de indicios graves, precisos y concordantes (*la méthode du faisceau d'indices*) que demuestran que los contratos están viciados de corrupción, y, por lo tanto, son nulos, su ejecución violaría el orden público internacional¹⁴.

Ahora bien, la aplicación del derecho francés no impide que el Tribunal arbitral se remita a otras fuentes de derecho complementarias. Por ejemplo, el *Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales*, hace parte tanto del sistema jurídico francés como del sistema jurídico estadounidense, por lo tanto, comparten un objetivo común y la aplicación de la *méthode du faisceau d'indices* se puede complementar con la aplicación de los indicios que provienen de la técnica de *Red flags*.

III. Una técnica probatoria que garantiza el respeto por el orden público internacional y promueve el desarrollo del compliance

Teniendo clara la evolución jurisprudencial con respecto a la manera de determinar un hecho como corrupto y específicamente con *la méthode du faisceau d'indices* que ha sido ampliada por la sentencia analizada, corresponde ahora estudiar cómo este método probatorio fortalece el *compliance* y promueve la lucha contra la corrupción, luego, se identificará la influencia que la sentencia *Samwell* ha tenido en la jurisprudencia posterior, revisando así si la jurisprudencia ha seguido el mismo hilo argumentativo.

1. La *méthode du faisceau d'indices* como una herramienta que promueve el compliance para luchar contra la corrupción

La importancia de la sentencia comentada por el artículo radica, no solo en el hecho de que reafirma y amplía el campo de aplicación de una técnica probatoria, sino también que esta técnica significa la instauración de una nueva herramienta para la lucha contra la corrupción en el ordenamiento jurídico francés, el cual ha podido tomar inspiración de otros sistemas jurídicos, como el estadounidense, y así reforzar su protección contra los hechos

14 *Ibidem*.

de corrupción y por ende, garantizar de una mejor manera el orden público internacional.

La sentencia *Samwell*, al ampliar la lista de indicios de corrupción ha generado un nuevo ambiente de seguridad jurídica reforzada en los casos de presunta corrupción, pues se ensancha el rango de escenarios en los que se podrá saber con mayor claridad si un determinado acto configura o no un hecho de corrupción. A su vez, establece que la lista dada por la sentencia *Alstom* y los nuevos indicios dados por la sentencia *Samwell*, no son de carácter taxativo, sino meramente enunciativo, por lo que nuevos indicios podrán ser empleados para probar hechos de corrupción siempre y cuando estos sean *graves, precisos y concordantes*.

En este sentido, podemos apreciar una flexibilización a la hora de probar hechos de corrupción y un papel mucho más activo y estricto del juez en los casos que contengan hechos potencialmente corruptos que pongan en juego el respeto al orden público internacional. Cabe mencionar que esta flexibilización no supone una facilidad desproporcionada para probar hechos de corrupción, la técnica sigue precisando de una rigurosa evaluación de cada indicio. Simplemente se trata de volver lo más complicado posible que un hecho corrupto pase desapercibido, contrarrestando la naturaleza oculta de la corrupción mediante una técnica probatoria basada en indicios.

Por otro lado, esta jurisprudencia permite acudir a un modelo cooperativo por parte de los agentes económicos que, en nombre de la eficacia, valora la dimensión institucional y normativa de las empresas para prevenir y detectar los actos de corrupción: el *compliance*. Este modelo hace referencia a todos los procesos implementados en una organización para garantizar el cumplimiento de las reglas, normas o ética que la obligan, para prevenir todos los riesgos a los que se expone en caso de incumplimiento¹⁵.

El *compliance* permite, mediante el establecimiento de programas de cumplimiento o de «cartografía de riesgos»¹⁶, tener una visión global y transversal de todas las obligaciones y riesgos que pesan sobre los agentes económicos. Impulsado por la Ley Sapin II, estas medidas preventivas permiten que la Agencia Francesa Anticorrupción (AFA), creada por la misma ley, pueda detectar ciertas conductas susceptibles de constituir corrupción o tráfico de influencias. Así, dicha ley muestra su originalidad, frente al hecho de que las grandes empresas, tanto públicas como privadas, están obligadas a adoptar

15 D'AMBROSIO, Luca. «L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption: un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2», *RSC Dalloz*, 2019.

16 También conocido como «mapa de riesgos», esta herramienta se define como «una documentación actualizada periódicamente, destinada a identificar, analizar y priorizar los riesgos de exposición de la empresa a las solicitudes externas con fines de corrupción, en particular en función de los sectores de actividad y las zonas geográficas en las que opera la empresa». *Loi Sapin 2*, art. 17, II, n.º 3.

medidas (programas de cumplimiento anticorrupción), destinadas a prevenir y detectar la corrupción en su organización.

El programa de cumplimiento de las empresas francesas pone en marcha ciertas medidas, cuyas finalidades pueden resumirse en: (i) la definición de las conductas prohibidas; (ii) la aplicación de procedimientos internos para prevenir y detectar dichas conductas; y (iii) el establecimiento de un régimen disciplinario aplicable en caso de una conducta prohibida¹⁷. Cabe resaltar que los códigos de conducta no se limitan a repetir las definiciones jurídicas de corrupción, sino a establecer líneas de conducta teniendo en cuenta las especificidades de cada organización. Este enfoque pedagógico permite establecer un ambiente íntegro y una cultura común de probidad¹⁸ porque busca educar sobre la corrupción en las empresas como método de prevención.

Así, al tener en cuenta la evolución jurisprudencial frente a la identificación de hechos presuntamente corruptos, las empresas saben de antemano que, al elaborar sus programas de cumplimiento, deben tener en cuenta no solamente la lista enunciativa de la sentencia *Alstom*, sino también deben incluir los *Red flags* que se detectaron en la sentencia *Samwell*. Ello genera una mayor seguridad jurídica, e impulsa a que los programas de cumplimiento definan líneas de conducta precisas para evitar sanciones administrativas, o penales.

IV. Conclusiones

Habiendo estudiado el *méthode du faisceau d'indices* como herramienta para luchar contra la corrupción y concluyendo que este promueve el desarrollo del conjunto de procedimientos y buenas prácticas llamado *compliance*, corresponde ahora verificar el efecto que el mismo ha tenido en la jurisprudencia posterior a la decisión *Samwell*, con el objetivo de preguntar si la protección contra la corrupción ha seguido en aumento o si por el contrario se han presentado decisiones incongruentes con el hilo argumentativo llevado hasta el momento.

En primer lugar, tenemos la decisión *Securiport c. Benin*¹⁹ de 27 de octubre de 2020, en la cual, la Corte reafirma la importancia de las tres condiciones para tomar en cuenta los indicios invocados, que sean *graves, precisos y concordantes* y pone límites a las funciones de una Corte de Apelación, determinando que su función es verificar el cumplimiento de las condiciones de los indicios alegados, mas no examinar nuevamente cada uno de ellos.

17 D'AMBROSIO, Luca. *Op. cit.*

18 GAUDEMET, Antoine. *La compliance: un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Paris: Éditions Panthéon-Assas, coll: « Colloques », 2016.

19 CA PARÍS, 27 de octubre de 2020, n.º 19/04177.

Seguidamente, se encuentra el caso de *Libya c. SORELEC*²⁰, fallado el 17 de noviembre de 2020. En este, la Corte amplía aún más la protección contra la corrupción, estableciendo la posibilidad de aceptar los argumentos de una parte incluso luego de pasada la oportunidad procesal para exponerlos, siempre y cuando se trate de violaciones al orden público internacional, dejando de lado algunos principios procesales como el de oportunidad en virtud de otros principios que ha ponderado ser prioritarios, como lo es el respeto al orden público internacional. Con este fallo se crea un incentivo dirigido a lograr que los jueces siempre tengan la oportunidad de revisar que ninguna violación al orden público internacional se está llevando a cabo.

Cabe recalcar que dos de las sentencias ya examinadas en la evolución de la jurisprudencia previa han sido objeto de un recurso extraordinario de casación. Primero el caso *Alstom*²¹ tuvo su fallo en casación el 21 de septiembre de 2021. En los fundamentos de la decisión se lee un esencial cambio en la manera de apreciar las condiciones para caracterizar una violación al orden público internacional, esto es, que se decide abandonar la condición de ser una violación «manifiesta» (así como anteriormente se abandonó el término «flagrante») y se decidió usar el término «grave». Ahora la violación debe ser grave, efectiva y concreta. Esto significa un paso más en la flexibilización para la determinación jurídica de los hechos de corrupción, incluso, en la sentencia se menciona que la vulneración debe afectar los objetivos de la lucha contra la corrupción, ampliando aún más el espectro de análisis y vinculando estrechamente el control que se le permite tener a un juez en estos casos con el *compliance*.

El mencionado vínculo se sigue desarrollando en el fallo de casación del 23 de marzo de 2022 del caso *Belokon*²², debido a que en este la Corte señala que la violación del orden público internacional debe ser determinada de manera caracterizada y que la toma de una decisión a partir de medios probatorios no presentados ante los árbitros del Tribunal ni vinculados en sus conclusiones, no configura una violación directa a los principios del debido proceso y de la igualdad de armas, aún pueden ser cumplidas las garantías de estos principios en estas circunstancias.

Finalmente, tenemos el caso *Gabonese Republic c. Société Groupement Santullo Sericom Gabon*²³ expedido el 5 de abril de 2022 por la Corte de Apelación de París. En este asunto se aplica de nuevo el método y se dice expresamente que la manera de caracterizar una violación al orden público internacional es a través de indicios *graves, precisos y concordantes*. Conso-

20 CA PARÍS, 17 de noviembre de 2020, n.º 18/02568.

21 CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, 29 de septiembre de 2021, n.º 16/11182.

22 CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, 23 de marzo de 2022, n.º 15/01650.

23 CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, 5 de abril de 2022, n.º 20/03242.

lidando así con claridad, la *méthode du faisceau d'indices* como una herramienta para la lucha contra la corrupción.

De esta manera, a lo largo del presente artículo hemos podido evidenciar como la jurisprudencia francesa ha evolucionado y sigue evolucionando hacia una mayor protección en contra de la corrupción en los contratos públicos, fomentando el desarrollo de técnicas probatorias que faciliten la identificación de actos corruptos y promoviendo el *compliance* y la probidad en las relaciones contractuales.

Para finalizar, lo que se espera ver después de sentencias de este tipo es una mejora en la situación frente a la corrupción en Francia, como se ha comenzado a ver según el índice de percepción de corrupción francés en 2021 el cual mejoró dos puntos en comparación al índice de 2020²⁴. Adicionalmente, se espera que, si la estrategia francesa demuestra ser un éxito para la lucha contra la corrupción, esta sea fuente de inspiración para que más Estados implementen dichas técnicas en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

V. Bibliografía

ALEXANDER BROTHERS C. ALSTOM (*Alexander Brothers Ltd. v. Alstom Transport S. A. and Alstom Network UK Ltd.*), Corte de Apelación de París, Fallo de fondo del 28 de mayo de 2019. Disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-alexander-brothers-ltd-v-alstom-transport-s-a-et-alstom-network-uk-ltd-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-28th-may-2019#decision_11324.

ALEXANDER BROTHERS C. ALSTOM (*Alexander Brothers Ltd. v. Alstom Transport S.A. and Alstom Network UK Ltd.*), Corte de casación de Francia, Fallo de fondo del 29 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-alexander-brothers-ltd-c-alstom-transport-s-a-et-alstom-network-uk-ltd-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-wednesday-29th-september-2021>.

BELOKON C. KYRGYZSTAN (*Valeri Belokon c. Kyrgyz Republic*), Corte de Apelación de París, Fallo de fondo del 21 de febrero de 2017. Disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-valeri-belokon-v-kyrgyz-republic-judgment-of-the-paris-court-of-appeal-tuesday-21st-february-2017#decision_185.

BELOKON C. KYRGYZSTAN (*Valeri Belokon c. Kyrgyz Republic*), Corte de casación de Francia, Fallo de fondo del 23 de marzo de 2022. Disponible

²⁴ Véase la página web oficial de Transparencia internacional (<https://www.transparency.org/en/cpi/2021>).

en: https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-valeri-belokon-v-kyrgyz-republic-arret-de-la-cour-de-cassation-wednesday-23rd-march-2022#decision_21697.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS [Código]. Versión en vigor el 12 de junio de 2022, aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL FRANCÉS [Código]. Versión en vigor el 12 de junio de 2022. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070716/>.

SAMWELL INTERNATIONAL C. AIRBUS HELICOPTERS (*Samwell International Holdings Limited v. SAS Airbus Helicopters*), Corte de Apelación de París, Fallo de fondo del 15 de septiembre de 2020 [<https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-samwell-international-holdings-limited-v-sas-airbus-helicopters-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-15th-september-2020>].

SANTULLO SERICOM C. GABON (*Groupement Santullo Sericom Gabon c. Gabonese Republic*), Corte de Apelación de París, Fallo de fondo del 5 de abril de 2022 [https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-le-grouperment-santullo-sericom-gabon-c-la-republique-gabonaise-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-5th-april-2022#decision_23054].

SECURIPORT C. BENIN (*Securiport c. República de Benin*), Corte de Apelación de París, Fallo de fondo del 27 de octubre de 2020 [<https://jsumundi.com/fr/document/decision/fr-securiport-v-republic-of-benin-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-27th-october-2020>].

BASTILLE DAY NEWSLETTER. «Paris Court of Appeal highlights the growing importance of compliance in arbitration», *Navacelle*, 14 de julio de 2021 [<https://navacelle.law/paris-court-of-appeal-highlights-the-growing-importance-of-compliance-in-arbitration/>].

BOUYSSOU, Jacques. BARTOLI VALLET, Marie Hélène. BENOIST, Constance. BOYER, Adrien. NIÑO VARGAS, Juan Diego. «French Highest Civil Court adopts a wide scrutiny of arbitral awards in matters involving corruption and money laundering», *Alerion Avocats*, 19 de mayo de 2022 [<https://www.alerionavocats.com/en/french-highest-civil-court-adopts-wide-scrutiny-of-arbitral-awards-corruption-money-laundering/>].

CANDY, Fiona. HUET, Julien. MCDUGALL, Andrew de Lotbinière. «The Paris Court of Appeal Weighs In On International Public Policy», *WHITE & CASE*, 30 de enero de 2018 [<https://www.whitecase.com/insight-alert/paris-court-appeal-weighs-international-public-policy>].

- CHANTEBOUT, Vincent.** «Étendue du contrôle du juge sur les violations de l'ordre public par l'arbitre: enfin le revirement espéré», *Dalloz actualité*, 10 de mayo de 2022 [<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/etendue-du-controle-du-juge-sur-violations-de-l-ordre-public-par-l-arbitre-enfin-revirement-es#.Y-ZCB3bMLcs>].
- CHARREL, Nicolas.** «Indices de corruption et commande publique: vers un développement des pratiques de compliance?», *Charrel Associés Avocats*, 9 de diciembre de 2020 [<https://charrel-avocats.com/actualite/indices-de-corruption-et-commande-publique-vers-un-developpement-des-pratiques-de>].
- DALLOZ, Fiches d'orientation.** «Compliance», Dalloz, junio 2021 [<https://www.dalloz.fr/dalloz>].
- D'AMBROSIO, Luca.** «L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption: un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2», *RSC Dalloz*, 2019 [<https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2019-1-page-1.htm>].
- DE GAULLE FLEURANCE & ASSOCIÉS.** «Arbitration & Compliance - Paris Court of Appeal sets aside an arbitral award enforcing a corrupt settlement agreement», 29 de diciembre de 2020 [https://www.degaullefleurance.com/en/arbitration-compliance-the-paris-court-of-appeal-set-aside-an-arbitral-award-enforcing-a-corrupt-settlement-agreement/#_ftn11].
- GAUDEMET, Antoine.** *La compliance: un monde nouveau? Aspects d'une mutation du droit*, París: Éditions Panthéon-Assas, coll: «Colloques», 2016.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL.** «Corruption perceptions index». Consultado el 30 de julio de 2022 [<https://www.transparency.org/en/cpi/2021>].

CAPÍTULO XII

LOS MAPAS DE RIESGOS Y SISTEMAS DE *COMPLIANCE* EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

MIGUEL MATÍAS CORTÉS CUENCA

Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. COLOMBIA Y SU LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA ÚLTIMA DÉCADA. 1. LEY 1474 DE 2011, 2. DECRETO 1081 DE 2015, 3. DECRETO 124 DE 2016, 4. LEY 1778 DE 2016, 5. CIRCULAR EXTERNA NO. 100-000003 DEL 26 DE JULIO DE 2016. II. LA REALIDAD FRENTE A LOS RESULTADOS. III. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Es interesante observar la forma cómo se integra una misma temática en una región compuesta por diversos Estados, que se enfrentan a un flagelo como la corrupción; varias luchas han sido libradas durante los últimos años, tales como, aquella de la década de los 80 en la que existió una lucha por la democracia, en la década de los 90 se enfrentó a la lucha por la estabilización y el bienestar, y en la década pasada, se enfrentó la lucha de la pobreza. En la actualidad, América Latina comprende un afán por encarar la lucha contra la corrupción desde cada sistema estatal, por cuanto las diferencias que dividen cada estructura política y económica son amplias¹.

1 CEPAL. *Desde el Gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago, 2017 [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44769/1/S1601154_es.pdf].

En estos momentos, la corrupción es uno de los flagelos que restringe la democracia, limita el crecimiento económico, frena las posibilidades de igualdad, y por supuesto causa un gran daño social al conglomerado de Estados que la padecen; si bien es cierto que existe mucha especificidad desde el punto de vista de lo que representa hoy la corrupción en los distintos países, existe detrás, una especie de crimen organizado internacional que a través de distintas sociedades multinacionales, ha estado afectando los Estados de Derecho con consolidaciones democráticas².

