



PARTE II



I. PRESENTACIÓN

Este documento conceptual sobre “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y Derecho Interno colombiano” ha sido preparado por atenta invitación de la Agencia de Cooperación Alemana (GTZ). El Consultor desea expresar su agradecimiento a Michael Rosch y a Viviana Barberena Nisimblatt por la orientación y apoyo para la ejecución de este trabajo.

Después de un prólogo sobre “Cómo No Combatir La Corrupción”, en este documento:

- a) Se hace una breve presentación de La Convención (Capítulo I) la cual obliga a los Estados Parte a adoptar un conjunto de “medidas preventivas” y crea un marco de disposiciones e instrumentos para penalizar (o criminalizar) los actos de corrupción y para judicializar los casos;
- b) Se hace una revisión de los delitos que, con arreglo a La Convención deben ser tipificados en el derecho interno y se presenta un análisis comparativo con la legislación penal colombiana vigente (Capítulo II - Penalización);
- c) Se analizan los instrumentos que, para judicializar la corrupción, se prevén en La Convención y en la legislación colombiana vigente (Capítulo III – Judicialización);

- d) Las “medidas preventivas” a que se refiere La Convención se consideran como “bases de la institucionalidad requerida” para combatir la corrupción y se plantea que los actos de corrupción y un marco de “des-institucionalidad” que la faciliten o incentiven, constituyen (o permiten) una violación de derechos humanos fundamentales a la igualdad, a la dignidad y a la vida (Capítulo IV – Constitucionalidad e Institucionalidad – La Convención, ¿para qué?)

Para la preparación de este documento se revisó la legislación colombiana vigente y se tuvieron en cuenta otros instrumentos multilaterales de prevención y combate a la corrupción. La legislación colombiana revisada incluye las disposiciones en materia (a) penal y de procedimiento penal; (b) de contratación y negocios entre el sector público y privado; (c) régimen de personal del sector público; (d) de supervisión de entidades y operaciones financieras y de valores; (e) procedimientos administrativos, acceso a la información, publicidad y transparencia de la gestión pública.

Marino Tadeo Henao

PRÓLOGO

CÓMO NO COMBATIR LA CORRUPCIÓN

I. MÁS ALLA DE LAS FALLAS DEL MERCADO Y DEL GOBIERNO: *LA ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN Y DEL PODER*

Teóricamente la intervención del gobierno se justifica por las fallas del mercado. Pero, el problema de fondo es la asimetría de la información y del poder. Así que, si el mercado falla pero a nivel del sistema político también hay asimetrías de información y de poder, las fallas del mercado se repiten como fallas del gobierno.

La corrupción más visible es la concusión, el cohecho o el peculado del funcionario público que presiona o recibe un beneficio indebido o se apropia de los recursos públicos. Pero la corrupción corporativa, la “corrupción de cuello blanco” y más profundamente “La Captura del Estado” por grupos privados, es un fenómeno menos visible y de mayor escala, que incide más poderosamente en la pobreza y el subdesarrollo. No es la corrupción que viola las reglas, sino una corrupción que “hace las reglas”. Como explican Hellman y Kaufmann (Banco Mundial, 2001)¹:

¹ Hellman Joel y Daniel Kaufmann” Confronting the Challenge of State Capture in Transition Economics, Banco Mundial, Septiembre 2001 URL: <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/18070/fandd%5Fstatecapture%5Fenglish.doc>

"La captura del Estado" por grupos privados, es un fenómeno menos visible y de mayor escala(...) No es la corrupción que viola las reglas, sino una corrupción que "hace las reglas".

“En las economías en transición, la corrupción ha adoptado una nueva imagen, las llamadas “oligarquías” manipulando la formación de la política e incluso definiendo las nuevas reglas del juego a su propia y sustantiva ventaja. Nos referimos a este comportamiento como la ‘Captura del Estado’ (...) Definimos la Captura de Estado como los esfuerzos de grandes empresas para hacer las leyes, las políticas y las regulaciones del Estado a su propia ventaja mediante el otorgamiento de ganancias privadas ilícitas a funcionarios del Estado”.

Esta corrupción puede encontrarse en:

- s Grandes proyectos y contratos estatales para la negociación de armamento, la construcción, la venta de activos en procesos de privatización y en los contratos de concesión de obras y/o servicios públicos;
- s Salvamento de bancos y grandes empresas, en subsidios corporativos o en el crédito de fomento;
- s La regulación, supervisión o en la negociación de licencias y concesiones (y otras modalidades de explotación) del espectro electromagnético, de recursos hídricos y de fuentes de energía.

La asimetría de la información y del poder ha permitido que esas políticas, proyectos y contratos públicos (y aun las reglas de su formación y las regulaciones que les son aplicables) se formen privadamente y/o beneficien a grupos privilegiados.

En muchos países (...) los inmensos recursos movilizados para “crédito de fomento” no se incorporaron al presupuesto de gastos públicos; el Estado actuó como garante de obligaciones privadas sin que estas responsabilidades contingentes se incluyeran de manera transparente en el presupuesto; el Estado asumió los riesgos cambiarios de la deuda externa del sector privado; el Estado realizó operaciones de salvamento a grandes grupos económicos y a bancos privados.

La corrupción corporativa, la corrupción de “cuello blanco” y de modo más sistemático, la “Captura del Estado” está profundamente asociada con las grandes crisis que afrontó Latinoamérica en el siglo pasado: crisis financieras, de la deuda externa y de las inflaciones galopantes.

En muchos países (...) el Estado asumió los riesgos cambiarios de la deuda externa del sector privado; el Estado realizó operaciones de salvamento a grandes grupos económicos y a bancos privados.

2. LAS TRES CS DE LA CORRUPCIÓN: *CORRUPCIÓN = CENTRALISMO + CLIENTELISMO + CONFUSIÓN*

CCC es una calificación que puede darse a países marcados por fenómenos de corrupción con la profundidad y alcance que hemos mencionado. Quizás podemos plantear una ecuación en que la corrupción equivale a Centralismo + Clientelismo + Confusión. Los tres son fenómenos de asimetría del poder y de asimetría de la información y, ciertamente:

- s Hay una alta correlación entre la geografía de la corrupción y la geografía del centralismo,
- s Existe también una alta correlación entre la geografía de la corrupción y la de los sistemas políticos clientelistas. Y, sin duda,
- s La Confusión es el paraíso de la corrupción.

La democratización, la descentralización y la transparencia son lo opuesto al sistema en que se ha incubado y madurado la corrupción: el autoritarismo clientelista, el centralismo y la confusión.

Ni la democratización, ni la descentralización, ni la transparencia por sí solas eliminan la corrupción, pero ellas la hacen visible y crean el ambiente que permite su rechazo social, su sanción moral y, si hay ciertos avances institucionales (sólo si los hay): su castigo jurídico, que es una base fundamental en los esfuerzos por erradicarla.

3. CÓMO NO COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Organismos no independientes en los gobiernos nacionales han intentado conducir esfuerzos en la lucha contra la corrupción. Por supuesto, sus esfuerzos pueden percibirse (o efectivamente, dirigirse) a revisar la corrupción en los gobiernos anteriores, la corrupción en los gobiernos subnacionales o los actos de corrupción en que están involucrados adversarios políticos, pero es difícil que sin las condiciones básicas de independencia y capacidad institucional un organismo pueda realizar un esfuerzo creíble, serio y sostenible contra la corrupción. Más allá de los organismos responsables, conviene destacar tres formas casi siempre complementarias, ineficaces y, frecuentemente contraproducentes para combatir

la corrupción: a) Confundir los errores de forma (en contratos o procedimientos administrativos) con la corrupción; b) Los escándalos políticos de los adversarios; y c) Las investigaciones masivas.

a) Errores de forma y Corrupción

Puede creerse que los corruptos olvidan un trámite, un paso o una formalidad en un procedimiento de contratación o en la toma de una decisión administrativa. Quizás lo contrario sea más cierto: en los contratos donde hay corrupción se observan más rigurosamente las formalidades, los pasos, los procedimientos. Si se revisaran los contratos alrededor de los cuales se ha tenido más debate sobre corrupción (grandes contratos en compra de armamentos, proyectos de energía, o infraestructura vial) esos contratos podrían ser, desde el punto de vista formal un verdadero “modelo” del cumplimiento de pasos, requisitos y procedimientos. Una guía para hacer la contratación administrativa siguiendo rigurosamente la letra de la ley. Probablemente un completo grupo de asesores estuvo atento a que no faltara nada. Por el contrario, muchos funcionarios resultan sancionados disciplinariamente o responsables fiscalmente por omitir cualquier requisito en el proceso de contratación. Desde luego que es necesario establecer correctivos para proteger el cumplimiento de procedimientos administrativos o fiscales, pero es necesario destacar este gran error de confundir (o permitir la confusión) entre la informalidad (o la irregularidad) y la corrupción.