Los hacedores de la corrupción han demostrado que esta nace, crece, se reproduce y no muere, sino que se transforma³, se moderniza, se digitaliza, se sofisticada. Sin embargo, los instrumentos de control del Estado, frente a la corrupción, no avanzan a la misma velocidad desde el punto de vista de la consolidación institucional, que se presenta en el caso de esas estructuras de crimen organizado, que no son las tradicionales de la pequeña corrupción, sino una denominada «macro corrupción».

En los últimos años, se han transformado las múltiples iniciativas en contra de la corrupción, incluso en un mensaje regional, donde se tiene que América Latina debe unirse en la lucha contra la esta, porque además de tener un impacto macroeconómico, violenta la institucionalidad de los Estados. Las estadísticas por ejemplo evidencian que los actos de corrupción logran llevarse el 5 % del PIB regional de América Latina, el 15 % del presupuesto total de la región, y que dichos actos en su gran mayoría aparecen siempre dentro de la contratación pública, el cual, coincide con ser el espacio propio y tradicional de este fenómeno⁴.

Lo anterior, integrado con la exposición mediática sobre los casos de corrupción recientes, ha generado que los gobiernos de América Latina incluyan dentro de sus prioridades establecer acciones que busquen prevenir y/o controlar el desarrollo de las prácticas corruptas dentro de sus propias administraciones. Consecuentemente, están impulsando reformas más o menos pertinentes, y de mayor o menor calado, para responder ante una ciudadanía cada vez más informada, que exige servicios públicos de calidad y eficaces, pero que también reivindica más transparencia y mayor rendición de cuentas.

En definitiva, se trata de políticas que tienen como propósito prevenir y frenar la realización de conductas situadas en el ámbito de la corrupción dentro de las funciones públicas y es ahí donde se encuentran los sistemas

2 TABLANTE, Carlos., & MORA ANTONIAZZI, Mariela. *Impacto de la corrupción en los derechos humanos. Instituto de Estudios Constitucionales*, México D. F., 2018, p. 118.

3 VILLA GIL, Fernando. *La cultura de la corrupción*, Maia Ediciones, Madrid, 2008, Págs. 15-18.

4 OCDE/CAF/CEPAL, *Perspectivas económicas de América Latina 2018: Repensando las instituciones*. París: Éditions OCDE, 2018 [<http://dx.doi.org/10.1787/leo-2018-es>].

de cumplimiento (*compliance*) y mapas de riesgo de corrupción, los cuales, cada vez toman más fuerza dentro de la región, como posibles mecanismos de prevención y mitigación de corrupción dentro del actuar cotidiano de las administraciones públicas. No en vano para el caso colombiano, desde hace poco más de una década se ha buscado implementar dichos sistemas dentro de la función pública, por medio del estatuto anticorrupción del año 2011 y otras normas subsiguientes.

Referente al *compliance* se tiene que es un «sistema para la prevención de riesgos a través del cumplimiento de las obligaciones legales que tiene por objeto la introducción de una cultura de cumplimiento en un organismo»⁵, mientras que respecto de los mapas de riesgo de corrupción se definen como «matrices que se construyen en un proceso grupal y que tienen por objeto detectar, en relación a los riesgos de corrupción en una organización, sus causas, sus consecuencias, sus niveles de probabilidad y sus impactos estimados»⁶.

Sin embargo, ¿son efectivos estos novedosos mecanismos legales y administrativos dentro de los que se destacan los mapas de riesgo y sistemas de cumplimiento? Para efectos de dar respuesta a la interrogante central de este artículo, en primer lugar, se presentará un breve análisis sobre la percepción de la corrupción en Colombia, en un segundo escenario, se realizará una revisión a las políticas públicas que se han implementado dentro de este Estado, con especial énfasis en las que introdujeron y perfeccionaron los sistemas de cumplimiento y mapas de riesgo como mecanismos anticorrupción, para así por último, emitir unas primeras conclusiones sobre la efectividad de la implementación de sistemas de cumplimiento y mapas de riesgo dentro de las Administración pública.

II. Colombia y su lucha contra la corrupción en la última década

La corrupción es una problemática global que pareciera no tener solución; probablemente al estar presente en diversos modelos. Por ejemplo, en Europa, los actos de corrupción más famosos se relacionan con el financiamiento público. En cambio, en Estados Unidos estos están presentes en el financiamiento del sector privado, mientras en lo que respecta a América Latina, se evidencia un comportamiento mixto donde los actos corruptos se presentan dentro de las esferas público/privadas de manera uniforme. Ejem-

5 RAMÍREZ BARBOSA, Paula y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*. Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2019, Págs. 165-167.

6 BIDERBOST, Pablo., BOSCÁN, Guillermo., & ROCHIN, Nalia. «La corrupción como responsabilidad compartida una revisión de las estrategias anticorrupción en el sector privado». *Revista de Gestión Pública*, Volumen VIII, Número 2, 2009, 8, pp. 229-240,230.

plo de ello es el financiamiento privado de campañas políticas, que posteriormente resulta en la obtención de cargos públicos o en la asignación de contratos públicos a privados⁷.

Es aquí en donde los sistemas judiciales protagonizan un papel fundamental actuando no solo como garantes de los derechos de los ciudadanos, sino también como medios para obtener justicia efectiva en los casos corrupción. De esta forma, Latinoamérica pareciera encontrarse en una etapa de «prueba y error»⁸ de distintas fórmulas y mecanismos para afrontar la corrupción e impunidad, lo cual muy posiblemente para muchos no sea la manera más asertiva de controlar y mitigar dicha problemática. Sin embargo, contrario a ese pensamiento, la verdad es que solo a partir de estas experiencias será posible contar con un referente propio de la región que permita identificar, analizar y controlar críticamente los escenarios propensos a actos de corrupción.

La corrupción ha sido quizás uno de los flagelos de mayor envergadura al cual Colombia se ha tenido que ver enfrentado. Desde prácticas como la malversación de recursos públicos, al favorecimiento a terceros a partir de cargos públicos, son ejemplos de actuaciones que han denotado la latente existencia de prácticas corruptas. Casos como los de Odebrecht⁹, el Programa de Alimentación Escolar —PAE¹⁰— y el Carrusel de la contratación en Bogotá¹¹ demuestran que la corrupción, se presenta continuamente en las altas esferas del Gobierno Nacional. La desviación de los recursos públicos y la toma de decisiones que benefician únicamente intereses particulares, afectan la vida de las personas y disminuyen la legitimidad y la confianza en el Estado; lo cual, rompe y corrompe el comportamiento racional de este. De acuerdo con la definición de Transparencia Internacional, corrupción es el abuso de poder o de confianza por parte de un actor para obtener beneficios particulares en detrimento de los intereses colectivos. Es un obstáculo para lograr el desarrollo sostenible de una comunidad o de un país.

Como respuesta, los diferentes Gobiernos de Colombia han dispuesto una serie de medidas tendientes a garantizar la transparencia en sus procedi-

7 MARTÍNEZ, Sandra Ximena. «Del discurso al hecho: el control a las campañas presidenciales de 2018». *Diario Razón Pública*, 24 de abril de 2015, [<https://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/10192-del-discurso-al-hecho-el-control-a-las-campa%C3%B1as-presidenciales-de-2018.html>].

8 BEDOYA, Carlos. & SALAZAR, Claudia. (2018). *Efectividad de los mapas de riesgos de corrupción como instrumento para combatirla*. Universidad EAFIT, Medellín, 2018, p. 35.

9 Ver: <https://politica.expansion.mx/mexico/2021/11/03/caso-odebrecht-resumen-que-es-consecuencias>

10 Ver: <http://obssan.unal.edu.co/wordpress/el-programa-de-alimentacion-escolar-robo-de-recursos-a-los-mas-necesitados>

11 RIVEROS, Alexander. *Analizar el carrusel de la contratación en Bogotá - caso Nule frente a la aplicación de la ley 1150 de 2007*. Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, Sogamoso, 2014, p 22.

mientos y trámites a nivel administrativo. También en búsqueda de sancionar con mayor certeza a todas aquellas sociedades (empresas) nacionales o extranjeras que tuvieran la intención de obtener un favorecimiento contractual por medio de acuerdos corruptos.

A continuación, se presenta un breve análisis de cada una de las legislaciones que los gobiernos de Colombia han implementado en la última década.

1. Ley 1474 de 2011

Esta ley se conoce también como el estatuto anticorrupción, por medio del cual el Gobierno Colombiano buscó dictaminar una serie de normas que estaban encaminadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción que pudieran generarse en diversas áreas del sector administrativo y comercial.

En los artículos 73 y 74 de dicha ley se establece que todas las entidades públicas del orden nacional, departamental o municipal; sin importar su régimen de contratación deberán implementar Programas de Transparencia y Ética Pública con el fin de promover la cultura de la legalidad e identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de sus objetivos. Dichos programas posteriormente fueron establecidos y homogeneizados como mapas de riesgo de corrupción por parte de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República.

Dichos mapas son una herramienta administrativa que tiene como objetivo principal generar una base global de riesgos dentro de las distintas entidades públicas y posteriormente que cada una de ellas, en base al riesgo específico, establezca un mecanismo de prevención y acción. Bajo esta iniciativa la Secretaría de Transparencia de la Presidencia buscó adecuar algunos de los parámetros de los sistemas de cumplimiento (*compliance*) dentro de la Administración pública, sobre todo los que hacen referencia a la identificación del riesgo.

Adicional a lo anterior, la Ley 1474, también buscó traer un sentido de responsabilidad jurídica parecido al que establecen los sistemas de cumplimiento, en razón a que las personas jurídicas que se hubiesen buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración pública podrían acarrear sanciones de índole administrativo como: (i) la suspensión de su personería jurídica; (ii) la imposición de sanciones monetarias y; (iii) cierres temporales o permanentes de los establecimientos de comercio.

2. Decreto 1081 de 2015

Con el capítulo IV del Decreto 1081 de 2015, se actualizó por parte del Gobierno Nacional el plan anticorrupción y de atención al ciudadano, donde

se estableció de manera formal que los mapas de riesgo serían los mecanismos principales de parte de las entidades públicas para evitar casos de corrupción internos y externos dentro de sus actividades. De igual manera se establece que, siguiendo el principio de transparencia y veeduría ciudadana, todas las entidades deberían publicar sus mapas de riesgo en los primeros días de cada año y dar un informe detallado en las últimas semanas del mes de diciembre sobre las actividades que hubieren generado dentro del periodo anual, en búsqueda de la mitigación de acuerdos corruptos al interior de sus actuaciones¹².

3. Decreto 124 de 2016

En el año 2016 el Gobierno Nacional dentro de su preocupación por la proliferación de casos de corrupción dentro de entidades estatales, presentó el Decreto 124 de 2016 «Por el cual se sustituye el Título 4 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, relativo al “Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano”». Dentro de los principales cambios que se establecían en este nuevo decreto, estaba el de incluir a un oficial de cumplimiento en los planteles de las entidades públicas y cuyo objeto sería supervisar y velar por el correcto cumplimiento de las directrices ya existentes en materia de corrupción.

También se estableció la obligatoriedad de que, sin importar el sector al que pertenezca la entidad estatal, esta debería diseñar y desarrollar sus mapas de riesgo de corrupción en base a las directrices únicas de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia, siendo de esta manera que las distintas oficinas de planeación de cada entidad deberán contar con una dependencia que tenga comunicación directa con la Secretaría de Transparencia de la Presidencia.

4. Ley 1778 de 2016

Ese mismo año el Gobierno Nacional también expidió la Ley 1778 de 2016, en la cual se estableció un sistema de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas que incurran en actos de corrupción. Dicha responsabilidad administrativa proviene del modelo de *compliance*, donde se tiene que para que exista una responsabilidad sobre la personería jurídica, esta no solo deberá provenir del representante legal o administrador de la empresa, sino que, por el contrario, podrá provenir del actuar de empleados, contratistas o socios, que hubiesen llevado o intentado realizar acuerdos corruptos con

12 Decreto 1081 de 2015 [Sector Presidencia de la Republica]. Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República. 27 de diciembre de 2021.

funcionarios públicos, sean estos nacionales o extranjeros. Esta responsabilidad administrativa también recaerá sobre las empresas que tengan calidad de matrices, siempre y cuando estas hubiesen tenido conocimiento de los actos corruptos que hubiesen adelantado sus subordinadas.

Dentro de la responsabilidad administrativa ya mencionada se tiene el Estado por medio de la Superintendencia de Sociedades, que podrá imponer sanciones como: (i) la imposición de multas económicas hasta por valor de 200.000 salarios mínimos legales vigentes, (ii) declarar la inhabilidad sobre la sociedad para contratar con el estado por un periodo de hasta 20 años, (iii) la publicación en medios oficiales y de amplia circulación de la decisión administrativa y las razones de la misma, (iv) la prohibición de recibir incentivos, subsidios o cualquier ayuda económica por parte del estado, en un término de 5 años¹³.

5. Circular externa n.º 100-000003 del 26 de julio de 2016

A raíz de la Ley 1778 de 2016, en el año 2016 la Superintendencia de Sociedades publica la Circula Externa No 100-000003 del 26 de julio de 2016, donde se estableció en primera medida y de manera desafortunada que, ante la inexistencia legal de la obligatoriedad respecto de los programas de ética empresarial, las recomendaciones e instrucciones que se darían dentro de la Circular externa No. 100-000003 serían únicamente una guía, no obligatoria ni vinculante para las sociedades, por lo cual sería una decisión interna y única de cada sociedad si deciden implementar los programas de ética empresarial que señala la Superintendencia o cualquier otro existente en la actualidad.

Dentro de la parte teórica de esta Circula se encuentra una recopilación de varios sistemas de ética empresarial que se han desarrollado a nivel global y que han tenido resultados positivos en la lucha contra la corrupción, por lo cual hasta la actualidad es el mejor modelo de sistema de ética empresarial que se ha elaborado dentro del territorio colombiano. Pero como ya se esperaba, al no ser vinculante para las sociedades que tienen actividades en Colombia, lamentablemente la mayoría de esas disposiciones y recomendaciones no han sido tenidas en cuenta por el sector empresarial, lo cual se evidenció en los siguientes años¹⁴.

13 Ley 1778 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. 02 de febrero de 2016.

14 Circular Externa No 100-000003 del 26 de julio de 2016. [Superintendencia de Sociedades], Por medio de la cual se expide la gula destinada a poner en marcha programas de

III. La realidad frente a los resultados

De acuerdo con el informe emitido en el año 2021 por organizaciones no gubernamentales, Colombia no ha logrado avances significativos en la lucha contra la corrupción¹⁵. Si bien en el comparativo con los países de la región latinoamericana, el país logró avanzar dos puntos más que el año 2020, es evidente que existe un estancamiento de la calificación, según se puede evidenciar en la siguiente gráfica:



Adicional a ello, en la anterior gráfica, se puede evidenciar que en el caso de América Latina, Uruguay y Chile son percibidos como los países menos corruptos, mientras que Venezuela y Nicaragua son los que tienen los índices más altos de corrupción de la región. Una vista rápida del mapa mundial de índices de corrupción evidencia varios factores que se deben tener en cuenta como son:

- La corrupción debe ser vista como una problemática mundial, que, si bien puede variar en sus niveles de intensidad de acuerdo con cada estado, no deja de ser un problema de índole global;

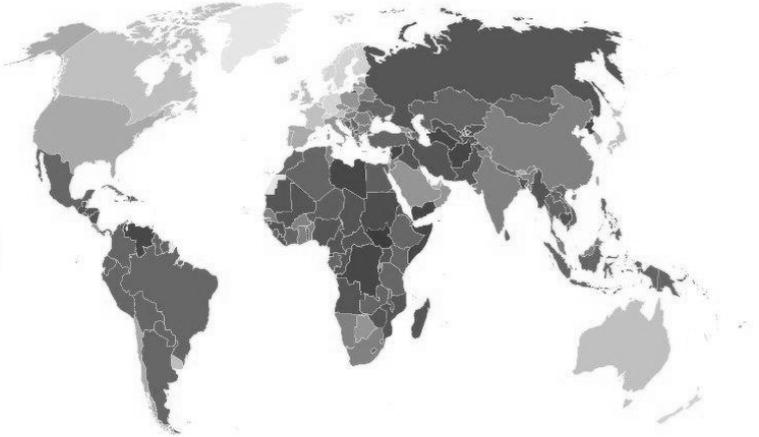
Ética empresarial para la prevención de las conductas Previstas en el artículo 20 de la ley 1778 de 2016. 26 de julio de 2016.

15 TRANSPARENCIA POR COLOMBIA, «Colombia no logra avances significativos en percepción de corrupción», enero de 2021 [<https://transparenciacolombia.org.co/2021/01/28/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2020/>].

- Si bien Colombia no está dentro de los países con los índices más bajos de corrupción tampoco lo está dentro de los más altos, compartiendo así lugar con países como: Ecuador, Brasil, Perú, entre otros;
- En países europeos como España o Italia se perciben índices de corrupción que, si bien no son tan altos como los de Latinoamérica, si son altos para el promedio de los Estados europeos.



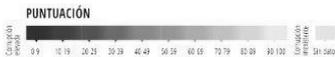
ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2021



Percepciones del nivel de corrupción en el sector público en 180 países y territorios de todo el mundo.