Por otra parte, en el caso de que el acto de corrupción requiera burlar (o violar) procedimientos o los corruptos se descuiden en esas formalidades, estos pueden sentir un gran alivio al verse incluidos en una inmensa lista de “investigados” junto con miles de otros funcionarios probos, honestos que simplemente incurrieron en un olvido, ignoraban un trámite o pasaron por alto una formalidad.

b) Los grandes escándalos entre adversarios políticos

Confundir la informalidad (o los errores administrativos) con la corrupción, posibilita grandes escándalos entre adversarios políticos por fallas en procedimientos contractuales, presupuestales o de gestión de personal. Estos escándalos desensibilizan sobre la corrupción, pues el ciudadano los percibe como un recurso más del debate político. Los ciudadanos pierden toda posibilidad de identificar a los corruptos en medio de recurrentes acusaciones de origen partidista y en interminables discusiones sobre procedimientos muy complejos.

En los contratos donde hay corrupción se observan más rigurosamente las formalidades, los pasos, los procedimientos.

c) Las investigaciones masivas

Las investigaciones masivas, completan el repertorio de formas ineficientes o contraproducentes de atacar la corrupción. El sistema de investigación y juzgamiento (disciplinario y penal) no tiene capacidad para procesar decenas o cientos de miles de casos. Esta sobrecarga conduce a una inercia absoluta del sistema, que no puede producir resultados concretos en ningún caso. Los limitados recursos de investigación y juzgamiento, se distraen en una masiva y desorientada búsqueda de pruebas sin capacidad real de producir ningún resultado concreto. Nuevamente, los funcionarios corruptos pueden sentir el alivio de verse incluidos en una lista de “investigados” que incluye miles de funcionarios probos acusados de casos irrelevantes.

4. CÓMO COMBATIR LA CORRUPCIÓN: *EL SISTEMA POLÍTICO*

a) Las fórmulas clásicas siguen funcionando

La más baja percepción de corrupción² resulta en países en que hay un adecuado sistema de garantía de los derechos humanos, el poder político está distribuido, hay un sistema pluripartidista, funciona un sistema de balances y contrapesos entre los órganos del gobierno, se respeta la independencia del poder judicial, funcionan los mecanismos de participación ciudadana y en general, se hallan los elementos de un Estado de Derecho. Por otra parte, Transparencia Internacional destaca tres factores de riesgo: el secretismo del gobierno, la influencia inapropiada de los grupos de élite y las distorsiones causadas por el financiamiento de la política.

b) La distribución de poder

El mapa de la corrupción casi coincide con el mapa de la concentración del poder. Las dictaduras podrían ser el caso más típico, pero aún en regímenes formalmente democráticos hay formas de concentración del poder: la falta de independencia del órgano judicial, la falta de autonomía o recursos de los gobiernos seccionales y locales, y aún, el control por grupos económicos del proceso de elección o la toma de decisiones públicas, a través de la financiación indebida de las campañas políticas o del control de la opinión pública. Así, en la distribución de poder es necesario revisar tres dimensiones:

² Finlandia, Dinamarca y Nueva Zelanda, aparecen con los bajos niveles de percepción de Corrupción en el correspondiente índice de Transparencia Internacional para el 2005.

El mapa de la corrupción casi coincide con el mapa de la concentración del poder. Las dictaduras podrían ser el caso más típico, pero aún en regímenes formalmente democráticos hay formas de concentración del poder.

El sentido de lo justo se proyecta en una idea (y en una sensibilidad) sobre qué debe hacer el Estado, cuáles son los derechos de los ciudadanos, qué es más equitativo en una situación concreta o en un conflicto, cómo debe actuar el Estado, qué medios y qué propósitos legitiman o justifican lo que el Estado hace.

- s La separación liberal-clásica de los órganos de poder: ejecutivo, legislativo y judicial. Aunque parezca inverosímil, ésta es aún una tarea pendiente en muchos países latinoamericanos en donde, de diversas formas, el ejecutivo y/o el legislativo interfieren en la independencia de los jueces,
- s La distribución de poderes entre niveles de gobierno: federal (o nacional), estadual (o regional) y local,
- s La distribución de poder entre el ciudadano y el Estado. Supone la vigencia de los derechos humanos; la limitación de fines y medios del Estado y la separación entre los poderes económico, político y de los medios de comunicación. En estos últimos aspectos el punto crítico es nuevamente la financiación y el acceso a los medios para la política (campañas y partidos políticos).

c) La Base Cultural - Los Valores

Ni la economía social de mercado ni la democracia funcionan adecuadamente sin una base cultural. Pero de forma recíproca la democracia y la economía social de mercado crean las condiciones necesarias para que se desarrollen esos valores.

Valores como la confianza, la responsabilidad (de individuos y comunidades); la autonomía (de individuos y comunidades); la cooperación y el sentimiento de justicia, se requieren para que funcionen las instituciones y los instrumentos de la democracia y de la economía de mercado. Eso no significa que la democracia y la economía social de mercado deban aplazarse hasta que aparezcan estos valores. Precisamente, en ellas está el ambiente adecuado para el desarrollo de esos valores.

El sentido de lo justo se proyecta en una idea (y en una sensibilidad) sobre qué debe hacer el Estado, cuáles son los derechos de los ciudadanos, qué es más equitativo en una situación concreta o en un conflicto, cómo debe actuar el Estado, qué medios y qué propósitos legitiman o justifican lo que el Estado hace.

5. CÓMO COMBATIR LA CORRUPCIÓN: *UNA CULTURA QUE SANCIONA Y UN SISTEMA JUDICIAL QUE CASTIGA*

a) El papel de la familia, la educación y los medios de comunicación

Trasciende los alcances de este documento hacer un análisis del papel de la familia, la educación y los medios de comunicación en la creación de valores y en

la lucha contra la corrupción. Pero hay que destacar que este es el aspecto más profundo y de mayor impacto. En realidad, la corrupción no puede prosperar en una cultura que se base en la responsabilidad, en la justicia, en la cooperación, en la confianza, en la autonomía y en otros valores asociados como el respeto por el trabajo, por el mérito y el esfuerzo.

b) De la confusión a la transparencia

Por otra parte, la corrupción se facilita cuando los ciudadanos no conocen sus derechos y/o los procesos o fines legítimos de la acción del gobierno. Frecuentemente ello es casi imposible dada la injustificada complejidad de algunos procedimientos en materia de subsidios, impuestos y regulaciones. Simplificar estos procedimientos, hacer transparentes y explícitos los subsidios y democratizar la expedición de regulaciones (audiencias públicas, consultas populares, etc.) ayuda a crear el ambiente social en que la corrupción puede ser identificada y combatida.

c) La Verdad y la Justicia : de la información a la judicialización

La posibilidad de tener tres contabilidades: una para declarar impuestos, otra para conseguir créditos y, aun, otra para información de accionistas minoritarios y trabajadores que esperan repartos de utilidades, es una señal clara del poco valor de la información contable y de los libros de las instituciones financieras y de comercio. Cualquier estrategia contra la corrupción (y para construir las bases de un sistema efectivo de justicia) debe empezar por crear un sistema serio de incentivos a la verdad y de fuertes castigos a la información falsa.

Para combatir la corrupción es necesario dar señales inequívocas de que no habrá impunidad para el perito, el policía o el testigo que miente, ni para el empresario, el contador, el auditor, el notario o el interventor que cometen falsedades. La base de un sistema judicial y de lucha contra la corrupción es la transparencia y el valor que todos le dan a la verdad. Por supuesto que es un complejo proceso cultural y educativo el desarrollar el respeto por la verdad, pero hay que empezar con unos cuantos casos ejemplarizantes de castigo penal de estos comportamientos.

Cualquier estrategia contra la corrupción (y para construir las bases de un sistema efectivo de justicia) debe empezar por crear un sistema serio de incentivos a la verdad y de fuertes castigos a la información falsa.

I. CAPÍTULO I. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN - UN HITO

1. LA PRIMERA CONVENCIÓN GLOBAL ANTICORRUPCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, negociada por dos años en Viena, fue suscrita inicialmente por 111 países en Mérida (México, diciembre 11 de 2003), ratificada el 15 de Septiembre y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. Colombia, que ya aprobó La Convención, mediante la Ley 970 de 2005, debe depositar los instrumentos de ratificación una vez se cumpla la revisión que corresponde a la Corte Constitucional.