PUNTO PAÍS/TERRITORIO

88	Dinamarca	67	Chile	33	Chipre	42	Burkina Faso	36	Ecuador	38	República Dominicana	23	Cambogia
88	Finlandia	67	Estados Unidos de América	53	Ruanda	42	Bulgaria	36	Moldova	36	Moldova	23	Honduras
88	Nueva Zelanda	65	Barbados	53	Arabia Saudí	41	Timor Oriental	36	Panamá	36	Panamá	23	Irak
85	Noruega	64	Bahamas	52	Omán	41	Bielorrusia	36	Perú	36	Perú	23	Zimbabue
85	Singapur	63	Catar	52	Eslovaquia	41	Trinidad y Tobago	35	Albania	35	Albania	22	Eritrea
85	Suecia	62	Corea del Sur	49	Armenia	40	India	35	Bosnia-Herzegovina	35	Kenia	21	Congo
84	Suiza	62	Portugal	49	Grecia	40	India	35	Malawi	35	Angola	21	Guinea Bisáu
82	Países Bajos	61	Lituania	49	Jordania	39	Kosovo	35	Malawi	35	Liberia	20	Chad
81	Luxemburgo	61	España	48	Malasia	39	Colombia	35	Tailandia	35	Rusia	20	Comoros
80	Alemania	59	Israel	47	Croacia	39	Etiopia	34	El Salvador	34	Mauritania	20	Nicaragua
78	Reino Unido	59	Letonia	46	Cuba	39	Guyana	34	Sierra Leona	34	Birmania	20	Sudán
76	Hong Kong	59	San Vicente y las Granadinas	46	Montenegro	39	Marruecos	33	Egipto	33	Pakistán	19	Burundi
74	Canadá	58	Cabo Verde	45	China	39	Macedonia del Norte	33	Nepal	33	Uzbekistán	19	República Democrática del Congo
74	Islandia	58	Costa Rica	45	Rumania	39	Surinam	33	Filipinas	33	Camerún	19	Turkmenistán
74	Irlanda	58	Esllovenia	45	Santo Tomé y Príncipe	39	Tanzania	33	Zambia	33	Kirguistán	19	República Democrática del Congo
74	Estonia	57	Italia	45	Vanuatu	39	Vietnam	33	Argelia	33	Uganda	19	Turkmenistán
73	Austria	56	Polonia	44	Jamaica	38	Argentina	32	Esuatini	32	Bangladés	17	Guinea Ecuatorial
73	Australia	56	Santa Lucía	44	Sudáfrica	38	Brazil	32	Ucrania	32	Libia	17	Libia
73	Bélgica	55	Botsuana	44	Túnez	38	Indonesia	31	Gabón	31	Mozambique	16	Afganistán
73	Japón	55	Dominica	43	Ghana	38	Lesoto	31	México	31	Guatemala	16	Corea del Norte
73	Uruguay	55	Fiji	43	Hungría	38	Serbia	31	Níger	31	Guinea	16	Yemen
71	Francia	55	Georgia	43	Kuwait	38	Turquía	31	Papua Nueva Guinea	31	Irán	14	Venezuela
70	Seychelles	55	República Checa	43	Malta	43	Senegal	30	Azerbaiyán	30	Tayikistán	13	Somalia
69	Emiratos Árabes Unidos	54	Malta	43	Islas Salomón	43	Kazajistán	30	Bolivia	30	Libano	13	Siria
68	Bután	54	Mauricio	42	Baréin	42	Sri Lanka	30	Yibuti	30	Nigeria	11	Sudán del Sur
68	Taiwán	53	Granada	42	Benin	42	Costa de Marfil	36			24	República Centroafricana	



#cpi2021
www.transparency.org/cpi

Elaborado por Transparency International (2021). Disponible bajo licencia CC BY-ND 4.0

Con referencia a los índices de corrupción, estos se miden de acuerdo con varios factores, entre los cuales está la percepción de los ciudadanos de cada uno de los Estados analizado. La cual a su vez está influenciada por los escándalos de corrupción política que afectan negativamente a la cultura

moral de la democracia de cada país¹⁶. Esto no solo genera que un estado obtenga en dicho índice una mala puntuación, lo cual a su vez afecta los resultados finales de los niveles de corrupción interna, sino que peor aún genera una sensación de desconfianza sobre sus sistemas democráticos y posterior a ellos sobre sus gobernantes.

Lo anterior es posiblemente uno de los grandes problemas que aumentan los niveles de corrupción en los países latinoamericanos, ya que, cuando el descrédito de la población sobre el Estado como ente regulador es tan grande, el ciudadano deja de ejercer su poder de vigilancia, por el genuino sentimiento de impotencia que enfrenta al llamado «sistema». En un régimen político de clientelismo, en el que las reglas del «juego político» (no instituidas legalmente) prevalecen para que los titulares del poder realicen la privatización de los intereses públicos para unos pocos, son escasos los ciudadanos que se animan a luchar por la limpieza ética dentro de la Administración pública. Para ROTHSTEIN Y USLANER, la lógica del sálvese quien pueda, se genera cuando las instituciones pierden por completo su legitimidad¹⁷.

En el caso colombiano este fenómeno es muy evidente, ya que, el país mantiene desde hace 4 años una calificación de 37 sobre 100 puntos. Esto indica que no ha cambiado la imagen que se tiene sobre el sector público colombiano en cuanto a corrupción. El país cayó 6 puntos desde la última medición, pasando del puesto 90 al 96 entre 180 países. En Colombia, la corrupción en lo comprendido entre 2016 y 2020, reportó la pérdida de 13,67 billones de pesos, en 284 hechos de corrupción ya probados y fallados. El 53 % de los casos se concentraron en cinco departamentos: Bogotá (200 hechos), Atlántico (88), Antioquia (76), Santander (75) y Valle del Cauca (74)¹⁸.

Dentro de los tipos de corrupción que se presentan en Colombia, existen dos vertientes que nacen desde el sector público, por un lado, está la corrupción que se genera desde el uso indebido de recursos públicos, la cual, proviene principalmente de la contratación estatal. Por otro lado, se encuentra aquella que se origina a partir de acuerdos corruptos entre servidores públicos con el fin de obtener un beneficio particular, como puede ser la obtención de un puesto de trabajo o una mejora en las prestaciones económicas de un funcionario.

16 SÁNCHEZ JIMENEZ, Fernando. «Eso funciona así. Anatomía de la corrupción en España». *Revista Letras Libres*, 7 de febrero de 2012, [<https://letraslibres.com/revista-espana/esto-funciona-asi-anatomia-de-la-corrupcion-en-espana/>].

17 ROTHSTEIN, Bo., & USLANER, Erick. «All for All: Equality, Corruption, and Social Trust. World Politics», *World Politics*, 2005, pp. 41 – 72.

18 TRANSPARENCIA POR COLOMBIA, «Colombia no logra avances significativos en percepción de corrupción», enero de 2021 [<https://transparenciacolombia.org.co/2021/01/28/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2020/>].

Para el año 2021, los informes de Transparencia por Colombia han evidenciado que la corrupción de carácter administrativo es una de las prácticas con mayor crecimiento dentro del país, porque el 44 % de los hallazgos estuvieron enfocados en esta. Siendo la contratación el campo donde más se registraron irregularidades (177), en circunstancias como «direccionamiento de contratos con requisitos habilitantes muy específicos y el pago del bien o servicio a pesar de no haberse cumplido en su totalidad» según el informe de la entidad. En este tipo de corrupción, en el que se encuentran todos los actores vinculados con la administración del Estado, también se registraron otros actos que van en detrimento de los recursos públicos asociados a la seguridad (65), regulación, licenciamiento y trámites (63) y presupuesto y gasto público (59)¹⁹.

IV. Conclusiones

Todo lo anterior vislumbra un escenario de persistentes actos de corrupción, y que, por ende, se podría aducir a la falta de controles en el sistema de cumplimiento adoptado por las entidades en miras a la identificación de los riesgos. Con ello, podemos establecer como premisa inicial, que el establecimiento de políticas públicas mediante la adopción de directrices a través de Decretos Reglamentarios continuaría siendo superfluo y sin garantías, ya que dichos mecanismos supuestamente eficaces, no estarían previniendo ni controlando los riesgos de corrupción. Este sistema, no solo busca la mitigación de los riesgos, sino lograr procesos transparentes e idoneidad ética de los servidores públicos, con el fin de coadyuvar al mantenimiento y mejoramiento de la imagen de las altas esferas gubernamentales, corporaciones colegiadas, y de la Administración en general.

Por ello el reto más grande en este momento sigue siendo la necesidad de buscar el fortalecimiento de las estructuras estatales, sobre todo las que tienen que ver con la prevención de actos de corrupción por medio de sistemas de riesgo (mapas de riesgo de corrupción) o sistemas de cumplimiento (*compliance*), ya que de esta manera se acerca una administración más transparente y eficiente en su actuar. Colombia ya ha iniciado el camino correcto en la lucha contra la corrupción; implementando desde hace poco más de una década sistemas de riesgos y cumplimiento dentro de su ordenamiento legal, sin embargo, el camino aún es largo para poder obtener resultados satisfactorios en dicho tema. A pesar de ello, se ha logrado evidenciar de manera grata que en efecto los mapas de riesgo y sistemas de cumplimiento sí pueden ser una vía que de manera sustancial disminuyan los actos de corrupción administrativa.

19 *Ídem*.

V. Bibliografía

- BEDOYA, C.; SALAZAR, C.**, *Efectividad de los mapas de riesgos de corrupción como instrumento para combatirla*. Universidad EAFIT, Medellín, 2018.
- CARBAJO, F.**, «Corrupción en el sector privado: la corrupción privada y el derecho privado patrimonial». *Justitia*, n.º 10, 2012.
- CEPAL**. *Desde el Gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago, 2017.
- DIARIO DEL HUILA**. «Colombia entre el Covid-19 y la corrupción». *Neiva*, 2021.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**. *Tipologías de corrupción en Colombia*. Bogotá, 2018.
- LUNA BURGOS, B.**, *Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia. Especial referencia en las acciones constitucionales en la lucha contra la corrupción*. - Bogotá D. C.: Tesis para obtener el grado de master en derecho administrativo, 2014.
- MARÍN BOSCÁN, F. J.**, «La corrupción: ¿Un problema de sociedad y/o político?». *Frónesis*, N.º 2, 2004.
- MARTÍNEZ, S.**, «Del discurso al hecho: el control a las campañas presidenciales de 2018», Disponible en *razonpublica* [<https://razonpublica.com/del-discurso-al-hecho-el-control-a-las-campanas-presidenciales-de-2018/>].
- OCDE/CAF/CEPAL**. *Perspectivas económicas de América Latina 2018: Repensando las instituciones*. Éditions OCDE, París, 2018.
- ORTÍZ, H.; VÁSQUEZ, D.**, «Impunidad, corrupción y derechos humanos». *Perfiles latinoamericanos: revista de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*, n.º 57, 2021.
- RED IBEROAMERICANA DE FISCALES CONTRA LA CORRUPCIÓN**. *Lucha contra la corrupción*. Brasil, 2019.
- SÁNCHEZ, M.**, *Análisis de los mecanismos de cooperación judicial internacional en Colombia soluciones a las falencias existentes*. Bogotá, 1999.
- TABLANTE, C.; MORALES, M.**, *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales, México, D. F., 2018.
- TRANSPARENCIA POR COLOMBIA**. «Colombia no logra avances significativos en percepción de corrupción», Bogotá, 2021. Disponible en: <https://transparenciacolombia.org.co/2021/01/28/colombia-no-logra-avances-significativos-en-percepcion-de-corrupcion/>

TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. «Reflexiones sobre las causas de la corrupción y los medios para enfrentarla». Bogotá D.C., 2019. Disponible en: <https://transparenciacolombia.org.co/2019/01/22/reflexiones-sobre-las-causas-de-la-corrupcion-y-los-medios-para-enfrentarla/>

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. «Programa de Alimentación Escolar ¿que lo hace tan vulnerable a la corrupción?». Bogotá D.C., 2022. Disponible en: <https://periodico.unal.edu.co/articulos/programa-de-alimentacion-escolar-que-lo-hace-tan-vulnerable-a-la-corrupcion/>

CAPÍTULO XIII

ENTRE PRESUNCIONES, ESTÁNDARES E INVERSIONES DE LA CARGA DE LA PRUEBA: EL RÉGIMEN PROBATORIO DEL DECOMISO AMPLIADO EN ESPAÑA, PORTUGAL Y BRASIL

TÚLIO FELIPPE XAVIER JANUÁRIO

Becario de la «Fundação para a Ciência e a Tecnologia - FCT». Doctorando en la Universidad de Coimbra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DECOMISO AMPLIADO. III. UNA MIRADA CRÍTICA IV. LOS ESTÁNDARES PROBATORIOS REDUCIDOS DEL SISTEMA ESPAÑOL: ¿UNA POSIBLE SOLUCIÓN? V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Partiendo de la premisa de que «el crimen no puede compensar» — mucho menos económicamente— y de que una de las formas más efectivas para desarticular el crimen organizado es el «drenaje» de su capital, los instrumentos de recuperación de activos han experimentado una innegable expansión, especialmente en la persecución penal de delitos económicos, como la corrupción y el blanqueo de capitales¹.

1 Sobre las razones político-criminales de esta expansión: CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*, Imprensa Nacional - Casada Moeda, Lisboa, 2012, n.p., cap. I, sección 5; VERVAELE, John A. E. «Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 1, 1998, pp. 39-56; 39.

Uno de los sistemas jurídicos que han seguido recientemente esa tendencia internacional es el brasileño, incorporando formas de decomiso ampliado en la «Ley de Drogas» (art. 63-F, incluido por la Ley 13.886/19) y en el Código Penal (Art. 91-A, incluido por la Ley 13.964/19). Sin embargo, a pesar del potencial de estos instrumentos, algunas de las cuestiones que ya han sido ampliamente debatidas (y que siguen siendo controvertidas) en sistemas más consolidados, como el de Portugal y el de España, también se observan en las nuevas legislaciones brasileñas. Resaltamos aquí los aspectos probatorios relacionados con el decomiso ampliado.

Observamos que, mientras algunos países prevén la presunción del origen ilícito de bienes incompatibles con el patrimonio lícito de una persona condenada por determinados delitos (como Portugal, en el Art. 7.º de la Ley 5/2002), otros establecen el cumplimiento de ciertos estándares probatorios para que se considere ilícita la procedencia de los bienes (como España, en el Art. 127 bis del CP Esp). En Brasil, el tema aún está lejos de ser pacificado por la incipiente doctrina y jurisprudencia con fundadas dudas sobre: ¿Quién tendría la carga de probar la (i)licitud del origen de los bienes del condenado? ¿Cuál sería el estándar necesario para considerar probado ese origen ilícito? ¿Tendría la acusación reales condiciones de cumplir con esa carga sin desnaturalizar las finalidades del instituto? ¿Sería admisible una eventual inversión de esa carga en perjuicio del condenado, a la luz de sus derechos y garantías, incluso de aquellos previstos en instrumentos internacionales (p. ej., las garantías judiciales del Art. 8 de la CIDH y a un proceso equitativo, del Art. 6 del CEDH)?

La presente investigación se centrará precisamente en esas cuestiones. Inicialmente, realizaremos un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre el decomiso ampliado y su previsión legal en los sistemas jurídicos de Portugal, España y Brasil, con especial atención al régimen probatorio (estándares, presunciones y posibles inversiones de la carga de la prueba). Si bien ese instituto ya está consolidado en los dos países ibéricos mencionados, demostraremos que aún existen muchas dudas sobre esas cuestiones. No solo en lo que se refiere a su interpretación y aplicación judicial, sino principalmente sobre las implicaciones que pueden tener en la funcionalidad del instituto y en los derechos y garantías de los acusados. Por ello, nuestra hipótesis, que será investigada y eventualmente probada al final del artículo, es que cualquier intento de invertir la carga de la prueba en perjuicio del acusado es inadmisibles, incluso en términos de recuperación de activos. A partir de esta constatación, trazaremos posibles alternativas de interpretación para el instituto en los ordenamientos jurídicos analizados que representen un «punto de equilibrio» entre los fines esperados del instituto y los derechos y garantías procesales de los afectados por él.

II. Concepto y evolución histórica del decomiso ampliado

Cuando hablamos de decomiso de bienes nos referimos a un conjunto de medidas mediante las cuales el Estado impone, a su favor, el dominio sobre determinados bienes y valores, poniendo fin a los derechos reales y obligacionales que sobre ellos existen, así como otras formas de protección jurídica de las posiciones fácticas sobre ellos, como la posesión².

En la base de su aplicación en el ámbito penal se encuentra la comprensión de que la criminalidad actual, en gran medida organizada y profesionalizada, tiene como uno de sus grandes propósitos la expansión de sus negocios y la potencialización de sus ganancias, y de que las penas privativas de libertad no son capaces, por sí solas, de transmitir el mensaje de que «crime doesn't pay». Por esta razón, la política-criminal en este ámbito ha buscado formas de alcanzar el patrimonio de los condenados a través de instrumentos de recuperación de activos³.

Las formas clásicas, tales como el decomiso de instrumentos y productos del delito, ya están bien establecidas en la mayoría de los sistemas legales. Sin embargo, en el contexto de una criminalidad compleja, el vínculo entre una determinada ventaja o producto y una determinada conducta ilícita suele ser de difícil identificación y prueba⁴. Por ello, los modelos de decomiso ampliado han experimentado una innegable expansión. En ellos, en términos generales, se acepta un estándar de prueba reducido en cuanto al origen ilícito de los bienes incongruentes de una persona condenada por determinados delitos, o incluso se presume que son ilícitos cuando se cumplen determinadas condiciones, redistribuyendo la carga de la prueba y permitiendo su decomiso cuando el imputado no logre probar su licitud⁵.

Si analizamos la historia de este instituto, podemos identificar una primera fase inicial de amplio uso de formas de pérdida de bienes, como se obser-

2 CAEIRO, Pedro. «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas como o crime no confronto com outros meio de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimentos «ilícito»)», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 100, 2013, pp. 454-501; 456.

3 En este sentido, el Considerando 1.º de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. También: CORREIA, João Conde. *Da proibição de...*, op. cit., cap. I, sección 5.