La Convención no ha estado exenta de críticas¹, especialmente por las provisiones sobre transparencia en la financiación de campañas políticas (art.7.3), cuya redacción se considera “tan débil que no tiene dientes”². Sin embargo, como destaca

1 Peter W. Schroth, *Termites in the House: Notes on the Illusion of Substance in the UN Convention against Corruption*, Proc. 2004 Acad. Int'l Bus.

2 Lucinda A. Low, *Towards Universal International Anticorruption Standards: The United Nations Convention Against Corruption and Other International Anticorruption Treaties: Too Much of a Good Thing?*, Prepared for a Conference of the International Bar Association, International Chamber of Commerce, Organization for Economic Cooperation and Development, “The Awakening Giant of Anticorruption Enforcement” Apr. 22-23, 2004, Paris, France.

La Convención no ha estado exenta de críticas, especialmente por las provisiones sobre transparencia en la financiación de campañas políticas (art.7.3), cuya redacción se considera “tan débil que no tiene dientes”.

la Asociación de Abogados de Estados Unidos al recomendar la aprobación de la misma al Congreso de ese país:

“La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción incluye las más fuertes medidas preventivas que se encuentran hasta ahora en cualquier instrumento de derecho internacional. Las medidas preventivas están dirigidas a ayudar a los países a establecer las herramientas para prevenir conductas criminales que cuestan miles de millones de dólares cada año. Ellas también reflejan la meta de La Convención de establecer un enfoque comprensivo para enfrentar la corrupción, desde el lado de la prevención hasta el lado de las sanciones y recuperación de activos, y buscan asegurar que los activos recuperados sean retornados a un ambiente donde el riesgo futuro de corrupción se ha reducido”³.

Ciertamente, al revisar los alcances de La Convención, como se verá en los capítulos siguientes, resulta claro que ella constituye un hito en la lucha contra la corrupción.

2. PENALIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN

Como destaca Transparencia Internacional⁴:

“El pago de sobornos, el lavado de dinero producto de la corrupción y la lucha en contra de los funcionarios corruptos son fenómenos transnacionales y requieren de soluciones internacionales. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aborda estos temas convirtiéndose en un poderoso instrumento legal que podrá:

- 3 American Bar Association (ABA), Section of International Law, Report to The House of Delegates (that) supports the prompt ratification of the United Nations Convention Against Corruption (UN Convention) by the United States, and by other members of the United Nations.
- 4 Informe de Prensa, precedido de declaraciones de David Nussbaum, Director Ejecutivo de Transparencia Internacional - URL : Corporación Transparencia por Colombia, Capítulo de Transparencia Internacional <http://www.transparenciacolombia.org.co/new//transparencia/> En ingles, URL de Transparencia Internacional: http://www.transparency.org/news_room/latest_news/press_releases/2005/2005_16_09_30th_ratification

Como destaca Transparencia Internacional:
“El pago de sobornos, el lavado de dinero producto de la corrupción y la lucha en contra de los funcionarios corruptos son fenómenos transnacionales y requieren de soluciones internacionales”.

Puede decirse que La Convención consolida una línea de esfuerzos internacionales contra la corrupción y que, en lo posible, estos instrumentos deben interpretarse y aplicarse como un bloque.

- § Acelerar la recuperación de fondos robados por dictadores y otros funcionarios públicos, mediante una mejor y más rápida colaboración entre los gobiernos.
- § Obligar a los centros bancarios como Suiza y el Reino Unido a colaborar con las investigaciones y actuar para prevenir el lavado de dinero.
- § Permitir la acción judicial global contra los corruptos, sin importar dónde se escondan. Aún sin muchos recursos, las naciones podrán seguir el rastro de personas y empresas extranjeras que hayan cometido actos de corrupción en su territorio.
- § Activar para todos los miembros la prohibición de soborno a funcionarios extranjeros, incluso para grandes potencias comerciales fuera del ámbito de la OCDE como China, Rusia o Arabia Saudita.
- § Proveer un marco para legislación doméstica anticorrupción, introduciendo, en particular, la protección a los denunciantes, la libertad de información y sistemas de rendición de cuentas para el sector público.
- § Requerir medidas para el establecimiento de estándares de auditoría y contabilidad en el sector privado y sancionar a los que no cumplan”.

3. LA CONVENCIÓN Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Convención tiene como precedentes otros instrumentos internacionales como:

- § El Convenio de la OCDE de lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (en vigencia desde diciembre 18, 1997),
- § La Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA, marzo 6 de 1997),
- § El Convenio de derecho penal sobre la corrupción (Comité de Ministros del Consejo de Europa, en vigencia desde julio de 2002),
- § El Convenio de derecho civil sobre la corrupción (Comité de Ministros del Consejo de Europa en vigencia desde el 1 de noviembre de 2003) y,
- § El protocolo Adicional al Convenio de derecho penal sobre la corrupción (Comité de Ministros del Consejo de Europa, en vigencia desde enero 2, 2005).

Puede decirse que La Convención consolida una línea de esfuerzos internacionales contra la corrupción y que, en lo posible, estos instrumentos deben interpretarse y aplicarse como un bloque.

En esta perspectiva de penalizar (o criminalizar) los actos de corrupción y de judicializar los casos, en los capítulos siguientes de este documento se hace un relevamiento de los requerimientos de La Convención y la situación actual en el derecho interno colombiano, para lo cual se tuvieron en cuenta los ya mencionados instrumentos multilaterales de prevención y combate a la corrupción y se revisó la legislación colombiana vigente.

4. MEDIDAS PREVENTIVAS: *UNA "CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS DE INSTITUCIONALIDAD CONTRA LA CORRUPCIÓN"*

El Capítulo II de La Convención, define un conjunto de “medidas preventivas” contra la corrupción. En rigor este Capítulo consagra las bases de la institucionalidad requerida para hacer viable una sociedad libre de la corrupción. Este capítulo bien podría llamarse “La Carta de las Naciones Unidas de Institucionalidad contra la Corrupción”.

Trasciende los alcances de este documento entrar a la revisión detallada de los principios, valores, fines, prácticas y procedimientos que se consagran en esta “Carta de Institucionalidad contra la Corrupción”, pero pueden destacarse las obligaciones relativas a:

- a) Establecer y aplicar políticas contra la corrupción, a garantizar la existencia de un órgano independiente encargado de aplicar esas políticas y a promover prácticas adecuadas (arts.5 y 6);
- b) Asegurar la plena vigencia de principios y criterios de equidad, mérito, igualdad, eficiencia y transparencia en la gestión de personal del sector público (art.7);
- c) Establecer y aplicar Códigos de Conducta que, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promuevan la integridad, honestidad y responsabilidad entre sus funcionarios públicos (art.8);
- d) Establecer y aplicar sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones (art.9.1);

Fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción (...).

- e) Promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública (art.9.2);
- f) Acceso a la información pública y simplificación de procedimientos administrativos (art.10);
- g) Asegurar la independencia e integridad en el poder judicial y el ministerio público (art.11);
- h) Prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de estas medidas (art.12.1).

La Convención incluye una lista, no exhaustiva pero detallada, de medidas que corresponden a esos fines (art.12.2) y, además, obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para el mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir actos dirigidos a cometer “cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”, entre los cuales incluye el establecimiento de cuentas no registradas en libros; la realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas; el registro de gastos inexistentes; el asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto; la utilización de documentos falsos; y la destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley;

- i) Fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. La Convención señala medidas con las cuales debería reforzarse esa participación y obliga a los Estados Parte a adoptar medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción y a facilitar el acceso a dichos órganos, “para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”;

- j) Establecer un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero; garantizar que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales), sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional; y considerar la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables.

5. CONVERTIR LA CORRUPCIÓN EN UN ACTO DE ALTO RIESGO

Como destaca la Directora de Transparencia Internacional en Colombia:

“El fin último del establecimiento de un Sistema Nacional de Integridad es convertir la corrupción en un acto de alto riesgo, y de bajos rendimientos”⁵.

Para hacer de la corrupción un acto de alto riesgo, se requieren investigaciones bien adelantadas y casos judiciales bien contruidos. Es necesario buscar un uso adecuado de las capacidades de investigación, que podrían estar subutilizadas si solo se concentraran en unos pocos casos o, como más frecuentemente ocurre, sobrecargadas de casos irrelevantes que impiden movilizar los recursos requeridos.