4 CORREIA, João Conde. *Da proibição de...*, op. cit., cap. II, sección 4.

5 JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. «Da possível invocação da presunção da origem criminosa do património como motivo de não reconhecimento das decisões portuguesas de perda alargada», *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, María ACALE SÁNCHEZ, Anabela MIRANDA RODRIGUES y Adán NIETO MARTÍN (coords.), BOE, Madrid, 2021, pp. 211-234; 212.

vaba en la Roma Antigua (en las *Lex Cornelia* y en los Digestos de Justiniano) y en los sistemas jurídicos de *Common Law* (en la época anglosajona, a través de las *Acts of Attainder* y de las *British Navigation Acts*)⁶. En el período de la Ilustración, sin embargo, la abolición del decomiso se consideró una agenda tan urgente como la abolición de la pena de muerte⁷, y luego estos instrumentos comenzaron a ser progresivamente abandonados o, al menos, reemplazados por formas de decomiso especial, que afectaban únicamente a los objetos e instrumentos del delito⁸.

Sin embargo, a lo largo del siglo XX y especialmente con el comienzo del siglo XXI, estos mecanismos han vuelto a ser ampliamente utilizados, especialmente para hacer frente al crimen organizado. Inicialmente, para casos de contrabando, típicos de la primera mitad del siglo XX, ampliándose luego, a partir de los años 70, al tráfico de drogas, concretamente en los EE.UU., Reino Unido e Italia. A finales de siglo, se expandieron a todas las formas de criminalidad que generaban beneficios económicos. De hecho, en el siglo XXI, observamos dos característicos movimientos expansionistas: uno iniciado con la llamada «guerra contra el terrorismo», a partir de 2001, y otro en 2008, a partir de la gran crisis, con su expansión hacia la criminalidad típicamente económica⁹.

De este brevísimo análisis histórico es posible verificar que el decomiso ampliado es un instrumento que se sustenta en imperativos político-criminales, especialmente si consideramos que: i) el «móvil del sujeto» en las modalidades de crímenes aquí apuntadas es la obtención de ventajas patrimoniales¹⁰; ii) que la pena, para cumplir su función de contramotivo del ilícito y reafirmación de los valores que fundamentan la norma violada, debe ser capaz de anular los sentimientos de satisfacción personal y material en el agente infractor, quien debe también identificar un alto grado de probabilidad de ser sancionado en caso de transgresión¹¹; y, principalmente, iii) que en los instrumentos tradicionales de decomiso hay grandes dificultades para

6 Un análisis exhaustivo de los orígenes de este instituto se puede encontrar en: FERNÁNDEZ-BERTIER, Michaël. «The history of confiscation laws: from the book of exodus to the war on white-collar crime», *Chasing criminal money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Katalin LIGETI y Michele SIMONATO (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 53-76; 55.

7 PIETH, Mark. «Financing of Terrorism: Following the Money», *Financing Terrorism*, Mark PIETH (ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2002, pp. 115-126; 117.

8 FERNÁNDEZ-BERTIER, Michaël. «The history of...», *op. cit.*, pp. 57-58.

9 FERNÁNDEZ-BERTIER, Michaël. «The history of...», *op. cit.*, pp. 61-74.

10 ESSADO, Tiago Cintra. «Sequestro de bens, direitos e valores: a motivação das decisões judiciais na Operação Lava Jato», *Corrupção: ensaios sobre a operação Lava Jato*, Kai AMBOS, Marcos ZILLI e Paulo DE SOUSA MENDES (coords.), Marcial Pons, São Paulo, 2019, pp. 201-222; 203-204.

11 CAEIRO, Pedro. «Sentido e função...», *op. cit.*, p. 461.

probar el vínculo entre los bienes sujetos a un potencial decomiso y determinadas conductas ilícitas¹².

En vista de esto, varios fueron los ordenamientos jurídicos que adoptaran modelos de decomiso ampliado, siendo también importante mencionar el esfuerzo realizado por la Directiva 2014/42/UE, en el sentido de tratar de unificar su concepto en la UE y facilitar el proceso de reconocimiento mutuo de las decisiones que lo determinen¹³.

Pasaremos ahora al estudio de los ordenamientos jurídicos de Brasil y Portugal.

III. Una mirada crítica a los sistemas portugués y brasileño de decomiso ampliado

En lo que respecta al sistema jurídico portugués, es importante mencionar que es la Ley 5/2002, de 11 de enero, la que regula, entre otras medidas dirigidas a combatir la delincuencia organizada, el decomiso ampliado. En su Art. 1.º, es presentada una lista de delitos que admiten la medida, en cuanto que en su Art. 7.º, son presentados los requisitos para su declaración: i) la condena por alguno de los delitos del Art. 1.º; y ii) la existencia de un patrimonio del acusado, que sea incongruente con sus ingresos lícitos. A partir de estos dos requisitos se presumiría el origen ilícito del patrimonio¹⁴, pudiendo ser esta presunción refutada por el acusado, de acuerdo con el Art. 9.º, si prueba: i) la licitud del origen del bien; ii) que el bien haya formado parte de su patrimonio por más de cinco años; o iii) que haya sido adquirido con vencimientos que hayan formado parte de su patrimonio por más de cinco años.

Existe cierta divergencia doctrinal sobre si habría necesidad de probar, aunque fuera en un estándar reducido, que la actividad delictiva anterior (que se presume) es del mismo género que la actual (que dio lugar a la decisión

12 CORREIA, João Conde. *Da proibição de...*, op. cit., cap. II, sección 4; SOUZA, Cláudio Macedo; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. «A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 118, 2016, pp. 233-271; 239; BOUCHT, Johan. *The limits of asset confiscation: on the legitimacy of extended appropriation of criminal proceeds*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 5.

13 DIAS, Maria do Carmo S. «“Perda alargada” prevista na Diretiva 2014/42/UE (Artigo 5.º)» e «“perda do valor de vantagem de atividade criminosa” prevista na Lei n.º 5/2002 (Artigos 7.º a 12.º)», *O novo regime de recuperação de ativos: à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, Maria Raquel DESTERRO FERREIRA, Elina LOPES CARDOSO y João CONDE CORREIA (coords.), Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2018, n. p., cap. III, Sección 2; MAUGERI, Anna Maria. «La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work-in-progress”», *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, 2015, pp. 300-336, 315.

14 CORREIA, João Conde. *Da proibição de...*, op. cit., cap. II, secciones 4.1-4.2.

de decomiso)¹⁵. Prevalece, sin embargo, que tal prueba sería una *diabolica probatio*, ya que sería prácticamente imposible probar la actividad delictiva anterior cuando no hubo pruebas suficientes para la condena por la misma, y muchas veces ni siquiera para la denuncia¹⁶.

El modelo brasileño, a su vez, no difiere demasiado del sistema portugués. En 2019 fue aprobada la Ley 13.886/19, que añadió el Art. 63-F en la «Ley de Drogas» y, poco después, la Ley popularmente conocida como «Anticrimen» (Ley 13.964) insertó el Art. 91-A en el Código Penal, previendo modalidades de decomiso ampliado. En ambos artículos se prevé la posibilidad de decretar la medida para delitos con pena máxima de más de seis años de prisión, procediendo así al decomiso de los bienes equivalentes a la diferencia entre el valor del patrimonio del condenado y el compatible con sus rendimientos legítimos.

La diferencia entre los dos dispositivos legales radica en un requisito adicional previsto por la Ley de Drogas, que es la existencia de elementos probatorios que indiquen una conducta delictiva habitual, reiterada o profesional del condenado o su vinculación con una organización criminal (Art. 63-F, § 1.º). A su vez, la disposición del CP no exige otro requisito que la demostración de la incompatibilidad patrimonial, presumiendo, de ella, la previa actividad delictiva e invirtiendo la carga de la prueba de la licitud o compatibilidad de los bienes¹⁷.

15 Ver: CAEIRO, Pedro. «Sentido e função...», *op. cit.*, p. 496; CUNHA, José Manuel Damião da. «Perda de bens a favor do Estado», *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*, v. III, AA. VV., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 127-156; 131.

16 CORREIA, João Conde. *Da proibição de...*, *op. cit.*, cap. II, sección 4.4.

17 Es importante mencionar la existencia de una divergencia doctrinal en este punto. Para algunos autores, la Ley de Drogas no contempla una inversión de la carga de la prueba, ya que exige la demostración de dos requisitos obligatorios (convicción penal e incongruencia patrimonial) y dos alternativos (conducta delictiva habitual, reiterada o profesional o conexión con una organización criminal), todo ello a ser probado por la Fiscalía. El CP brasileño, a su vez, al no exigir la prueba de los requisitos alternativos antes mencionados, se basaría únicamente en una condena por un delito con pena de más de seis años de prisión y en la inconsistencia patrimonial, lo que no gravaría a la acusación con la producción de nuevas pruebas. Para esta parte de la doctrina, el régimen del CP brasileño asigna al demandado la carga de probar la licitud de sus bienes (en ese sentido, por todos: CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. «A inversão do...», *op. cit.*, pp. 815-819). Otra parte de la doctrina, sin embargo, sostiene que el CP tampoco opera a la luz de la inversión de la carga de la prueba. Para estos autores, correspondería a la Fiscalía probar determinados hechos (incompatibilidad patrimonial y condena por delitos con pena de más de seis años) y de estos hechos habría una presunción de ilicitud de los bienes. (En ese sentido, por todos: CUNHA, Vítor Souza. «O confisco alargado no processo penal brasileiro: uma análise de suas regras probatórias». *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. 22, n. 2, 2021, pp. 782-814; 798-808). Por mucho que una solución como la propuesta por esta última corriente fuera, a nuestro juicio, la ideal, tenemos dudas acerca de si sería posible esa lectura de lege data del CP brasileño. En primer lugar, es importante señalar que, como mencionaremos más adelante, las reglas probatorias, si bien son complementarias, no

Haciendo un análisis conjunto de los sistemas brasileño y portugués, es posible identificar algunos puntos que nos parecen muy problemáticos. Como ya se destacó, en ambos ordenamientos el legislador optó por la presunción de la procedencia ilícita de los bienes incongruentes, cuando el acusado fue condenado por alguno de los delitos que permiten la medida. En el caso del CP brasileño, ni siquiera se menciona la presunción del origen delictivo, dando la idea de que es la propia incongruencia patrimonial la que se busca enfrentar. Al así hacerlo, los legisladores en cuestión invierten la carga de la prueba, admitiendo que el demandado refute la presunción con la demostración de la licitud o congruencia de los bienes o, en el caso portugués, del lapso de tiempo de 5 años desde que se adquirió el patrimonio o que recibió los rendimientos con los que lo adquirió.

A nuestro juicio, las opciones hechas por los legisladores no fueron las más adecuadas. En primer lugar, nos parece evidente que el decomiso debe llevarse a cabo respetando los derechos y garantías procesales de los individuos, especialmente en razón de los graves efectos que genera en los acusados y en sus familiares. Por lo tanto, no puede buscarse a toda costa¹⁸. Aunque debe observarse el imperativo moral de que «nadie debería beneficiarse de un delito», los derechos individuales de los afectados deben protegerse de manera efectiva¹⁹. La máxima «el fin justifica los medios» no puede de ninguna manera aplicarse sin mayores limitaciones, siendo necesario un equilibrio en este ámbito²⁰.

son excluyentes entre sí. Es decir, de la constatación de la existencia de una presunción *iuris tantum* (que, de hecho, a nuestro juicio, existe) y de la estipulación de un cierto estándar para que una hipótesis se considere probada, no se puede concluir que no haya una inversión de la carga de la prueba. La pregunta clave, a nuestro juicio, es: ¿cuál es la hipótesis a probar, en este caso? De hecho, el CP brasileño atribuye a la Fiscalía la prueba de la incompatibilidad de los bienes y la condena por un delito con pena de más de seis años. Sin embargo, es indiscutible que la hipótesis en cuestión a considerarse probada a partir de un determinado estándar es que «el patrimonio incongruente del Convicto es derivado de un delito anterior». Y aunque existan posiciones favorables y contrarias a esta solución, nos parece poco discutible que exista una presunción de esta procedencia delictiva basada únicamente en los dos requisitos antes señalados y que esta presunción sólo será eliminada si el imputado prueba la legalidad o congruencia de su patrimonio. En otras palabras, por más odiosa que sea esta solución, quien «pierde» en caso de insuficiencia de prueba, a la luz del CP, es el acusado, pues se presume ilícito su patrimonio incongruente. Finalmente, es importante mencionar que aún si se considera que existe «solo» una presunción (y no una inversión de la carga de la prueba), esta seguirá siendo una opción muy objetable.

18 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. «Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional», *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXVIII, 2018, pp. 37-92; 83.

19 JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. «Da possível invocação...», *op. cit.*, p. 224.

20 BOUCHT, Johan. *The limits of...*, *op. cit.*, pp. 7-8.

Es importante señalar que, cuando ha sido llamado a pronunciarse sobre la posible vulneración de la presunción de inocencia (Art. 48, 1, CdFUE y Art. 6, 2, CEDH) por los mecanismos de decomiso ampliado (en los casos *Phillips v. Reino Unido*, de 2001, y *Van Offeren v. Países Bajos*, de 2005), el TEDH sostuvo que ese instrumento no constituía una nueva sanción penal y que por esa razón no se aplicaría en su ámbito la presunción de inocencia. Para ello, aplicó los llamados Criterios Engel (desarrollados en el caso *Engel v. Holanda*, de 1976), a través de los cuales llegó a la conclusión de que no se trataría de una nueva *criminal charge*. Además, consideró que la aplicación de la presunción de inocencia terminaría con la prueba de la culpabilidad del imputado y, por tanto, no sería aplicable en el marco del decomiso ampliado.

Sin embargo, estos entendimientos exigen, a nuestro juicio, una relectura crítica. Con respecto al primer punto, notamos que en la decisión del caso *Engel v. Reino Unido*, donde se desarrollaron dichos criterios, no se cuestiona sobre la naturaleza y la clasificación del procedimiento, como se hizo en el caso *Phillips*, sino sobre la naturaleza y clasificación de la ofensa²¹. Aunque parezca sutil, esta diferencia es muy relevante cuando se trata del decomiso, ya que, en la primera hipótesis, hay discrepancias entre los sistemas, sobre la naturaleza de los procedimientos en los cuales estos mecanismos podrían aplicarse (p. ej., procedimientos administrativos, civiles o penales) y también en cuanto a la naturaleza del decomiso en sí mismo. Sin embargo, cuando analizamos, por ejemplo, la ley portuguesa, y hablamos de «origen criminal», la naturaleza y clasificación de la ofensa antecedente es indiscutiblemente criminal. En otras palabras, nos parece que la invocación de los Criterios Engel muchas veces no se hace de manera integral para evitar que a los mecanismos de decomiso se apliquen algunas garantías procesales penales²².

En definitiva, entendemos que no se puede sostener, de manera general, que la presunción de inocencia no se aplicaría a los mecanismos de decomiso ampliado, ni invocar los Criterios Engel, sin analizar las particularidades de cada ordenamiento.

En cuanto al entendimiento de que la aplicación de la presunción de inocencia terminaría con la condena del acusado, debemos considerar que, en el contexto del decomiso ampliado, nos encontramos frente a dos núcleos de actividades ilícitas: 1) el delito por el cual el acusado fue condenado (requisito para el decomiso ampliado), del cual, de hecho, ya no se puede presumir su inocencia; y 2) la presunta actividad delictiva anterior, de la cual supues-

21 «Aquando de seu desenvolvimento inicial no caso Engel and Others v. United Kingdom, especialmente no que toca aos dois primeiros critérios por ele propostos, os mesmos foram aplicados questionando qual seria I) a classificação da ofensa no direito nacional e II) qual seria a natureza da ofensa. Por sua vez, no caso Phillips v. United Kingdom, conforme já apreciamos, são questionadas a classificação e a natureza do procedimento». JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. «Da possível invocação...», *op. cit.*, p. 228.

22 *Idem*.

tamente se derivaría el patrimonio incongruente a ser confiscado. En cuanto a este segundo núcleo, no se puede descartar la presunción de inocencia, ya que nunca hubo ninguna condena²³.

De hecho, no hay un juicio de culpabilidad en el decomiso ampliado, pero existe la imposición de una consecuencia gravísima al acusado y a sus familiares, que depende de dos hechos también de naturaleza criminal²⁴, siendo imprescindible la aplicación de la presunción de inocencia, aunque sea de carácter diferido con respecto a la actividad previa. De hecho, nos parece un poco contradictorio fundamentar políticamente el decomiso en la necesidad de refuerzo del dictamen «crime doesn't pay», pero refutar las garantías procesales penales en una supuesta ausencia de juicio de censura y culpabilidad. Por lo tanto, en resumen, consideramos inapropiada la invocación indiscriminada del caso Phillips y de los Criterios Engel para descartar la aplicación de la presunción de inocencia al decomiso ampliado, ya que las particularidades fácticas²⁵ y de cada sistema legal deben ser consideradas²⁶.

Está claro que la presunción del origen ilícito del patrimonio incongruente adoptada por Portugal y Brasil es relativa, ya que admite la prueba en contrario. Sin embargo, no nos parece correcta tal presunción contraria al acusado en un procedimiento penal y tampoco la consecuente redistribución de la carga de la prueba. Esto se debe a que creemos que la presunción de inocencia no puede ser excluida por una norma procesal, ya que es el principio rector del contenido y de la estructura del proceso penal. Por lo tanto, esta presunción a favor de la Acusación sería inadmisibles incluso en el contexto de posibles consecuencias no penales de la sanción²⁷.

El propio TEDH, en la decisión del caso *Salabiaku v. Francia*, de 1988, reconoció la existencia de presunciones de hecho y de derecho, siempre que cumplan dos requisitos: que no operen automáticamente (o sea, que el tribunal pueda decidir sobre su aplicación) y que admitan pruebas en contrario de la defensa.