Casos contruidos con una incuestionable base de independencia de investigadores y jueces y basados en pruebas concluyentes, sí producen un efecto disuasivo contra la corrupción y sobre los corruptos. Para ello se requiere que los Fiscales cuenten con el más avanzado soporte técnico y operativo, con grupos de élite de expertos en criminalística, contadores, auditores, ingenieros y otros profesionales especializados y, en algunos casos, con la cooperación internacional que permite el acceso a información bancaria y al movimiento de activos.

5 “LA TRANSPARENCIA Y LOS PARTIDOS POLÍTICOS”, ponencia de Rosa Inés Ospina Robledo, Directora Ejecutiva de Transparencia por Colombia, en el evento “La Mujer como Gestora del Cambio Social”, Bogotá, septiembre, 2005.

Casos
 contruidos con
 una incuestionable
 base de
 independencia de
 investigadores y
 jueces y basados
 en pruebas
 concluyentes,
 sí producen un
 efecto disuasivo
 contra la
 corrupción y sobre
 los corruptos.

CAPÍTULO II. PENALIZACIÓN

1. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTE Y LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA

Los Estados Parte están obligados a adoptar las medidas necesarias para tipificar como delitos el soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros y de organizaciones internacionales públicas; el peculado, el tráfico de influencias, el abuso de funciones y el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, así como el soborno y el peculado en el sector privado; el blanqueo del producto del delito, el encubrimiento y la obstrucción de justicia.

Los Estados Parte están obligados a establecer la responsabilidad penal, civil y administrativa de las personas jurídicas.

Igualmente, los Estados Parte están obligados a establecer:

- § La responsabilidad penal, civil y administrativa de las personas jurídicas;
- § que en las modalidades delictivas mencionadas puedan castigarse las diversas formas de participación y la tentativa; y,
- § que el conocimiento, intención o propósito que se requiera como elemento de un delito tipificado con arreglo a la convención, pueda inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

En este capítulo se destacan los aspectos relevantes de la legislación penal colombiana en la materia y las reformas requeridas para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado colombiano como parte de La Convención.

En el anexo 1 está la tabla elaborada como guía para esta comparación entre las obligaciones de La Convención y la legislación penal colombiana vigente.

2. FUNCIONARIO PÚBLICO

En el Código Penal se prefiere la expresión “servidor público” a “funcionario público”, que en el contexto jurídico colombiano podría tener un significado o alcance restringido. Sin embargo, la definición de “servidor público” básicamente coincide con la definición de funcionario público contenida en el art. 2 de La Convención:

“Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el Artículo 338 de la Constitución Política.

Sería necesario, sin embargo, analizar con mayor detalle los alcances de este artículo que incluye como funcionario público a “toda otra persona que (...) preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte”.

3. SOBORNO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS NACIONALES, EXTRANJEROS Y DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

3.1. Soborno de Funcionarios Públicos Nacionales

Aunque la legislación penal colombiana no utiliza la denominación “soborno” para las conductas descritas en el artículo 15 de la Convención, estas se encuentran definidas en el Código Penal¹ como delitos de cohecho por dar u ofrecer (art.407), cohecho propio e impropio (artículos 405 y 406) y concusión (art.404).

Considerando que las industrias de construcción y armamento “se revelan como los sectores más propensos al soborno” (...) es fundamental asegurar que los Estados de origen de las empresas participantes en estos procesos de contratación, den todas las garantías de cumplimiento de las obligaciones internacionales correspondientes.

3.2. Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros

En cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción², Colombia definió como delito el soborno transnacional, así:

“El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. (art. 433).

Si bien las empresas latinoamericanas no son percibidas entre las más propensas al soborno transnacional³, el efecto más importante de definir este comportamiento como delito está en términos de asegurar la cooperación judicial de los países en que se originan los sobornos (fuentes), especialmente considerando, como lo precisa la Convención (letra c, párrafo 2, artículo 23) que para constituir “delito determinado” se requiere que el acto sea delito con arreglo al derecho interno de los dos países (doble incriminación).

Considerando que las industrias de construcción y armamento “se revelan como los sectores más propensos al soborno”⁴ y Colombia, por una parte, ha sido un importante comprador de armamento y, por otra parte, requiere importantes inversiones en infraestructura vial, de transporte, puertos, aeropuertos y otras de la industria de la construcción, es fundamental asegurar que los Estados de origen de las empresas participantes en estos procesos de contratación, den todas las garantías de cumplimiento de las obligaciones internacionales correspondientes.

1 Ley 599 de 2000.

2 Aprobada por la ley 412 de 1997.

3 Las mayores fuentes de este soborno están en Compañías de Rusia, China, Taiwán, Corea del Sur, Italia, Hong Kong, Malasia, Estados Unidos, Japón, Francia y España (Transparencia Internacional, Índice de Fuentes de Soborno, 2002).

4 Transparencia internacional, Comunicado de Prensa, Berlín, mayo 14, 2002.

3.3. Soborno de Funcionarios de Organizaciones Internacionales

Por otra parte, es necesario que en cumplimiento de la Convención, (Artículo 16), la legislación penal colombiana tipifique como delito el soborno a funcionarios de organizaciones internacionales públicas. Esta definición se ha hecho más relevante en cuanto Colombia se ha convertido en los últimos años en un importante receptor de la cooperación internacional. Sin embargo, el artículo de la Convención, al referirse específicamente a “organizaciones internacionales públicas” podría tener un alcance limitado si se considera que buena parte de los programas y proyectos de la cooperación internacional, se ejecutan por organismos o instituciones de derecho privado mediante diversos arreglos y modalidades contractuales.

4. PECULADO, ABUSO DE FUNCIONES Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La legislación penal colombiana define como delitos el peculado, el abuso de funciones y el enriquecimiento ilícito a que se refieren los artículos 17, 19 y 20 de La Convención.

4.1. Peculado

El delito de peculado, a que se refiere el art. 17 de La Convención, está definido en el Código Penal, en sus artículos 397 (Peculado por apropiación), 398 (Peculado por uso) y 399 (Peculado por aplicación oficial diferente). Además, el derecho interno colombiano tipifica el delito de “Peculado culposo”⁵ en que se incurre por negligencia, imprudencia, impericia o violación de normas legales y reglamentarias. A esta modalidad no se refiere La Convención, que específicamente precisa “cuando se cometan intencionalmente”⁶.

4.2. Abuso de funciones

El “Abuso de funciones” contemplado en el art.19 de la Convención ya está definido como delito en la legislación colombiana en varias modalidades de “Abuso

5 El art. 23 del mismo Código Penal define como conducta culposa “cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

6 Que en el derecho interno colombiano se denomina “la conducta dolosa”, en la cual “el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar’ (art.22 Código Penal).

de autoridad” (arts. 416 a 424). La legislación penal colombiana es más estricta que lo requerido en La Convención pues (excepto en el caso del artículo 419 - Utilización de asunto sometido a secreto o reserva) en el delito se incurre aún cuando no haya el fin de obtener un beneficio indebido (ingrediente subjetivo del tipo) que La Convención requiere.

4.3. Enriquecimiento ilícito

Sobre el delito de “Enriquecimiento ilícito” contemplado en el artículo 20 de La Convención y que ya está definido en el artículo 412 del Código Penal colombiano, se hará más amplia referencia en los dos capítulos siguientes (Judicialización e Institucionalidad).

5. TRÁFICO DE INFLUENCIAS

En el delito de “Tráfico de influencias” es fundamental, como se requiere en el art. 18 de La Convención, que en la descripción típica, el sujeto activo y pasivo de la acción estén indeterminados: “cualquier persona”. Ello permite penalizar el aspecto más profundo del tráfico de influencias: la negociación, por fuera del Estado, de las decisiones y recursos públicos.

Como se sabe, buena parte de la corrupción en el sector público es el resultado de una negociación entre particulares (especialmente si han logrado “capturar” el Estado). Así:

- a) En un proceso contractual de licitación un contratista puede “negociar” (o comprar) la influencia directamente con un jefe político local, regional o nacional sin la intervención directa de los empleados que van a tomar las decisiones correspondientes. Incluso, la negociación precisamente puede consistir en la prescindencia de los procesos abiertos y competitivos (licitaciones públicas, negociaciones abiertas en bolsa de valores, etc). En estos casos, el funcionario (con las funciones pero sin el poder o la independencia necesaria) aunque también participa en la comisión del delito, es en realidad un instrumento pasivo que protocoliza, en decisiones a su cargo, las influencias negociadas por quienes tienen el poder real para comprar y vender decisiones públicas.
- b) También pueden los grupos económicos/de poder negociar al más alto nivel la concesión del espectro electromagnético, o las reglas que le permiten grandes

Como se sabe, buena parte de la corrupción en el sector público es el resultado de una negociación entre particulares (especialmente si han logrado “capturar” el Estado).

negocios a futuro sobre el agua, la explotación de recursos energéticos, la venta de grandes empresas estatales o la participación en ellas. En estos casos, igualmente los funcionarios “competentes”, aunque partícipes son en realidad instrumentos pasivos del negocio.

En el art. 411 del Nuevo Código Penal –que sólo define como delito el Tráfico de influencias cuando el sujeto activo de la conducta es un “servidor público”– se despenalizó la conducta definida como delito en el art. 147 del Código Penal Anterior (decreto-ley 100 de 1980) y en el estatuto anticorrupción (ley 190 de 1995, art. 25). En estas disposiciones estaba definido como delito, con sujeto activo indeterminado, la modalidad del tráfico de influencias en que se solicitan o aceptan beneficios indebidos.

La modalidad en que se promete, ofrece o conceden beneficios indebidos para comprar la influencia, real o supuesta, en la administración o autoridad estatal, no ha estado definida como delito en la legislación penal colombiana vigente. El particular que intenta comprar influencia indebida en las decisiones o recursos públicos no comete ningún delito. Al contrario, su transacción está especialmente protegida: En el delito de estafa (que protege el bien jurídico del “patrimonio económico” y que se encuentra definido en el art. 246 Código Penal), la pena mínima imponible para quien lo engañe (induzca o mantenga en error) usando como medio la invocación de tales influencias “reales o simuladas” será el doble que la aplicable a quien lo engañe por otros medios (arts .247, inciso 3º)⁷.

6. SOBORNO EN EL SECTOR PRIVADO

La Convención compromete a los Estados parte a considerar la posibilidad de tipificar como delito el “soborno en el sector privado” (art.21). Esta conducta no tiene definición típica en el Código Penal colombiano.

⁷ ARTÍCULO 247 - Circunstancias de agravación punitiva. La pena prevista en el Artículo anterior será de cuatro (4) a ocho (8) años cuando:(...) 3.- Se invoquen influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer.

La Convención compromete a los Estados parte a considerar la posibilidad de tipificar como delito el “soborno en el sector privado” (art.21). Esta conducta no tiene definición típica en el Código Penal colombiano.

Se requiere definir como delito el soborno en el sector privado. Con esta conducta antijurídica los directivos (o funcionarios) de entidad privada no solo están afectando la propiedad privada (o el bien jurídico del patrimonio económico) sino el bien jurídico del orden económico-social al burlar la confianza masiva que en ellos se deposita, especialmente por los inversionistas (sobre todo los minoritarios que no tienen control sobre las decisiones) y acreedores (cuya garantía es el patrimonio de la empresa).

7. MALVERSACIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

Igualmente, aunque la conducta a que se refiere el art. 22 de La Convención se adecuaría a la definición de abuso de confianza del art. 249 del Código Penal, ello no sería suficiente para los fines de La Convención. En esta norma esencialmente se protege el bien jurídico del patrimonio económico, mientras que en el tipo penal descrito en La Convención, se reconoce que los directivos (u otros funcionarios) de la entidad privada, mas allá de afectar la propiedad individual están afectando el bien jurídico del orden económico-social, burlando la confianza masiva que en ellos se deposita. Adicionalmente, una descripción típica como esta permitiría penalizar la desviación de fondos de entidades privadas para la financiación de partidos o campañas políticas o para influir indebidamente en decisiones públicas.

La Legislación penal colombiana, define como delitos contra el Sistema Financiero, que afectan el bien jurídico del Orden Económico Social, la utilización indebida de fondos captados del público (art. 314 Código Penal), y las operaciones no autorizadas con accionistas o asociados (art. 315 Código Penal) en los cuales el sujeto activo es el director, administrador, representante legal o funcionario de entidades financieras.

8. RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

El artículo 26 de La Convención reconoce el hecho de que las personas jurídicas son protagonistas principales de los delitos económicos, sociales, financieros, ambientales y en la corrupción del sector público y privado⁸ y dispone que los Estados

El artículo 26 de La Convención reconoce el hecho de que las personas jurídicas son protagonistas principales de los delitos económicos, sociales, financieros, ambientales y en la corrupción del sector público y privado (...).

parte adoptarán las medidas necesarias “a fin de establecer la responsabilidad penal de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

Hasta hace algunos años la responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba prevista solo en los países de derecho angloamericano (common law). Se introdujo en el Código Penal Holandés de 1976 (art.51) y en el Código Penal Francés de 1994 (art.121-2). Ha sido aconsejada con énfasis creciente en varias declaraciones internacionales de expertos como el séptimo Congreso sobre la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes (Milán, 1985), la octava “Conferencia Internacional de la Sociedad de la Reforma del Derecho Penal” (Hong Kong, 1994) y la “Reunión de expertos en el uso de sanciones penales para la Protección del Medio Ambiente” (Pórtland, 1994). En este sentido, la Recomendación 18 del Comité de Ministros del Consejo Europeo se ha considerado un hito (Wagner, 1999) y en 1998 dicho Consejo, al aprobar la Convención sobre la protección del Medio Ambiente, dispuso en el art. 9 que las sanciones penales, tanto como las administrativas podrían ser adoptadas para asegurar la responsabilidad de las personas jurídicas⁹. En la Convención para la lucha contra el soborno internacional (Diciembre 18, 1997), los Estados miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), se obligaron a sancionar al menos monetariamente a las personas jurídicas involucradas en el soborno de funcionarios de gobiernos extranjeros. Entre los instrumentos de Naciones Unidas hay que destacar la Convención contra el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias psicotrópicas y la Convención sobre el Crimen transnacional organizado.

Así, el mencionado artículo 26 refleja el consenso internacional alcanzado en el tema y que se expresó en la Resolución 56/260, en la cual la Asamblea General

- 8 Entre los 100 casos criminales más relevantes de corrupción corporativa en los Estados Unidos durante la década de los 90s estuvieron, en orden de frecuencia, los delitos relacionados con medio ambiente, regulación antimonopolios, fraude, financiamiento de campañas políticas, medicinas y alimentos, financieros, obstrucción de justicia y perjurio, exportaciones ilegales, sabotaje, muerte de trabajadores, soborno, corrupción en el gobierno y evasión fiscal, Corporate Crime Reporter – URL: <http://www.corporatecrimereporter.com/top100.html>).
- 9 The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy -Wagner, Markus, “Corporate Criminal Liability National and International Responses” Background Paper for the International Society for the Reform of Criminal Law - 13th International Conference Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective Malta, July 1999.

En la Convención para la lucha contra el soborno internacional(...) los Estados miembros de la OCDE se obligaron a sancionar al menos monetariamente a las personas jurídicas involucradas en el soborno de funcionarios de gobiernos extranjeros.

de la ONU, pidió al Comité Especial encargado de negociar La Convención, que al elaborar el proyecto adoptara un criterio amplio y multidisciplinario y que tuviera en cuenta, entre otras cosas, la responsabilidad de las personas jurídicas.

En Colombia el Código Penal sustantivo no prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁰. Como en otros países, se ha llegado a sostener que la responsabilidad penal de personas jurídicas rompe con los fundamentos mismos del derecho penal y en la doctrina jurídica se ha sostenido la imposibilidad de actuar, o la imposibilidad de atribuir “culpabilidad” o, incluso, la imposibilidad de aplicar sanciones a las personas jurídicas. Esta posición fue sostenida por el Procurador General de la Nación en el proceso relativo a las objeciones presidenciales por razones de inconstitucionalidad respecto del proyecto de Ley 235/96 Senado-154/96 Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones”, al señalar:

“sólo es imputable la responsabilidad de una conducta a una persona, cuando ella haya tenido la capacidad de decidir respecto de la misma, capacidad de la cual carecen las personas jurídicas”. Por lo tanto, para sancionar a una persona jurídica, es menester, primero, determinar si las personas naturales que conforman la persona jurídica son culpables de la comisión de un ilícito penal.