23 *Idem.*

24 Ver: BOUCHT, Johan. *The limits of...*, *op. cit.*, pp. 8-9; TEIXEIRA, Adriano. «Apresentação», *Perda das vantagens do crime no direito penal: confisco alargado e confisco sem condenação*, Adriano TEIXEIRA (coord.), Marcial Pons, São Paulo, 2020, pp. 9-15; 9.

25 De hecho, el propio TEDH ya ha señalado esta necesidad, en el caso *Geerings v. Los Países Bajos*, de 2007, al entender que se había producido la violación del Art. 6.2 en un determinado procedimiento de decomiso, considerando que las circunstancias de hecho eran diferentes de las de los casos de Phillips y Van Offeren, ya que los bienes derivaban de conductas ilícitas por las cuales el agente había sido absuelto.

26 JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. «Da possível invocação...», *op. cit.*, p. 229.

27 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 350; 362.

En resumen, nos parece que la presunción del origen ilícito de los bienes incongruentes del condenado viola su presunción de inocencia en cuanto a las previas actividades supuestamente ilícitas. Aunque el vínculo formal del patrimonio incongruente sea con un delito por el cual el agente fue condenado (siendo, por lo tanto, culpable), su vínculo material, es decir, su concreta derivación, es de un hecho también de naturaleza criminal, que debería ser demostrado, aunque en un estándar reducido, y que no puede presumirse, porque hasta que se pruebe lo contrario, el agente es inocente. La mera incongruencia del patrimonio, añadida a una condena posterior por un determinado delito, no puede ser considerada suficiente para presumir el origen ilícito del patrimonio anterior, principalmente en los casos en que ni siquiera hay indicios de una «actividad criminal previa»²⁸.

Además, es importante mencionar que, en lo que respecta a Portugal, los obstáculos aquí señalados pueden tener relevantes consecuencias negativas en los procedimientos de reconocimiento mutuo de las decisiones portuguesas de decomiso ampliado. Dado que, a nuestro juicio, el sistema portugués previsto por la Ley 5/2002 viola la presunción de inocencia, que está expresamente prevista en los Art. 6.2 CEDH y 48.1 de la CdFUE. Observamos la posibilidad (en nuestra opinión, correcta) de invocación, por un tribunal extranjero, del motivo de recusa previsto en el Art. 19, H, del Reglamento (UE) 2018/1805, no reconociendo las decisiones portuguesas de decomiso ampliado cuando no se ha comprobado el origen ilícito del patrimonio incongruente²⁹.

Por lo tanto, a pesar de reconocer la importancia de los mecanismos de decomiso ampliado como un medio para hacer frente al crimen organizado, económico y al terrorismo, sostenemos que la continuidad de las discusiones doctrinales sobre el modelo portugués es fundamental. El hecho de que, en opinión del legislador portugués, el vector de «eficiencia» tiene prioridad sobre el vector de «garantía» en el decomiso, nos parece evidente. Pero incluso los propósitos de eficiencia pueden ser perjudicados si se rechaza el reconocimiento de las decisiones portuguesas debido al modelo adoptado.

En el caso de Brasil, una solución posible e imperativa, a nuestro juicio, sería la «interpretación conforme»³⁰ del Art. 91-A, segundo párrafo del CP

28 JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. «Da possível invocação...», *op. cit.*, pp. 231-232.

29 *Idem*.

30 «A interpretação conforme, como técnica de decisão judicial, costuma ser utilizada em três sentidos diversos. No primeiro, o ato impugnado é considerado constitucional, desde que interpretado no sentido fixado pelo órgão jurisdicional. No segundo, exclui-se uma das possíveis interpretações do dispositivo, por ser incompatível com a constituição. Nesse sentido, a interpretação conforme equivale à declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Por fim, a interpretação conforme pode ser utilizada para afastar a aplicação de uma norma válida a determinada hipótese de incidência possível. Em vez de uma dada interpretação ser considerada inconstitucional, ocorre a declaração de não incidência da norma em relação a uma específica situação de fato. Nesse caso, embora a norma seja

y del Art. 63-F, inciso 3, de la Ley de Drogas, considerando inconstitucional cualquier interpretación en el sentido de que de los términos «puedan demostrar la inexistencia de incompatibilidad o el origen lícito de los bienes» se interpretará una inversión de la carga de la prueba y presunción de ilicitud de los bienes, si el imputado no hace esa prueba.

IV. Los estándares probatorios reducidos del sistema español: ¿una posible solución?

El Art. 127 bis del CPEsp dispone que el juez debe ordenar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los delitos allí previstos, «cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito».

Entre los indicios a tener en cuenta, el artículo señala que se valorarán especialmente: «1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. 2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. 3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida».

Un poco más adelante, en el Art. 127 quinquies, se encuentra otra hipótesis de decomiso ampliado, esto es, el decomiso ampliado por actividad delictiva previa continuada³¹. En ella, cuando se observen los mismos indicios y concurren los mismos requisitos, sumados a una actividad delictiva continuada anterior, el juez podrá determinar el decomiso de los bienes incongruentes, con las presunciones previstas en el Art. 127 sexies, que son: «1.º Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva. A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos. 2.º Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos proce-

considerada constitucional, sua aplicação ao caso concreto é afastada (inconstitucionalidade em concreto) ante as circunstâncias fáticas específicas». NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*, 11. ed., JusPodivm, Salvador, 2016, p. 207-208.

31 CARRILLO DEL TESO, Ana E. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 192.

denes de su actividad delictiva. 3.º Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas»³².

Al comparar el sistema español con los modelos brasileño y portugués de decomiso ampliado, es posible observar algunos aspectos positivos, pero también la repetición de algunas dificultades ya observadas en aquellos sistemas y que también fueron señaladas por la doctrina española³³.

El modelo previsto por los Artículos 127 bis y 127 quinquies no parece hacer presumir la actividad delictiva previa basándose en una simple incompatibilidad patrimonial, como lo hacen los legisladores portugués y brasileño. Por el contrario, el legislador español estipula indicios objetivos que deben ser valorados por el juez, que le permitirán concluir o no la procedencia ilícita³⁴.

Existe, es realidad, entendimiento doctrinal que sostiene la existencia de una presunción *iuris tantum* en el Art. 127 bis, la cual deberá ser rebatida por el acusado para que su patrimonio incongruente no sea decomisado³⁵. Esta no nos parece, sin embargo, la única lectura posible del artículo en cuestión.

Los estándares probatorios, las reglas sobre la carga de la prueba y las presunciones son normas probatorias complementarias, pero no excluyentes entre sí. Lo que hace el legislador español, en efecto, es definir el umbral de suficiencia probatoria (que es la indiciaria) para que se dé por probada la hipótesis de que los bienes tienen un origen ilícito. Una eventual *inversión de la carga de la prueba*, tal como existe en los sistemas portugués y bra-

32 Como observa Fabián Caparrós, el Art. 127 quinquies prevé una modalidad complementaria y aún más rigurosa de decomiso ampliado, aunque no obligatoria. Según el autor, la dureza de este artículo se manifiesta en las presunciones del Art. 127 sexies, en notable detrimento de las garantías más elementales del imputado. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015», *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS y Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 429-448; 437-438.

33 Sobre algunas de estas controversias, ver: CARRILLO DEL TESO, Ana E. *Decomiso y recuperación...*, op. cit., pp. 309 y ss.

34 En sentido semejante: GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 44.

35 Por todos: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso en España», *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS y Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 385-428; 412. Reconociendo la existencia de una presunción legal en el sistema español de decomiso ampliado, pero considerándolo constitucionalmente legítimo: NEIRA PENA, Ana M.. «Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes», *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*. Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE y Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 89-122; 99-100.

sileño, determinaría que, si no hay prueba suficiente de la licitud del bien incongruente, este sería ilícito. Y una *presunción de ilicitud*, también operada en esos sistemas, ocurriría en caso de que se aceptase la hipótesis (origen ilícita), salvo que se pruebe lo contrario³⁶. No nos parece que este sea el único entendimiento que puede extraerse del Art. 127 bis, pero sí de los Art. 127 quinquies y sexies, que prevén claramente una presunción *iuris tantum*.

Es importante señalar también, otro punto que nos parece problemático en el Art. 127 bis. Como explica Ferrer Beltrán, entre las carencias de las normas de derecho procesal en materia probatoria, se encuentran, por un lado, la apelación a elementos mentales o psicológicos del decisor (con empleo, p. ej., de términos como «íntima convicción» y «certeza subjetiva»), que no permiten el control intersubjetivo de su rectitud y ni tampoco son capaces de ofrecer garantías, como la presunción de inocencia. Por otro lado, cuando se formulan supuestos estándares de prueba, se hacen con extrema vaguedad, incompatible con su función de definir un umbral de suficiencia de la prueba³⁷.

A nuestro juicio, el legislador español hizo bien al llevar a cabo una breve reducción de la vaguedad del estándar probatorio, al definir el umbral de suficiencia probatoria (*indiciario*) necesario para que se considere probada la hipótesis en cuestión, esto es, *la procedencia ilícita de los bienes incongruentes*, determinando que ese estándar se logrará a la luz de los indicios objetivos previstos en los Artículos 127, bis, 2 y 127 sexies.

Sin embargo, observase la remisión a un estado mental del juez, mediante el uso de los términos «resuelva [...] que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva». A la luz de la concepción de que aquí partimos, poco importa si el juez cree o no en la procedencia ilícita de los bienes, sino si se ha alcanzado o no el umbral de suficiencia probatoria. Para eliminar la subjetividad en la definición de los estándares probatorios y, en consecuencia, permitir el control intersubjetivo de las decisiones, es fundamental que estos estándares se establezcan sobre la base de criterios que apelen a la capacidad justificativa de las pruebas respecto de la hipótesis a ser probada y no a la creencia del juez sobre los hechos o su confianza en su propia creencia³⁸.

V. Conclusiones

Como se pudo constatar a lo largo del artículo, el decomiso ampliado es un instituto que representa bien la dicotomía entre los vectores de la *eficiencia*

36 Sobre esta distinción teórica, ver: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 154-167.

37 FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción...*, *op. cit.*, p. 19.

38 FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción...*, *op. cit.*, pp. 192-204.

de las investigaciones y procedimientos penales y de las necesarias garantías de los acusados en ese ámbito. Por un lado, es evidente que se muestra como un instrumento crucial en términos político-criminales, especialmente para combatir el crimen organizado. Una vez considerada la importancia que los flujos de capitales ejercen en estas organizaciones, los mecanismos de recuperación de activos son, en efecto, fundamentales para la desarticulación de estos grupos y la contención de la criminalidad cometida por ellos.

Sin embargo, nos parece claro que la excesiva atención a la eficiencia del instituto, en desprecio de las más basilares garantías procesales penales de los investigados, no solo es inadecuada, desproporcionada y, en algunos casos, inconstitucional, como también puede ser incluso contraproducente en cuanto a los fines buscados por el instituto, tal como se observa en el caso portugués. Por ello, nos parece fundamental una lectura crítica de las disposiciones que determinan presunciones e inversiones de la carga de la prueba, en los procedimientos de decomiso ampliado.

En vista de lo anterior, la definición de estándares de prueba reducidos a los que deben lograr cumplir la acusación nos parece el camino más adecuado y equilibrado en la materia. En función de las mencionadas dificultades para demostrar la actividad delictiva anterior y probar la vinculación de esta con los bienes incongruentes, es justificado (y necesario para que el instituto cumpla sus finalidades) el establecimiento de estándares de prueba reducidos para que se considere probado el origen ilícito de los bienes y que se fundamente el decomiso. Sin embargo, por las razones aquí expuestas, nos parece inadmisibles que, paralelamente a este criterio, se imponga la carga de la prueba al demandado y más aún, que se presuma su origen ilícito a partir de la mera incongruencia patrimonial y la condena por determinado crimen.

VI. Bibliografía

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

BOUCHT, Johan. *The limits of asset confiscation: on the legitimacy of extended appropriation of criminal proceeds*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

CAEIRO, Pedro. «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas como o crime no confronto com outros meio de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimentos "ilícito")» *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 100, 2013, pp. 454-501.

CARRILLO DEL TESO, Ana E., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- CORREIA, João Conde.** *Da proibição de confisco à perda alargada*, Imprensa Nacional - Casada Moeda, Lisboa, 2012.
- CUNHA, José Manuel,** «Perda de bens a favor do Estado», *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, v. III, AA. VV., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 127-156.
- CUNHA, Vítor Souza.** «O confisco alargado no processo penal brasileiro: uma análise de suas regras probatórias». *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. 22, n. 2, 2021, pp. 782-814.
- DIAS, Maria do Carmo S.,** «"Perda alargada" prevista na Diretiva 2014/42/UE (Artigo 5.º)» e «"perda do valor de vantagem de atividade criminosa" prevista na Lei n.º 5/2002 (Artigos 7.º a 12.º)», *O novo regime de recuperação de ativos: à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*. Maria Raquel DESTERRO FERREIRA, Elina LOPES CARDOSO y João CONDE CORREIA (coords.), Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2018.
- ESSADO, Tiago Cintra.** «Sequestro de bens, direitos e valores: a motivação das decisões judiciais na Operação Lava Jato», *Corrupção: ensaios sobre a operação Lava Jato*, Kai AMBOS, Marcos ZILLI e Paulo de Sousa MENDES (coords.), Marcial Pons, São Paulo, 2019, pp. 201-222.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.,** «La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015», *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS y Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 429-448.
- FERNANDEZ-BERTIER, Michaël.** «The history of confiscation laws: from the book of exodus to the war on white-collar crime», *Chasing criminal money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Katalin LIGETI y Michele SIMONATO (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 53-76.
- FERRER BELTRÁN, Jordi.** *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio B.,** «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso en España», *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS y Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 385-428.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel.** *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier.** «Da possível invocação da presunção da origem criminosa do patrimônio como motivo de não reconhecimento das decisões portuguesas de perda alargada», *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, María ACALE SÁNCHEZ, Anabela MIRANDA RODRIGUES y Adán NIETO MARTÍN (coords.), BOE, Madrid, 2021, pp. 211-234.
- MAUGERI, Anna Maria.** «La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work-in-progress"», *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, 2015, pp. 300-336.
- NEIRA PENA, Ana M.**, «Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes», *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*. Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE y Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 89-122.
- NOVELINO, Marcelo.** *Curso de direito constitucional*, 11. ed., JusPodivm, Salvador, 2016.
- PIETH, Mark.** «Financing of Terrorism: Following the Money», *Financing Terrorism*, Mark PIETH (ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2002, pp. 115-126.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty.** «Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional», *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXVIII, 2018, pp. 37-92.
- SOUZA, Cláudio Macedo; CARDOSO, Luiz Eduardo D.**, «A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 118, 2016, pp. 233-271.
- TEIXEIRA, Adriano.** «Apresentação», *Perda das vantagens do crime no direito penal: confisco alargado e confisco sem condenação*, Adriano TEIXEIRA (coord.), Marcial Pons, São Paulo, 2020, pp. 9-15.
- VERVAELE, John A. E.**, «Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 1, 1998, pp. 39-56.

CAPÍTULO XIV

LA INVERSIÓN EN I+D EN EL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

LUIS RICARDO OLIVA

Ingeniero. Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MATERIAL Y MÉTODOS. III. RESULTADOS. 1. ESTADO DE DERECHO. 2. LA TRAMPA DEL INGRESO MEDIO ALTO. 3. INVERSIÓN EN I+D+I. IV. ANÁLISIS DE ASOCIACIÓN DE INDICADOR CON RELACIÓN A INVERSIÓN EN % EN I+D+I. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La digitalización en la modernización del Estado ha desempeñado un papel importante en la aceleración de los procedimientos públicos para beneficios de los ciudadanos de un país. Organizaciones como el World Justice Project (WJP) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) confirman que, al transformar los procesos públicos en sistemas digitales, los índices de transparencia y rendición de cuentas aumentan y así mismo disminuye la tasa de percepción de la corrupción, puesto que la tramitología ya deja de estar en manos de los humanos y pasa a formar parte de un sistema automatizado (World Justice Project, 2020). No obstante, existe una línea ambivalente entre la implementación de sistemas digitales a niveles gubernamentales y los mecanismos de un país para aumentar su desarrollo económico proveniente de la innovación, ya que no todas las formas de implementación de mejoras son consideradas innovadoras (Albornoz, 2009). Para

ello, existen manuales mundialmente validados que dictaminan cuál es la manera correcta de catalogar una acción innovadora y así, poder llevar una legislación adecuada de supervisión y rendición de cuentas sobre las acciones concretas que impulsan el desarrollo de la economía del conocimiento a niveles públicos (OCDE & Eurostat, 2005; OECD, 2015). Los manuales de Oslo y Frascati, completamente validados por la OCDE y utilizados por organismos internacionales que buscan colaborar con diferentes países en materia de innovación, son aquellos que pautan el esquema de qué estudios, inversiones y proyectos pueden llevar el mérito de ser catalogados como innovativos. Para alcanzar este objetivo, la inversión en investigación y desarrollo forma parte de su sistema medular porque propone la participación de centros de investigación acreditados, universidades, investigadores con la debida formación científica y académica a estar en el frente del liderazgo de estos proyectos. Según el Manual de Frascati (2015), cuando una universidad o centro de investigación están al mando de un proyecto de investigación se asume que ya se cuentan con todos los criterios para que dicho proyecto sea considerado innovativo, ya que debe cumplir con las categorías de ser novedosos, creativos, inciertos, sistemáticos, transferibles o reproducibles. No obstante, cuando se trata de entidades fuera de las universidades como la empresa privada, u oficinas gubernamentales el escrutinio se torna aún mayor, y resulta crítico que exista una auditoría de cumplimiento de todas las normas propuestas por el Manual de Frascati, y que se utilice el Manual de Oslo como guía para la implementación de acciones de inversión en I+D.