La Corte Constitucional en la sentencia correspondiente a este proceso¹¹ sostuvo la constitucionalidad de establecer responsabilidad penal a personas jurídicas y explicó:

10 Sin embargo, el art. 91 del Nuevo Código de Procedimiento Penal dispone: “Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

11 Sentencia C-320 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“En supuestos como los considerados en los tipos penales - relativos a los delitos de peligro común o de menoscabo al ambiente -, la persona jurídica puede soportar jurídicamente atribuciones punitivas. La sanción de naturaleza penal significa que la conducta reprobada merece el más alto reproche social, independientemente de quien la cometa. Si la actividad la realiza la persona jurídica, si ella se beneficia materialmente de la acción censurada, no se ve por qué la persecución penal habrá de limitarse a sus gestores, dejando intocado al ente que se encuentra en el origen del reato y que no pocas veces se nutre financieramente del mismo. Se sabe que normalmente la persona jurídica trasciende a sus miembros, socios o administradores; éstos suelen sucederse unos a otros, mientras la corporación como tal permanece. La sanción penal limitada a los gestores, tan sólo representa una parcial reacción punitiva, si el beneficiario real del ilícito cuando coincide con la persona jurídica se rodea de una suerte de inmunidad. La mera indemnización de perjuicios, como compensación patrimonial, o la sanción de orden administrativo, no expresan de manera suficiente la estigmatización de las conductas antisociales que se tipifican como delitos.

Resulta contradictorio aceptar que los administradores actúan como órganos del ente social, pero ciertas acciones suyas cumplidas en ese carácter y con ese objeto, se sustraen de la regla general a cuyo tenor los actos así ejecutados generan vínculos directos para éste con prescindencia de que sean positivos - v. gr., celebración de un contrato que reporta beneficios tangibles para la organización - o negativos - v.gr., producción de un hecho lesivo que acarrea consecuencias perjudiciales como las derivadas de una sanción administrativa o de una condena por responsabilidad.

La ley penal brinda la máxima protección jurídica a bienes valiosos para la persona humana y la vida social. La traducción de esta defensa en sanciones penales, tiene un propósito tanto comunicativo como disuasorio. Cuando la acción prohibida por la norma penal es susceptible de ser realizada por un ente - y no solamente por una persona natural -, limitar a ésta última la imputabilidad penal reduce

"En el campo de ciertos delitos la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas, resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad. Es el caso de los delitos vinculados con el lavado del dinero proveniente del enriquecimiento ilícito, de los delitos financieros que afectan a los pequeños ahorradores, de los delitos de peligro común o que puedan causar grave perjuicio para la comunidad (...).

el ámbito de protección acotado por la norma. La tipificación positiva de un delito tiene el sentido de comunicar a todos que la realización de una determinada conducta rompe la armonía social y, por ende, quien lo haga será castigado con una específica sanción. Este doble efecto en el que reside la eficacia de la legislación penal podría desvanecerse si la condena se limitase a los gestores del ente que ha extendido ilícitamente su giro social a actividades prohibidas y claramente deletéreas para la comunidad".

Y precisa:

"En el campo de ciertos delitos la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas, resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad. Es el caso de los delitos vinculados con el lavado del dinero proveniente del enriquecimiento ilícito, de los delitos financieros que afectan a los pequeños ahorradores, de los delitos de peligro común o que puedan causar grave perjuicio para la comunidad, de los delitos que amenacen el ambiente o causen daños en él, de los delitos cometidos contra los consumidores etc. En una economía dominada por los grandes capitales, las acciones sociales gravemente desviadas no pueden siempre analizarse a partir del agente individual. De otro lado, la realización de hechos punibles en el seno de las empresas (delincuencia económica y ecológica), puede en muchos casos corresponder a políticas no explícitas que se desarrollan a través de períodos largos de tiempo y, además, a esquemas de acción que abarcan de manera más o menos intensa a empleados que no sólo constantemente se renuevan, sino que apenas controlan procesos aislados de la compañía que, no obstante todo esto, se encuentra globalmente incurso en una actividad contraria a las normas penales y resulta ser beneficiaria real de sus resultados".

Sin embargo, dos años más tarde al expedirse el Código Penal del 2000 (Ley 599), el legislador no incluyó la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La Nueva Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, aprobó un artículo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, precisando que

“las penas referentes a las personas jurídicas deben ser reguladas considerando la índole peculiar de su responsabilidad y las consecuencias que provocarán respecto a sus miembros ajenos a la actividad delictuosa, a los trabajadores y a la comunidad”. El texto aprobado por la Comisión es el siguiente:

- “1. Las personas jurídicas son penalmente responsables en los casos previstos por la ley. Los entes públicos no son responsables más que de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades susceptibles de ser desarrolladas también por los particulares.**
- 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o partícipes de los mismo hechos.**
- 3. Los Jueces y Tribunales podrán imponer a las personas jurídicas las siguientes penas: a) Disolución. b) Clausura por tiempo no superior a cinco años. c) Suspensión total o parcial de actividades por tiempo no superior a cinco años. d) La intervención judicial para no perjudicar los intereses de los trabajadores. Dicha intervención no podrá ser superior a cinco años. e) Multa hasta el décuplo del beneficio obtenido por la actividad delictiva. f) Caución de conducta. g) El comiso de los instrumentos obtenidos con la infracción. h) Pérdida de beneficios fiscales o de Seguridad Social. i) Amonestación. j) Publicación de la sentencia”.**

9. RESPONSABILIDAD CIVIL

El art. 53 de La Convención, en consistencia con el art. 35 de la misma, compromete a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias a fin de:

- a) Facultar a otros Estados parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”;
- b) Facultar a sus tribunales para ordenar indemnizaciones o resarcimiento por daños o perjuicios a otros Estados parte;
- c) Reconocer el legítimo derecho de propiedad de otros Estados parte sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente convención.

El art. 53 de La Convención (...), compromete a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias a fin de facultar a otros Estados parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Este artículo, como explica la Oficina de la ONU contra el Crimen (UNODC)¹² era necesario por cuanto en algunos Estados se prohíbe a otros Estados ejercer acciones civiles debido a que podrían invocar inmunidad al ser contra-demandados. Por otra parte, como observa la Asociación de Abogados de Estados Unidos (ABA), aunque los textos del art. 35 y el parágrafo 53(b) parecen coincidir:

“El parágrafo 53(b) se refiere a pagos “a otro Estado Parte que haya resultado perjudicado por esos delitos” mientras que el art.35 se refiere a ‘entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción’ y la acción en el parágrafo 53(b) es contra “aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la presente Convención” a diferencia del art.35 que parece tener un alcance diferente pues se refiere a una acción contra “los responsables de esos daños y perjuicios”¹³.

El Código Penal (Ley 599 de 2000) establece la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de la conducta punible (art.94) y señala los titulares de la acción civil (art.95), los obligados a indemnizar (art.96), parámetros de indemnización por daños (art.97), términos de prescripción de la acción civil (art.98) y causales de extinción de la misma (art.99).

La muerte del procesado, el indulto, la amnistía impropia, y, en general las causales de “extinción de la punibilidad” que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación, no extinguen la acción civil.

El Código de Procedimiento Penal que rige básicamente para los delitos cometidos con anterioridad al 1° de enero del año 2005 (Ley 600 de 2000), dedica un capítulo especial para la Parte Civil en el proceso penal (Capítulo V, Libro III) y en su artículo 107 dispone que:

“En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada. Si el representante legal de esta

12 United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) The Global Programme Against Corruption – UN Anti-corruption Toolkit 3rd Edition, Vienna, September 2004.

13 ABA, antes citado.

última fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las contralorías territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil”.

La Corte Constitucional al examinar los fundamentos de la responsabilidad civil de terceros por la conducta punible¹⁴ destacó las obligaciones de (a) vigilancia¹⁵; (b) supervisión¹⁶; (c) cuidado¹⁷; (d) relación de subordinación¹⁸ y (e) el riesgo creado por el guardián de la cosa¹⁹.

En la misma sentencia La Corte Constitucional sigue el precedente establecido en la sentencia C-541 de 1992 que declaró exequibles los artículos 140 y 141 de la Ley 600 de 2000²⁰ y así (a) declara exequibles las normas que definen al tercero civilmente responsable de la conducta punible y sus facultades en el proceso penal y (b) declara exequibles “los artículos 69 y 70 de la Ley 600 de 2000, en relación con los cargos analizados” al concluir que:

“las disposiciones que regulan la intervención del tercero civilmente responsable dentro del proceso penal, y que establecen la oportunidad procesal para su vinculación, así como los requisitos formales y materiales de la demanda que presente la parte civil en su contra, sus facultades y derechos, aun cuando difieran de las condiciones y requisitos establecidos en el proceso civil, garantizan suficientemente sus derechos al debido proceso y a la defensa”.