Por otro lado, estados como el de Uruguay que dentro de América Latina cuentan con la inversión más alta en I+D, un 0.48 reportado en el 2019 por los datos abiertos del Banco Mundial, son ejemplos de que cuando existe una legislación adecuada e interés del sector público, la inversión se puede aumentar para beneficio de situaciones específicas y necesarias para cada país (Banco Mundial, 2022).

Los factores mencionados anteriormente como el incremento de la transparencia, la modernización del estado, y la rendición de cuentas son los resultados en el sector público de tener una cultura de innovación; sin embargo, existen otros indicadores económicos que también guardan relación con la inversión en innovación. Philippe Castets (2017) comenta en su tesis que existen dos indicadores que se ven alterados cuando se invierte en innovación (investigación y desarrollo), uno es el coeficiente de GINI que mide el grado de desigualdad y el otro es el índice de desarrollo humano (IDH). En el estudio de Castets (2017) se indica que a mayor inversión en innovación, investigación y desarrollo menor es el coeficiente de GINI y mayor el IDH. Este último se construye en base al PIB por habitante, el acceso a la educación y la esperanza de vida de un país, por lo que parte de

su hipótesis de investigación fue que la inversión en I+D+I influye también en el aumento del PIB de un país.

Otro de los factores que también se pueden ver afectados de manera indirecta tras la inversión en I+D+I es el fortalecimiento del estado de derecho, para las cuales todavía no se reporta una fórmula ni una correlación que indique que el impacto es directo y definitivo; no obstante, para efectos de este estudio se mostrarán consecuencias de la inversión en I+D+I en distintos factores que sí influyen en el fortalecimiento del estado de derecho (Calle Saravia, 2017; World Justice Project, 2020).

Al observarse los países con mayor inversión en I+D+I hay una coincidencia en que la mayoría son países industrializados y desarrollados como Alemania, Reino Unido, Japón, Estados Unidos, Canadá, y Suiza donde resulta esperado por el PIB por habitante, su alto IDH y sus bajos coeficientes de desigualdad. Además, por ser países cuya educación puntúa entre las más calificadas a nivel mundial por la cantidad de conocimiento que se produce a nivel universitario, centros de investigación y sectores públicos y privados y, por ende, estos países cuentan con un alto número de patentes y de datos que se comercializan y forman parte de su economía nacional (Albornoz, 2009; Avila-Lopez et al., 2019). Este artículo trae una nueva variable a la ecuación que son aquellos países en vías de desarrollo y que tuvieron un crecimiento económico rápido, pero que sus recursos no les permiten superar a los países industrializados, y por ende, al no implementar estrategias que promuevan mayores inversiones extranjeras, u otras fuentes de economía pueden caer en lo que Gill y Kharas (2007) denominaron como la trampa del ingreso medio alto (citado en Alarco Tosoni & Castillo García, 2018). El objetivo de esta etapa de la investigación es describir la relación que guarda la inversión en I+D+I en el fortalecimiento del estado de derecho y a su vez cómo este influye en que países en vías de desarrollo puedan salir de la trampa de los ingresos medios, tomando en cuenta ejemplos de países que han logrado salir en el mundo y ejemplos de América Latina. Datos sobre Panamá forman parte importante del presente artículo ya que es el país donde el investigador actualmente cumple un rol de administrador público responsable de la modernización del estado.

II. Material y métodos

El diseño de este estudio es de tipo exploratorio y descriptivo y consistió en una revisión literaria de artículos revisados por pares, documentos oficiales del gobierno nacional de Panamá, reportes oficiales de organismos internacionales, datos provenientes del Banco Mundial, UNESCO con el objetivo de encontrar la situación histórica y actual de los países de América Latina con respecto a su inversión en I+D+I, las puntuaciones mun-

diales y regionales del estado de derecho según el World Justice Project, los índices de desarrollo humano (IDH) y coeficientes de GINI, los países dentro de la región latinoamericana que se encuentran en la trampa de los ingresos medios y cuáles han logrado salir, cómo es la situación actual de Panamá, y por último cuáles son los resultados de correlación cuando se invierte en I+D+I en el sector público a nivel de indicadores que influyen en el fortalecimiento del estado de derecho y otros resultados que son de beneficio para el bienestar de un país.

III. Resultados

Los resultados de la investigación son referentes a la posición de Panamá en cuanto a su estado de derecho, su inversión actual en I+D+I, su situación frente a la trampa de ingresos medios altos, su IDH, coeficiente de GINI y, por último, qué correlaciones existen al incrementar la inversión en I+D+I en el sector público.

1. Estado de derecho

El Estado de derecho es un sistema compuesto por leyes, políticas públicas y un conjunto de métodos con el objetivo de que exista la transparencia en las operaciones del gobierno, la accesibilidad a la justicia y a los resultados del sector público (The World Justice Project, 2020). En esta investigación se revisó el índice de estado de derecho el cual es un indicador del impacto que tienen las políticas públicas sobre el acceso de los ciudadanos a la justicia y a la transparencia del gobierno. Por ejemplo, si las personas tienen acceso a los tribunales de justicia, o si tienen acceso a plataformas de salud o a la rendición de cuentas cuando existe algún proyecto público en marcha. Esta medición se puede realizar de distintas formas, una de ellas es a través de la auditoría y la verificación de existencia de leyes, políticas, plataformas abiertas y cumplimiento de normas previamente escritas. Por otro lado, el enfoque utilizado por el World Justice Project (2020) ha sido mediante encuestas que miden los indicadores más notables que conforman el estado de derecho, así como la revisión por panel de expertos legales quienes se aseguraron que los hallazgos reflejen las actitudes y opiniones de la población sin importar su grado de vulnerabilidad. La importancia de utilizar la metodología de encuestas es que los resultados reflejan la percepción de cumplimiento del sector público sobre sus servicios sociales, legales y servicios básicos, en lugar de la sola verificación de cumplimiento.

El Estado de Derecho en el mundo

La siguiente tabla muestra los puntajes generales y las clasificaciones del Índice de Estado de Derecho 2020 por país. Las puntuaciones van del 0 al 1, donde 1 indica la máxima adhesión al Estado de Derecho.

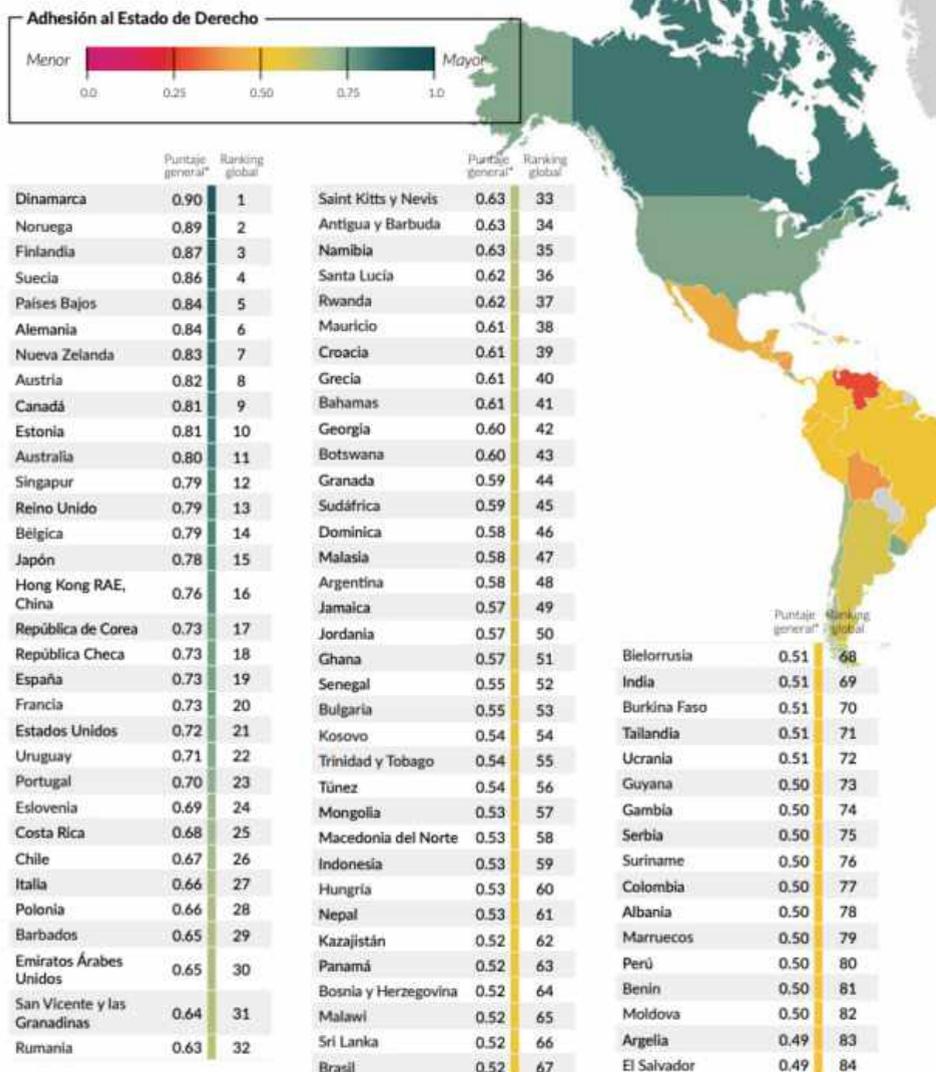


Ilustración 1 tomada de World Justice Project. (2020). Índice de Estado de Derecho. Washington DC.

FIGURA 1. La ilustración 1 refleja el mapeo realizado por el World Justice Project sobre la puntuación a nivel mundial de los estados reconocidos por la ONU en su fortalecimiento del estado de derecho, posicionando a Panamá de #63 con un puntaje de total de 0.52, siendo el 1 la categoría máxima de fortalecimiento del estado de derecho.



Ilustración 2 Tomado de World Justice Project. (2020). Índice de Estado de Derecho. Washington DC.

FIGURA 2. La ilustración 2 muestra una comparación de los países de la región de América Latina y el Caribe (LAC) en su adhesión al estado de derecho. Panamá se posiciona en la mitad, de #15 sobre los 30 países que formaron parte de este estudio, teniendo por encima a países como Uruguay, Argentina y Costa Rica que funcionaron como referente en el presente estudio a la hora de comparar datos que indicasen la relación entre la inversión en I+D+i y su estancamiento o vencimiento de la trampa de los ingresos medios altos.

Ranking de ingreso alto

País/ Jurisdicción	Ranking de ingreso alto	Puntaje general ¹	Ranking global
Dinamarca	1/37	0.90	1
Noruega	2/37	0.89	2
Finlandia	3/37	0.87	3
Suecia	4/37	0.86	4
Países Bajos	5/37	0.84	5
Alemania	6/37	0.84	6
Nueva Zelanda	7/37	0.83	7
Austria	8/37	0.82	8
Canadá	9/37	0.81	9
Estonia	10/37	0.81	10
Australia	11/37	0.80	11
Singapur	12/37	0.79	12
Reino Unido	13/37	0.79	13
Bélgica	14/37	0.79	14
Japón	15/37	0.78	15
Hong Kong RAE, China	16/37	0.76	16
República de Corea	17/37	0.73	17
República Checa	18/37	0.73	18
España	19/37	0.73	19

Francia	20/37	0.73	20
Estados Unidos	21/37	0.72	21
Uruguay	22/37	0.71	22
Portugal	23/37	0.70	23
Eslovenia	24/37	0.69	24
Chile	25/37	0.67	26
Italia	26/37	0.66	27
Polonia	27/37	0.66	28
Barbados	28/37	0.65	29
Emiratos Árabes Unidos	29/37	0.65	30
Saint Kitts y Nevis	30/37	0.63	33
Antigua y Barbuda	31/37	0.63	34
Croacia	32/37	0.61	39
Grecia	33/37	0.61	40
Bahamas	34/37	0.61	41
Trinidad y Tobago	35/37	0.54	55
Hungría	36/37	0.53	60
Panamá	37/37	0.52	63

Ilustración 3 Tomado de World Justice Project. (2020). Índice de Estado de Derecho. Washington DC.

FIGURA 3. La ilustración 3 muestra una de las categorías utilizadas por el World Justice Project para dividir a los países participantes en el estudio, siendo una de ellas por su estatus de ingreso nacional. En este estudio, Panamá fue categorizado dentro del ranking de países con ingresos altos, y cae dentro de la última posición en países dentro de esta categoría en su fortalecimiento del estado de derecho. De la región LAC se encuentran Uruguay, Chile, Bahamas, Trinidad y Tobago, y Barbados, y Antigua y Barbuda como países en la misma categoría y con una puntuación más alta dentro de este ranking.

Panamá

Los puntajes son de 0 a 1, donde 1 indica la mayor adherencia al Estado de Derecho.

	Puntaje general	Ranking regional	Ranking ingreso	Ranking global
	0.52	15/30	37/37	63/128

	Cambio puntaje	Cambio ranking
	0.00	2*

	Centro de la ley	Ranking puntaje	Ranking ingreso	Ranking global
Unión al poder gubernamental	0.54	0.00	36/36	62/128
Admisión de corrupción	0.42	0.00	19/36	37/128
Coherencia abstrata	0.19	0.00	8/30	39/128
Derechos fundamentales	0.44	0.03	13/30	34/128
Orden y seguridad	0.68	-0.02	15/30	27/128
Compromiso regulatorio	0.61	0.00	13/30	35/128
Justicia civil	0.48	-0.03	22/36	36/128
Justicia penal	0.03	-0.02	21/36	36/128

* Indica un cambio estadísticamente significativo al 10%.

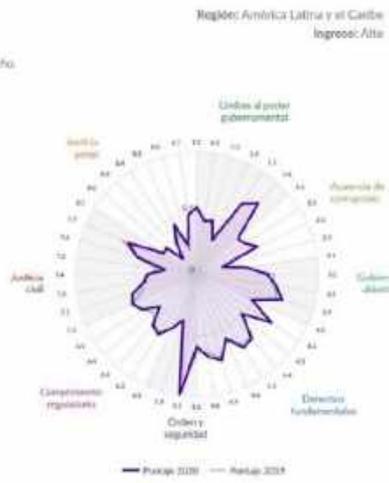


Ilustración 4 Tomado de World Justice Project. (2020). Índice de Estado de Derecho. Washington DC.

FIGURA 4. La ilustración #4 refleja el desglose de los indicadores específicos para Panamá en su estado de derecho. En la imagen se observa que el punto más fuerte es el de orden y seguridad, seguido de los límites al poder gubernamental y en tercer lugar los derechos fundamentales. En la ilustración #5 se detallan las dimensiones de cada indicador o variable utilizada para realizar la calificación total. Por ejemplo, podemos observar que, dentro de la variable de orden y seguridad, la dimensión de ausencia de conflicto civil en 2020 fue nuestro puntaje más alto en comparación con otros países de la región LAC y de países con ingreso alto. En la variable de derechos fundamentales, las dimensiones de vida y seguridad, debido proceso legal, libertad de expresión, derecho a la privacidad, libertad de asociación y derechos laborales también puntúan por encima de la región de LAC, pero no en todos los casos está encima de los países con ingresos altos. Con respecto a límites del poder gubernamental, las dimensiones de transición de poder y de contrapesos no gubernamentales también se muestran como puntuaciones superiores al promedio de países de la región LAC. Más adelante, exploraremos cuáles son las consecuencias a la hora de invertir en I+D+I y en qué dimensiones la inversión en innovación tiene correlación.



Ilustración 5 Tomado de World Justice Project. (2020). Índice de Estado de Derecho. Washington DC.

2. La trampa del ingreso medio alto

La trampa de ingresos medios altos consiste en el estancamiento económico y social de países que superan la pobreza, pero que no logran competir con los países industrializados y de mayor ingreso a nivel mundial, y por ende, no logran convertirse en países con ingresos altos continuando con su operación económica como lo han venido realizando que desde superaron el círculo vicioso de los ingresos bajos (Gill & Kharas, 2007). Otros autores, como Foxley y Sosso (2011) la define enfocándose en la dificultad de mantener tasas de crecimiento constantes del 5 % por más de una década. Esto se produce cuando los países de ingresos bajos o medios experimentan un acelerado crecimiento económico rápido y luego un estancamiento por falta de inversión en operaciones innovadoras (Foxley & Sosso, 2011).

Tasas de crecimiento y probabilidad de alcanzar un nivel de producto *per cápita* objetivo en 20 años

País	Período	Ingresos bajos	Ingresos medios bajos	Ingresos medios altos	Ingresos altos	Trampa de ingresos medios bajos	Trampa de ingresos medios altos
Argentina	1870-2014	33	92	37	0	—	Si
Bolivia	1947-2014	11	45	0	0	Si	—
Brasil	1870-2014	88	37	0	0	Si	—
Chile	1870-2014	22	100	17	11	—	—
Colombia	1870-2014	76	65	4	0	—	—
Costa Rica	1829-2014	29	37	5	0	—	—
Ecuador	1900-2014	33	63	0	0	Si	—
El Salvador	1920-2014	44	31	0	0	Si	—
Guatemala	1970-2014	22	73	0	0	Si	—
Honduras	1920-2014	80	19	0	0	—	—
México	1900-2014	42	61	22	0	—	—
Nicaragua	1970-2014	65	30	0	0	Si	—
Panamá	1945-2014	5	61	4	0	—	—
Paraguay	1939-2014	34	42	0	0	Si	—
Perú	1870-2014	76	65	0	0	Si	—
Rep. Dominicana	1950-2014	23	42	0	0	Si	—
Uruguay	1870-2014	3	131	17	1	—	—
Venezuela	1870-2014	52	24	66	0	—	Si
América Latina	1870-2014	67	34	1	0	—	—

Fuente: Elaboración propia con base en [The Conference Board \(2015\)](#) y [The Maddison Project \(2013\)](#).

Ilustración 6 Tomado de Alarco & Castillo (2018), *América Latina en la trampa de los ingresos medios o del lento crecimiento*, vol. XXXII (82), pp.5-29

FIGURA 6. La ilustración #6 refleja una descripción histórica de la posición económica de los países en América Latina. Podemos observar como en los casos de Venezuela y Argentina, quienes durante la década de los 70 y 80 tuvieron un rápido crecimiento económico, se vieron estancados como países de ingresos medios altos por más de 20 años. Alarco y Castillo (2018) citan en su artículo a autores como Buitier y Purvis (1980), Cordean y Neary (1982) quienes fueron académicos que escribieron sobre la explicación de esta trampa a nivel de producción y actividad económica y la comparan con el fenómeno de la enfermedad holandesa. Este fenómeno describe a la trampa de ingresos medios como un proceso en crecimiento, empezando con el encarecimiento de la moneda local producto del rápido crecimiento

económico y, por ende, este aumento de la divisa produce el encarecimiento del precio de las exportaciones a actividades económicas no relacionadas con la actividad que encareció la moneda en un principio (Alarco Tosoni & Castillo García, 2018). El encarecimiento de la producción y de los servicios hace que el país pierda competitividad local por el alza de sus salarios y costos de producción. Por ende, la industria local empieza a lidiar con importación de bienes que existen en el país, pero que sus costos son más atractivos aún siendo provenientes del exterior, que resulta en un desplazamiento de la producción local a países con menor costo de producción y salarios, provocando esto el desempleo. Este fenómeno prolongado impacta en el aumento de los estallidos sociales y que la disparidad socioeconómica crezca, aumentando el coeficiente de GINI y disminuyendo el índice de desarrollo humano (IDH). Según la ilustración 6, Panamá solamente ha estado cuatro años dentro de la categoría de ingresos medios altos; sin embargo, resulta necesaria la planificación de una estrategia para que el país se prepare y no sufra el estancamiento y el fenómeno de la enfermedad holandesa.

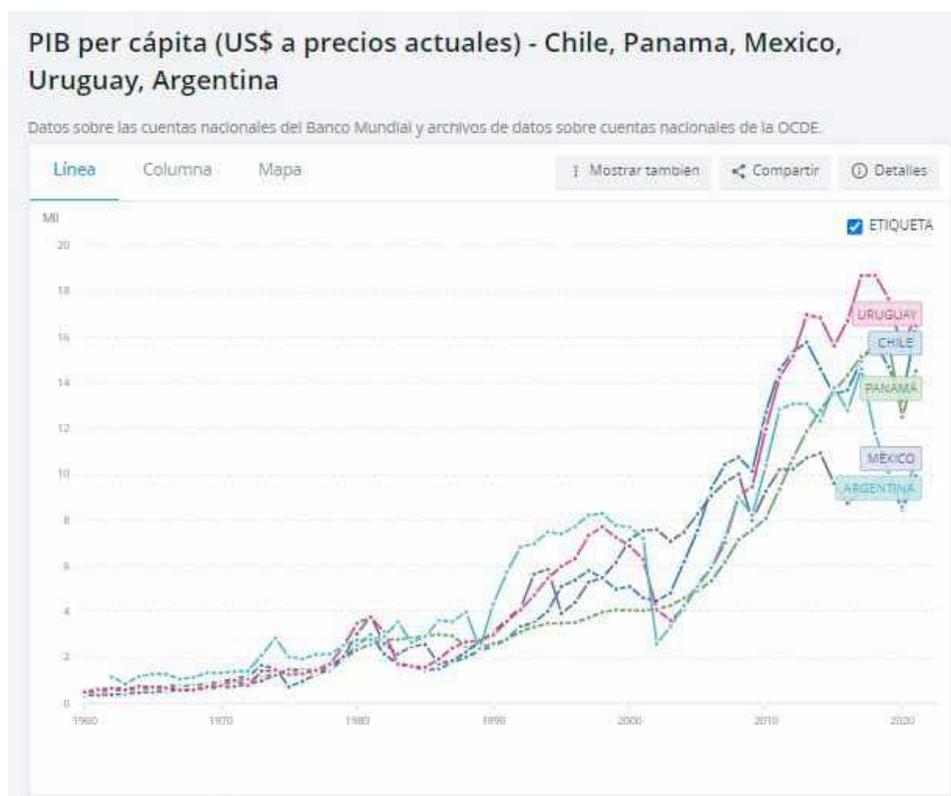


Ilustración 7 Tomado de datos del Banco Mundial

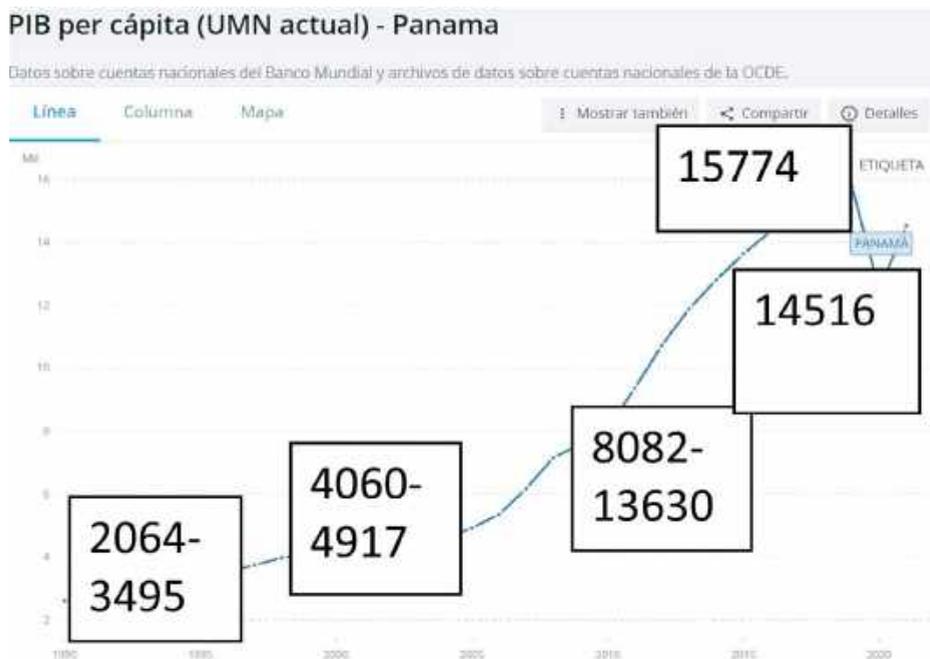


Ilustración 8 PIB de Panamá per cápita de 1990-2020.
Tomada de datos de Banco Mundial.

FIGURAS 7 Y 8. La ilustración #7 refleja el PIB per cápita de Panamá y de cuatro países de la región de LAC que han enfrentado la trampa de los ingresos medios altos. Dos de ellos, Argentina y Venezuela, sufrieron un estancamiento económico y en la actualidad presentan índices de desigualdad económica y social medios altos. Por otro lado, Uruguay y Chile, han demostrado tener progreso en innovación, así como también haber aumentado su porcentaje de inversión en I+D+I. La ilustración #8 se enfoca en el crecimiento del PIB per cápita de Panamá y posteriormente observaremos cómo el país se ha mantenido realizando una inversión del 0.1 % de su PIB en actividades de innovación. Por ende, Panamá está en el momento indicado para desarrollar un plan de acción a nivel público que sea atractivo a las instituciones y posteriormente a la empresa privada a capitalizar la información y las actividades de innovación.

3. Inversión en I+D+I

El concepto de inversión en investigación, desarrollo e innovación (I+D+I) se refiere a la creación formal de nuevo conocimiento. Históricamente, este

concepto se aplicaba en todas las disciplinas científicas como la química, las ciencias de la salud, entre otras ciencias naturales; sin embargo, ahora se ha adaptado a las ciencias sociales, humanidades, artes y la ingeniería. Los sistemas de contabilidad nacional (SCN) solían llamar a este concepto como gasto; no obstante, actualmente se habla de inversión puesto que su propósito final es la creación de capitales basados en conocimientos adquiridos a raíz de actividades de I+D+I (OECD, 2015). Según el Manual de Frascati no importa cuál sea la actividad que se realice, si se cumplen los cinco criterios de la innovación, cualquier actividad puede ser considerada como I+D+I; y aquellas investigaciones pueden ser de tres tipos: básica, aplicada y experimental. La investigación básica es referente a conocimiento nuevo que se genera luego de hacer experimentación con fenómenos observables, pero cuyo fin no es el de implementar cambios, sino describir el conocimiento nuevo. La investigación aplicada aparte de adquirir conocimiento nuevo también está enfocada en llevar estos nuevos conocimientos, llámense procedimientos o metodologías a tener un uso práctico. La investigación enfocada al desarrollo experimental utiliza conocimientos existentes para producir nuevos procesos y/o productos.

Es importante reconocer que el concepto de innovación ha sido utilizado desde el siglo pasado por diferentes académicos de la economía, como un punto de la ecuación del crecimiento económico (Harrod, 1939; Schumpeter, 1934 citado e Sandoval Cabrera, 1997; Solow, 1956). Sin embargo, las teorías más recientes lo vinculan como parte del ciclo del crecimiento técnico de las instituciones; es decir, que a mayor innovación mayor crecimiento económico, y por ende mayor progreso técnico (Castets, 2017). Los países que invierten más en I+D+I en datos del 2020 tales como Suiza con una inversión de 3.14 % de su PIB, Suecia (3.53 %), Estados Unidos (3.45 %), Corea del Sur (4.81 %), Singapur (1.89 %), Finlandia (2.94 %), Alemania (3.14 %), son también aquellos con menor coeficiente de GINI y con mayor índice de desarrollo humano (IDH), y de los países mencionados aquí, Singapur, Corea del Sur y Finlandia lograron salir de la trampa de los ingresos medios altos gracias a sus aportes en la innovación a nivel universitario, privado y público (Banco Mundial, 2022; Castets, 2019; Ramsza et al., 2021). Por otro lado, al observar la situación en América Latina, se decidió comparar la inversión en I+D+I de Panamá con Chile, Argentina y Uruguay, tres de los países que se tomaron como punto de referencia en cuanto a su estancamiento y superación de la trampa de ingresos medios altos. En esta comparación, Uruguay obtuvo el puntaje mayor con un 0.48 % de inversión, seguido de Argentina con un 0.46 %, luego Chile con un 0.34 % y por último Panamá con un 0.15 % en el año 2017. Cabe destacar que estos datos su mayoría provienen del año 2019, con la excepción de Panamá y en el caso de Venezuela los últimos datos que se reportan fueron del año 2013 (Banco Mundial, 2022). Al verificar el índice de GINI en estos países se observa que el país con mayor coeficiente de des-

igualdad es Panamá seguidos de Chile, Argentina y Uruguay como se puede observar en la ilustración #9.

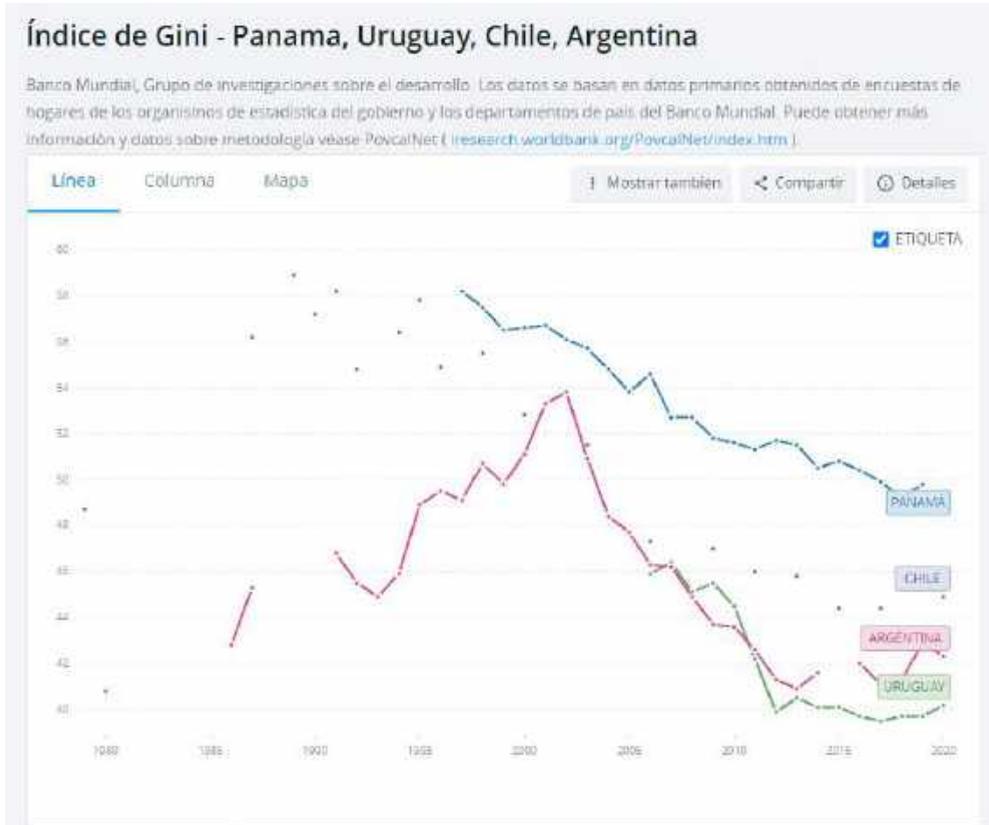


Ilustración 9 Tomado de Índice de GINI 1990-2020-Panamá, Uruguay, Chile, Argentina de Banco Mundial Datos

Al comparar la inversión en I+D+I de Panamá con los países de Centroamérica, se observa que Panamá ocupa un tercer lugar luego de Costa Rica siendo el primero (0.37 %), El Salvador ocupando el segundo lugar (0.17 %) y Panamá (0.15 %) (Banco Mundial, 2022). No obstante, al observar el índice de GINI en los países de América Central, Panamá ocupa el primer lugar en estos datos como se observa en la ilustración #10 (Banco Mundial, 2022).

Índice de Gini - Panama, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras

Banco Mundial, Grupo de investigaciones sobre el desarrollo. Los datos se basan en datos primarios obtenidos de encuestas de hogares de los organismos de estadística del gobierno y los departamentos de país del Banco Mundial. Puede obtener más información y datos sobre metodología véase PovcalNet (research.worldbank.org/PovcalNet/index.htm).

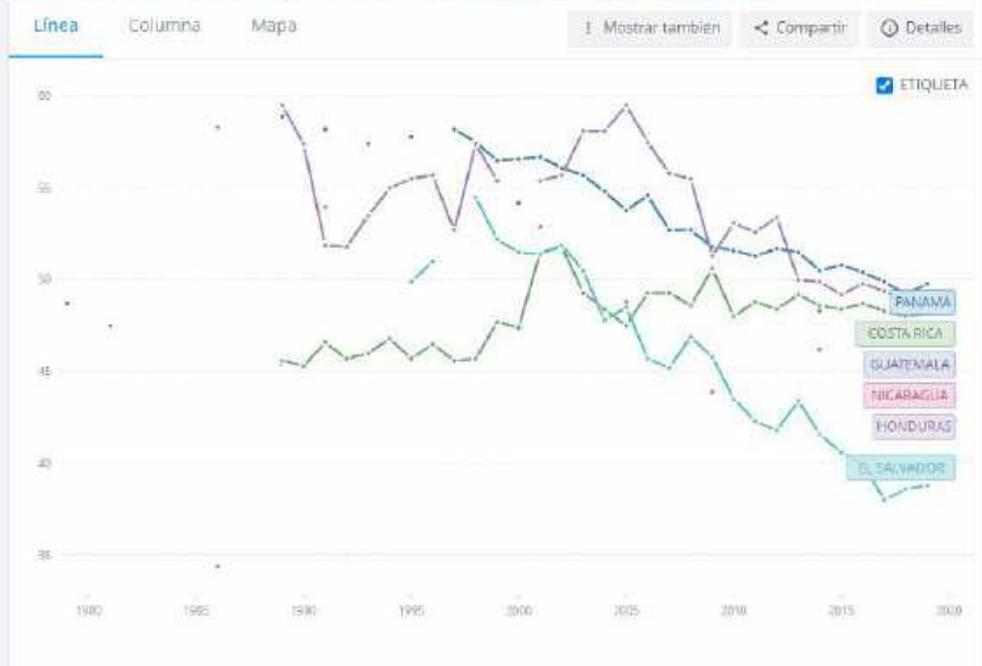


Ilustración 10 Índice de GINI 1980-2020 tomado de Banco Mundial Datos

IV. Análisis de asociación de indicador con relación a inversión en % en I+D+I

Se realizó un estudio de correlación entre inversión en I+D+I con el % del PIB per cápita con distintos indicadores con una muestra de 80 países con ingresos altos, donde se utilizó el coeficiente de correlación de Pearson para medir el grado de relación entre los indicadores analizados (Banco Mundial, 2022). Los análisis se llevaron a cabo en base a la disponibilidad de datos de cada país para cada indicador y año. Dentro de los resultados más sobresalientes se encuentran la esperanza de vida al nacer con un 75 % de alta correlación donde a mayor inversión en I+D+I la esperanza de vida aumenta. La tasa de mortalidad en menores de cinco años ocupa un 74 % de alta correlación a la inversa donde a mayor inversión en I+D+I menor la cantidad

de muertes en menores de cinco años. La tasa de mortalidad en neonatos y bebés ocupa un 72 % de alta correlación inversa. El número en la población de mayores a 65 años aumenta a mayor inversión en I+D+I con un 66.67 % de correlación. Adicionalmente, en el componente laboral se vio que a mayor inversión en I+D+I hay un aumento de la población activa laborando con un 69.81 % de correlación. Con respecto a las áreas de desarrollo social se muestra que a mayor inversión en I+D+I existe una disminución de nacimientos por cada 1000 mujeres entre 15 y 19 años con un 66.67 % de correlación inversa. En el ámbito económico se observa que a mayor inversión en I+D+I existe una disminución en los precios al consumidor en gran parte de los países que fueron encuestados con un 45.10 % de correlación inversa; también, a mayor inversión en I+D+I un mayor aumento en el valor agregado en la manufactura de alta tecnología con 56.86 % de correlación. En cuanto al aumento del PIB per cápita, existe un 59.65 % de correlación donde a mayor inversión en I+D+I más aumenta el PIB de un país. Otro aspecto dentro del ámbito económico muestra que existe un 57.14 % de correlación donde a mayor inversión en I+D+I existe cuantitativamente un mejor indicador de transferencias personales y remuneración de empleados.