Por otra parte, La Corte Constitucional en Sentencia C-228/02, un fallo especialmente relevante, que cambia y unifica jurisprudencia²¹, se apartó del precedente

14 Sentencia C-1075/02, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

15 2346 Código Civil.

16 2348 ib.

17 2347 Código Civil, modificado por el artículo 65 del Decreto 2820 de 1974.

18 2349 Código Civil.

19 Artículos 2350, 2351 y 2354 Código Civil.

20 En la Sentencia C-541 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

21 Sentencia C-228/02 Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

establecido en Sentencia C-293/95²², reconceptualizó la institución jurídica de la parte civil y sus implicaciones dentro del proceso penal y unificó los precedentes en esta materia. En este fallo La Corte Constitucional precisó las diferencias en los conceptos jurídicos de parte civil, víctima y perjudicado; destacó la tendencia del derecho internacional humanitario a no reducir los derechos de las víctimas o perjudicados a la búsqueda de una reparación pecuniaria; y dejó establecido que:

“De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos”.

El Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), que rige básicamente para delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005:

- a) Señala que El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código y detalla los “Derechos de las víctimas” (art.11);
- b) Dispone que El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella (a petición del fiscal o de las víctimas directas) podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito; y que la víctima directa acreditará sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de su pretensión (art. 92);

22 Sentencia C-293/95, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

- c) **Dispone que el imputado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante los seis (6) meses siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia (art.97);**
- d) **prevé como medida patrimonial a favor de las víctimas, la restitución inmediata, ordenada por el fiscal (a solicitud del interesado), de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados (art.99) y confiere al juez de control de garantías, la facultad de suspender el poder dispositivo y cancelar títulos y registros de propiedad “obtenido fraudulentamente” (art.101).**

El Capítulo IV del Título II del Nuevo Código de Procedimiento Penal desarrolla “el incidente de reparación integral”, el cual procede una vez emitido “el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado” y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella” (art.102)²³.

10. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES CIVIL Y PENAL

Conforme al art. 29 de La Convención “Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

El artículo 83 del Código Penal establece que (a) la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20); (b) específicamente prevé que el término de prescripción se aumentará en una tercera parte cuando se trate de un servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella;

²³ Durante su trámite “el incidentante” debe formular oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer (art. 103). El art. 104 define como se debe desarrollar la Audiencia de pruebas y alegaciones y precisa que durante esta, el juez debe adoptar la decisión que pone fin al incidente. Esta decisión se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

Conforme al art. 29 de La Convención “Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

y (c) “También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior”.

El art. 6º de la Ley 890 de 2004, que modifica el artículo 86 del Código Penal dispone que la prescripción de la acción penal “se interrumpe con la formulación de la imputación”.

El artículo 98 del mismo Código Penal prevé que “la acción civil proveniente de la conducta punible”, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. “En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil”.

Sin embargo, conforme al art. 104 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, la solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haberse anunciado el fallo de responsabilidad penal.

11. COPARTICIPACIÓN Y TENTATIVA

El art. 27 de La Convención obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito:

- a) Cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención; y
- b) Toda tentativa de cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

La legislación penal colombiana cobija adecuadamente con dispositivos amplificadores del tipo penal, las modalidades mencionadas de coparticipación y tentativa (arts. 27 a 30 del Código Penal).

El art. 27 de La Convención obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito:

- a) cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

CAPÍTULO III. JUDICIALIZACIÓN

1. DE LA TIPIFICACIÓN COMO DELITO A LA JUDICIALIZACIÓN

Como se ha explicado antes, si la tipificación penal de comportamientos no se concreta en la investigación, juzgamiento y condena en casos específicos, la sociedad se hace menos sensible a la corrupción (se profundiza la desensibilización).

La impunidad tiene un efecto más negativo que la no penalización. En este sentido, “judicializar” es construir casos, con una estructura sólida y el suficiente respaldo probatorio para lograr sentencias condenatorias ejemplarizantes, la efectiva aplicación de las penas, la recuperación de bienes y el pago de indemnizaciones correspondientes.

En esta perspectiva La Convención establece un completo conjunto de instrumentos. Colombia tiene incorporada en su legislación buena parte de estos instrumentos y puede ser un buen oferente de cooperación judicial, pero no puede decirse que haya sabido (o tenga la capacidad de) aprovechar estos instrumentos para establecer el enriquecimiento ilícito de sus nacionales que ocultan bienes en el extranjero, ni el movimiento y lavado de activos de la corrupción, ni para

recuperar bienes producto de estos ilícitos, y menos aún, para conseguir que las autoridades judiciales extranjeras investiguen, juzguen o condenen la corrupción en los países de origen.

En este capítulo se revisan los instrumentos que prevé La Convención, y la situación de los mismos en el derecho interno colombiano.

2. VERDAD Y JUSTICIA

Como se ha destacado antes, sin los valores de verdad y justicia es imposible una lucha eficaz contra la corrupción. Así, La Convención compromete a los Estados a proteger penalmente los bienes jurídicos de la fe pública y de la eficaz y recta impartición de justicia.

2.1. Encubrimiento y Obstrucción de Justicia

Con arreglo a La Convención, los Estados Parte deben tipificar como delitos el encubrimiento (art. 24 de La Convención) y la obstrucción de la justicia (art. 25 de La Convención).

La legislación penal colombiana define como delito el encubrimiento considerando dos modalidades: el favorecimiento (art. 446) y la receptación (art. 447).

En cuanto a la obstrucción de justicia, recientemente (art. 13, ley 890, 2004) se introdujo en el Título XVI, Libro Segundo del Código Penal (denominado “Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”) el Capítulo Noveno en el cual se definen como delitos “contra medios de prueba y otras infracciones” las amenazas a testigos de hechos delictivos (art. 454^a), el ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (art. 454B), y el impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas durante la actuación procesal (art. 454C). La misma ley 890 de 2004 estableció un tipo penal especial para el soborno de testigos en la actuación penal (art.10, incorporado como art. 444^a del Código Penal), aumentó la pena para el soborno de testigos en otras actuaciones judiciales o administrativas (art. 9, que modifica el art. 444 del Código Penal) y aumentó la pena para el delito de falso testimonio (art. 8, que modifica el art. 442 del Código Penal).

Sin los valores
de verdad
y justicia es
imposible una
lucha eficaz
contra la
corrupción

2.2. Protección de testigos, peritos y víctimas

La Convención (art. 32) obliga a los Estados parte a adoptar las medidas apropiadas de protección de testigos, peritos y víctimas de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, contra eventuales actos de represalia o intimidación. La norma incluye disposiciones sobre protección física de esas personas, incluyendo su reubicación; permitir la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero; establecer normas probatorias que permitan testimonios en condiciones de seguridad, incluyendo el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados; y la oportunidad para que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas.

Colombia tiene legalmente establecido, con cargo al Estado y bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, el “Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso, y Funcionarios de la Fiscalía”, mediante el cual “se les otorgará protección integral y asistencia social, lo mismo que a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil y al cónyuge, compañera o compañero permanente cuando se encuentren en riesgo de sufrir agresión o que sus vidas corran peligro por causa o con ocasión de la intervención en proceso penal”.

El Programa fue establecido por dos años en la Ley 104 de 1993 (art. 63). La Ley 241 de 1995 amplió el programa a los procesos disciplinarios a cargo de la Procuraduría y prorrogó por dos años su vigencia. Actualmente el programa tiene su base legal en la ley 418 de 1997 (que derogó la Ley 104 de 1993), la cual ha sido prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002.

Sin embargo, o el programa no está efectivamente cubriendo a los potenciales denunciantes o testigos en los delitos a que se refiere La Convención o, por lo menos ellos no lo perciben así, pues, como se destaca en el informe sobre la implementación en Colombia de las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción¹, según los resultados de la encuesta “Gobernabilidad y Anticorrupción”²:

- 1 Aprobado por el “Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación”, en la sesión plenaria de julio 18, 2003, en el marco de su cuarta reunión realizada entre los días 14-18 de julio de 2003, en la sede de la OEA, en Washington, D.C.
- 2 Una encuesta de percepciones citada en la publicación conjunta de la Vicepresidencia de la República, el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción y el Banco Mundial, titulada “Corrupción, Desempeño Institucional y Gobernabilidad en Colombia, marzo de 2002.