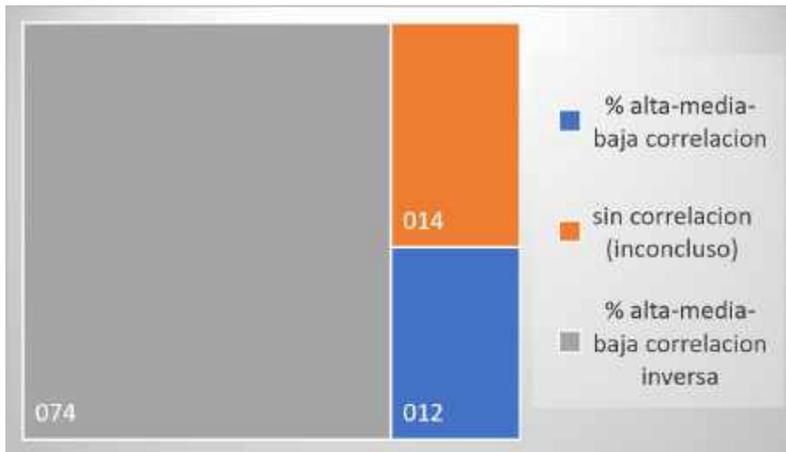


Ilustración 11 Tasa de mortalidad menores de 5 años

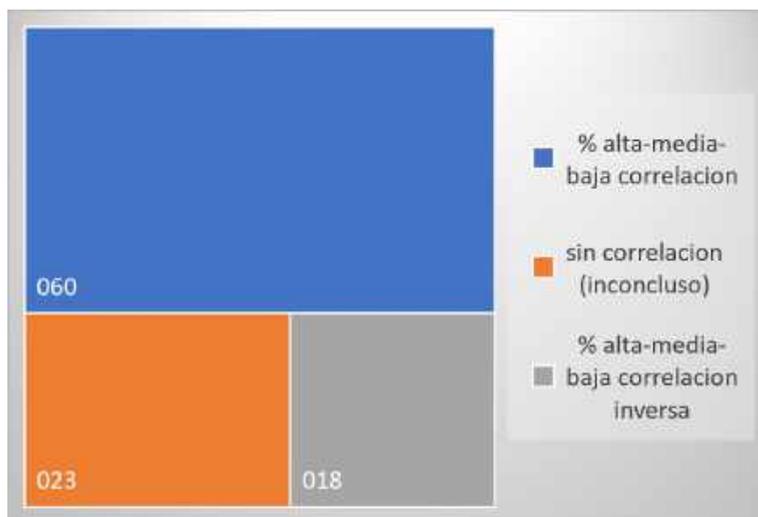


Ilustración 12 Economía PIB per cápita (US\$ a precios actuales)

En el ámbito agrícola ocurre una situación interesante donde a mayor inversión en I+D+I aunque las tierras que son cultivables se reducen con respecto al indicador de I+D+I y su correlación inversa de 47.27 %, sus valores son mejores que los de la población rural y valores agregados, lo que sugiere que se mejora el uso de la tecnología para el desarrollo de las actividades agrícolas.

En el ámbito climático se observa una correlación de 66.04 % la cual sugiere que a mayor inversión en I+D+I, mayor es el consumo de energía de fuentes renovables en la mayoría de los países analizados. En el sector público se muestra que a mayor inversión en I+D+I, mayor es el índice de fortaleza de derechos legales con una correlación de 71.43 %. En el área de ciencia y tecnología la correlación muestra que a mayor inversión en I+D+I mayor es el número de publicaciones científicas y técnicas con un 76.92 % de correlación, y también aumenta el número de investigadores dedicados con un 82.69 %. En el área comercial, se muestra que a mayor inversión en I+D+I, existe un aumento en las exportaciones de bienes y servicios con un 50.91 % de correlación, y por último, a mayor inversión en I+D+I se aumenta el comercio de mercaderías con un 52.83 % de correlación.

V. Conclusiones

Las cuestiones iniciales del presente artículo estaban enfocadas a la relación que tiene la inversión en I+D+I en el fortalecimiento del estado de dere-

cho donde se ha tomado Panamá como país del estudio principal ya que la experiencia del investigador se ha basado en gestionar los procesos de modernización del estado panameño a nivel público. No obstante, como los conceptos más sobresalientes del artículo como lo son el estado de derecho, la trampa de ingresos medios altos y el de inversión en I+D+I son conceptos internacionales que han surgido de la estandarización y de índices desarrollados por organismos internacionales, resultó pertinente utilizar datos e indicadores de países que representan el propósito ideal de la ecuación donde a mayor desarrollo de la innovación dentro de un país, mayor es el crecimiento económico y técnico y así también se ve reflejado en su PIB per cápita, en su índice de desarrollo humano, en su disminución de la desigualdad socioeconómica y en el impacto de indicadores que influyen en el fortalecimiento del estado de derecho. Como conclusión general podemos observar que existe una relación positiva entre los países que invierten en innovación y cuya actividad económica crece aceleradamente por los avances en la tecnología y su impacto en diferentes disciplinas del conocimiento, así como también su aumento del atractivo para la inversión extranjera en el caso de países que no formaban parte de los países desarrollados, pero que a través de sus centros de investigación, patentes y avances tecnológicos desarrollaron un mercado a partir de la economía del conocimiento. Debido a que la innovación trae consigo la necesidad de tener personal calificado, en varios países esto ha reforzado el presupuesto invertido en centros de investigación universitarios, o privados donde el papel del investigador principal, personal idóneo en formación académica ha crecido en su demanda dentro del mercado laboral (Wei et al., 2021). En países como Corea del Sur y Japón, la inversión en I+D+I ha traído beneficios para la industria farmacéutica, logística, y tecnológica y actualmente se está trabajando en la inclusión de la participación gubernamental para regular la actividad científica y contemplar los beneficios para el sector público (Huang et al., 2021). Tanto los manuales de Frascati y de Oslo proponen que las actividades de innovación tengan participación dentro de la Administración pública ya que es una manera donde se pueden elaborar políticas públicas que apunten específicamente a las mejoras que realmente son necesarias en los países (OCDE & Eurostat, 2005; OECD, 2015). En el caso de Uruguay que ha sido uno de los países modelo en esta investigación, los resultados de su inversión en innovación como parte de sus políticas públicas han traído como resultado un aumento en el número de publicaciones científicas en las áreas de medicina, neurociencias, ciencias biológicas, agropecuarias, bioquímica, ciencias de la computación, entre otras; así como el incremento de las solicitudes de patentes. No obstante, entre el 2013 y el 2018 ha habido una disminución en el número total de patentes concedidas, pero si ha habido un incremento en cuanto al interés en la participación en actividades científicas, en el conocimiento de centros que se dedican a la investigación y en la percepción de las personas que creen que existen políticas públicas de ciencia y tecnología que contribuyen a las mejoras de los problemas cotidianos de la población (ANII, 2015). Por esta razón, el caso

de Uruguay resulta ser un modelo para América Latina ya que además de incrementar la participación ciudadana en los proyectos de investigación, también se mejora la percepción de cómo las políticas públicas están fortaleciendo los bienes comunes a través de la ciencia y de la tecnología y existe un impacto en las dimensiones que fortalecen el estado de derecho cuyos resultados se basan puramente en la percepción ciudadana ya que las personas son quienes deben comunicar si tienen el acceso a la información, a la transparencia de las acciones de gobierno y si se observan correlaciones entre las leyes, la innovación y el beneficio para la población general.

En este estudio, dentro del análisis de indicadores y la correlación entre inversión en I+D+I más mejoras en distintos sectores de los bienes públicos hemos podido observar que 10 dimensiones que se utilizaron para medir el estado de derecho se vieron impactadas con puntajes altos de correlación como lo son la vida y seguridad, debido proceso legal, derecho a la privacidad y derechos laborales en la variable de derechos fundamentales; en leyes y datos públicos, derecho a la información, participación cívica, mecanismos de queja en la variable de gobierno abierto; en aplicación efectiva de regulaciones y ausencia de influencias indebidas en el cumplimiento regulario. Con esta información podemos afirmar que para efectos de esta investigación se observó una correlación positiva en ciertos aspectos que fortalecen el estado de derecho; sin embargo, no se puede generalizar que para todos, o que existe una ecuación única que pueda predecir la correlación total entre la inversión en I+D+I y todas las variables que fortalecen el estado de derecho, ya que existen otros factores que también intervienen en ambas partes. En cuanto a la inversión en I+D+I, esta puede ser efectuado para múltiples beneficios donde se incluyan variables que no son contempladas en el índice utilizado por el World Justice Project, pero que de igual manera influyan en el crecimiento económico de los países. En cuanto a la variable del estado de derecho, como su índice mide la percepción ciudadana pues resulta necesaria la inversión en educación (UNODC, 2019).

Para futuras investigaciones será importante contemplar otros mecanismos para medir el impacto de la inversión en I+D+I y los beneficios que trae para el sector público, donde además de una fortaleza en los sistemas legales, también se involucren los beneficios a los pilares fundamentales de la sociedad como el desarrollo agrícola, de transporte, de salud, o de educación para que tanto la realidad cuantificable, legal y la percepción ciudadana sea de agregar valor en la innovación y que puede ser un factor determinante en la continuación del crecimiento económico y así poder no permanecer estancados en el caso de Panamá en la trampa de los ingresos medios altos. Se recomienda que estas acciones de I+D+I también sean reguladas por los gobiernos nacionales y que se busque la estrategia de tener una planificación a nivel público que regule los proyectos que sean para beneficio del país y que influyan directamente el capital humano y técnico de las universidades y

centros de investigación, tanto para Panamá como para los países de América Latina y el Caribe.

VI. Bibliografía

- ALARCO TOSONI, G., & CASTILLO GARCÍA, C.** (2018). *América Latina en la trampa de los ingresos medios o del lento crecimiento*. *Análisis Económico*, XXXIII (82), 5-29.
- ALBORNOZ, M.** (2009). «Desarrollo y políticas públicas en ciencia y tecnología en América Latina». *Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, 8(1), 65-75.
- ANII.** (2015). *Indicadores de ciencia, tecnología e innovación en Uruguay*. Unidad de Evaluación y Monitoreo de la ANII.
- AVILA-LOPEZ, L. A., LYU, C., & LOPEZ-LEYVA, S.** (2019). «Innovation and growth: Evidence from Latin American countries». *Journal of Applied Economics*, 22(1), 287-303. doi: <https://doi.org/10.1080/02102412.2019.1610624>
- BANCO MUNDIAL.** (2022). «Gasto en investigación y desarrollo (% del PIB)-Panamá, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Guatemala». Retrieved from *Banco Mundial Datos*: <https://datos.bancomundial.org/indicador/GB.XPD.RSDV.GD.ZS?locations=PA-CR-SV-NI-HN-GT>
- BANCO MUNDIAL.** (2022). «Gasto en investigación y desarrollo (% del PIB)-Uruguay, Chile, Panama, Argentina, Venezuela, RB». Retrieved from *Banco Mundial Datos*: <https://datos.bancomundial.org/indicador/GB.XPD.RSDV.GD.ZS?locations=UY-CL-PA-AR-VE>
- BANCO MUNDIAL.** (2022). «Gastos en investigación y desarrollo (% del PIB)-Switzerland, Finland, Sweden, Korea, Rep., Germany, United States, Singapore. Retrieved from *Banco Mundial Datos*: <https://datos.bancomundial.org/indicador/GB.XPD.RSDV.GD.ZS?locations=CH-SE-KR-DE-US-SG-FI>
- BANCO MUNDIAL.** (2022). «Indicadores». Retrieved from *Banco Mundial Datos*: <https://datos.bancomundial.org/indicador/>
- BANCO MUNDIAL.** (2022). «Índice de GINI-Panamá, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Guatemala». Retrieved from *Banco Mundial Datos*: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?locations=PA-CR-SV-NI-HN-GT>
- BUITER, W. H., & PURVIS, D. D.** (1980). «Oil, disinflation, and export competitiveness: A model of the “Dutch disease”». *Cambridge MA: NBER*

- Working Paper Series*. Retrieved from https://www.nber.org/system/files/working_papers/w0592/w0592.pdf
- CALLE SARAVIA, M. P.** (2017). *Competencia por la inversión extranjera directa y estado de derecho en México: Un análisis a nivel subnacional*. Flasco México.
- CASTETS, P.** (2017). *El rol de la innovación en la generación de crecimiento y desarrollo económico en la OCDE* (Tesis no publicada para obtener grado de maestría). Universidad de Chile.
- FOXLEY, A., & SOSSDORF, F.** (2011). «Making the transition: From middle incomes to advanced economies». *Washington DC: The Carnegie Papers*. Retrieved from https://carnegieendowment.org/files/making_the_transition.pdf
- GILL, I., & KHARAS, H.** (2007). *An east asian renaissance: Ideas for economic growth*. World Bank. Retrieved from <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6798/399860REPLACEMENT1601OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- HARROD, R.** (1939). Resumen del papel original. In Harrod, *La teoría dinámica: Modelo de crecimiento Harrod*. Retrieved from <https://es.scribd.com/document/522408620/LA-TEORIA-DINAMICA-1939-MODELO-DE-CRECIMIENTO-HARROD>
- HUANG, M. C., LIU, M.H., & IWAKI, Y.** (2021). «The impact of R&D and innovation on global supply chain transition: GTAP analysis on Japan's public R&D investment». *Journal of Social and Economic Development*, 23, 447-467. doi: <https://doi.org/10.1007/s40847-020-00113-1>
- OCDE & EUROSTAT.** (2005). *Manual de Oslo: Guía para la recogida e interpretación de datos sobre innovación*. OCDE.
- OECD.** (2015). *Manual de Frascati: Guía para la recopilación y presentación de información sobre la investigación y el desarrollo experimental*. Paris: OECD.
- RAMSZA, M., KARBOWSKI, A., & PLATKOWSKI, T.** (2021). «Process R&D investment and social dilemmas». *Journal of Industrial and Business Economics* (48), 315-336.
- SANDOVAL CABRERA, S. V.** (1997). *Notas Clase, teoría del desenvolvimiento económico de Schumpeter*. Retrieved from <http://www.proglocode.unam.mx/sites/proglocode.unam.mx/files/docencia/Notas%20Clase%20Seyka%20-%20Teor%C3%ADa%20del%20desenvolvimiento%20econ%C3%B3mico%20Schumpeter.pdf>

- SOLOW, R. M.** (1956). «A contribution to the theory of economic growth». *Quarterly Journal of Economics*, 70, 65-94.
- THE WORLD JUSTICE PROJECT.** (2020). *Medición del estado de derecho mundial*. Washington DC: World Justice Project.
- UNODC.** (2019). *Fortalecimiento del estado de derecho mediante la educación: Guía para los encargados de la formulación de políticas*. UNODC.
- WEI, H., XIE, E., & GAO, J.** (2021). *R&D investment and debt financing of high-tech firms in emerging economies: The role of patents and state ownership*. *IEEE Transactions on Engineering Management*, 1-18.
- WORLD JUSTICE PROJECT.** (2020). Índice de Estado de Derecho. World Justice Project.

CÓDIGOS COMENTADOS



LA
EDITORIAL
JURÍDICA
DE
REFERENCIA
PARA LOS
PROFESIONALES
DEL
DERECHO
DESDE
1981

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

DESAFÍOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: GESTIÓN DE RIESGOS Y PARADIGMAS GLOBALES

A lo largo de esta obra el lector podrá observar las distintas manifestaciones de la corrupción en entornos tan diversos como los sistemas de salud, el sector privado, la contratación pública o la gestión de desastres y el impacto de sus nefastas consecuencias; pero al mismo tiempo podrá advertir la variedad de mecanismos a través de los cuales se hace frente a este fenómeno: agencias estatales anticorrupción, inversión en I+D, uso de la inteligencia artificial, instituciones como el decomiso y la posibilidad de evitar el ciberblanqueo, además de los sistemas de control administrativo de los contratos públicos y el mapeo de riesgos. Las perspectivas y ámbitos en los que se desarrollan los capítulos de este trabajo dan cuenta de la extensión y alcances de la corrupción y de las numerosas posibilidades y alternativas para lidiar con ella.

Esta obra aglutina múltiples aproximaciones a un tema que debe resultar de interés general porque ocasiona la disparidad en la asignación de recursos y permite que la brecha entre pobreza y riqueza se ensanche con facilidad.

DIRECTORAS

Ana E. Carrillo Del Teso y Graciela Pahul Robredo

COORDINADORES

María Quintas Pérez y Agustín M. Lago Montúfar

AUTORES

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Oswaldo Alfonso Borráez Gaona

Omar Darío Cardona Arboleda

Joan Antoni Llinares Gómez

Juan Carlos Prías Bernal

Agustín Miguel Lago Montúfar

Ayelén Anzola

Juan Camilo Barbosa Jaimes

Camilo Ernesto Ojeda Amaya

María Quintas Pérez

María Camila Morales Osorio

Miguel Matías Cortés Cuenca

Túlio Felipe Xavier Januário

Luis Ricardo Oliva

ISBN: 978-84-1359-853-6



9 788413 598536