La Convención (art.32) obliga a los Estados parte a adoptar las medidas apropiadas de protección de testigos, peritos y víctimas de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, contra eventuales actos de represalia o intimidación.

“un 82% de los funcionarios públicos adujo como la principal razón para no denunciar “el temor a represalias para quienes denuncian”; que la segunda causal para la no denuncia la constituye la percepción de incapacidad de las instituciones públicas para llevar a cabo las investigaciones y sancionar a los responsables” y que “la actitud pasiva y complaciente” es aducida por “alrededor del 40 por ciento de los funcionarios”

Considerando que los grupos paramilitares, la guerrilla y los grupos organizados de corrupción política, tienen un reconocido poder intimidatorio en vastas regiones de Colombia (y su poder ha llegado a extenderse a la contratación estatal, a la actuación de los servidores públicos y a la elección de autoridades locales, departamentales y de miembros del Congreso), es imposible pensar en un programa serio contra la corrupción si:

- a) No tiene como base la adecuada protección de denunciantes y testigos, y/o,
- b) No puede crear una percepción de seguridad en ese sentido.

3. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO - LAVADO DE ACTIVOS Y SECRETO BANCARIO

La legislación relacionada con el enriquecimiento ilícito, el lavado de activos y el secreto bancario, constituye la piedra angular en el propósito de judicializar los casos de corrupción.

En esta misma dirección,

- a) El art. 52 de La Convención, sobre prevención y detección de transferencias del producto del delito, obliga a los Estados Parte a cooperar con el seguimiento de cuentas y transacciones que requieran particular atención y, especialmente que “intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores”;
- b) El art. 56 de La Convención, compromete a los Estados parte como un deber de “cooperación especial” el “remitir a otro Estado parte que no lo haya solicitado (...) información sobre el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”; y

"Un 82% de los funcionarios públicos adujo como la principal razón para no denunciar “el temor a represalias para quienes denuncian".

- c) La Convención solicita a los Estados parte considerar la posibilidad de “establecer una dependencia de inteligencia financiera que se encargará de recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas”.

En Colombia la Ley 526 de 1999 creó la Unidad de Investigación y Análisis Financiero – UIAF (reglamentada por el Decreto 1497 de 19 de julio de 2002). Los artículos 102 a 107 y 209 a 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF (Decreto ley 663 de 1993 y Ley 795 de 14 de enero de 2003, que lo reforma) desarrollan las obligaciones de las entidades financieras a este respecto.

Igualmente, el art. 9 de la mencionada Ley 526 de 1999 corresponde a lo requerido en el art. 40 de la Convención, que compromete a los Estados a velar “por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno, mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario”. Esta norma tiene su equivalente en el artículo XVI de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), aprobada en Colombia mediante la Ley 412 (Noviembre 6, 1997)³.

Como se precisó en el capítulo anterior, el Enriquecimiento Ilícito a que se refiere el artículo 20 de La Convención está definido como delito en el artículo 412 del Código Penal colombiano.

El Lavado de Activos a que se refieren los artículos 14, 23 y 52 de La Convención está definido como delito (art. 8 de la ley 747 de 2002, que modifica el art. 323 del Código Penal) y ampliamente desarrollado en la legislación penal colombiana⁴. También bajo el Capítulo de “Lavado de Activos” (Quinto del Título X que protege el bien jurídico del orden económico social) están definidos como delitos la omisión

3 La Corte Constitucional con Sentencia C-397/98. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz declaró ajustada a la Constitución la Ley 412 del 6 de noviembre de 1997, aprobatoria de esta Convención.

4 Ley 526 de 1999 que crea la Unidad de Investigación y Análisis Financiero (UIAF) y Decreto 1497 de 19 de julio de 2002 que reglamenta parcialmente dicha ley; Artículos 102 a 107 y 209 a 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero–EOSF (Decreto ley 663 de 1993) y Ley 795 de 14 de enero de 2003, que lo reforma; Circulares Superbancaria: Básica Jurídica, Capítulo 9 (Externa 07/1995) y Externas 046/2002 y 025/2003.

de control de instituciones financieras o de cooperativas (art. 325) y el “testaferrato” aunque este solo se define como delito cuando se comete en relación con los delitos de “narcotráfico y conexos” (art. 326).

En el tema de lavado de activos se confirma que Colombia es un buen oferente de asistencia internacional, pero no logra siempre conseguir la cooperación de otros países en la lucha contra la corrupción. La legislación sobre el lavado de activos supone una posición proactiva de las entidades financieras en la detección de operaciones inusuales y sospechosas y la obligación de informar de manera inmediata a las autoridades sobre cada operación de este tipo que sea de su conocimiento. Sin embargo, no puede decirse que Colombia es receptora de este tipo de información relacionada con delitos de enriquecimiento ilícito y otros asociados con la corrupción en el sector público. Es difícil, incluso, conseguir cooperación para investigaciones iniciadas en el país. En este campo sus funcionarios requerirían más capacitación y cooperación internacional. En general, al referirse recientemente al caso de jurisdicciones no cooperantes, el Fiscal General sostuvo:

“El otro obstáculo, es el cerrado secreto bancario, dificultades en la recolección de las pruebas, sin ningún rubor, sin ninguna vergüenza, niegan información para llevar a feliz término las investigaciones. Por eso es importante la cooperación internacional”⁵.

A nivel local si bien es probable que este régimen legal ha generado una importante colaboración de las entidades financieras para detectar operaciones de lavado de activos relacionadas con delitos de narcotráfico, no parece en cambio que haya permitido el mismo nivel de cooperación respecto al movimiento de activos originados en la corrupción del sector público. Todas las entidades financieras están obligadas a tener un Sistema Integral de Prevención del Lavado de Activos (SIPLA) y obligatoriamente deben reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Investigación y Análisis Financiero (UIAF). El personal de las entidades financieras debería recibir capacitación específica sobre la naturaleza, características, volumen y frecuencia de las transacciones de los servidores públicos (funcionarios, en términos de La Convención), su nivel de riesgo, clase de producto o servicios,

5 Intervención del Fiscal General de la Nación Dr. MARIO GERMÁN IGUARÁN, ante el grupo de expertos para el control de lavado de activos – CICAD, noviembre 15, 2005.

origen o destino de sus operaciones y cualquier otro criterio que permita clasificar estos clientes en el rango de mercado dentro del cual se inscriben. Esta segmentación permitiría determinar las características usuales de sus transacciones a fin de detectar las operaciones inusuales o sospechosas que realicen y reportarlas en forma inmediata. Mediando el proceso de información y capacitación mencionado, la Fiscalía General podría considerar la apertura de investigaciones penales en los casos en que empleados o directores de instituciones financieras o cooperativas de ahorro y crédito, omitan el cumplimiento de los mecanismos de control establecidos.

4. RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

La restitución de activos es un principio fundamental de La Convención. Así lo destaca el art. 51, con el cual se inicia el capítulo especial (Capítulo V) dedicado a este tema y en el cual se requiere a los Estados parte a prestar “la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto”.

Como destaca la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)⁶:

“Los artículos 51 a 59 constituyen en la mayoría de los aspectos el primero, y en todo caso el más completo tratamiento de los asuntos relacionados con incautación, decomiso y recuperación de activos en cualquiera de los tratados anti-corrupción”.

Los arts. 54 y 55 de La Convención, prevén los mecanismos y la forma como debe cumplirse la recuperación de bienes y la cooperación internacional para fines de decomiso. Estas disposiciones “son sustancialmente similares a los artículos 12 y 13 de la Convención Contra el Crimen Transnacional Organizado”⁷, aprobada en Colombia por Ley 800 de 2003 y declarada exequible por la Corte Constitucional⁸.

6 American Bar Association (ABA), Section of International Law, Report to The House of Delegates (that) supports the prompt ratification of the United Nations Convention Against Corruption (UN Convention) by the United States, and by other members of the United Nations.

7 En nota de pie de página 494 del ya citado “UN Anti-corruption Toolkit 3rd Edition, Vienna, September 2004”.

8 Sentencia C-962/03. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

La Fiscalía General podría considerar la apertura de investigaciones penales en los casos en que empleados o directores de instituciones financieras o cooperativas de ahorro y crédito, omitan el cumplimiento de los mecanismos de control establecidos.

En el art. 54 (parágrafo 1, c) se solicita a los Estados considerar “la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”.

En la legislación colombiana, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) en sus artículos 82 a 90 establece los bienes y recursos sobre los cuales procede el comiso; las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso; el trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso; la suspensión del poder dispositivo; la administración de los bienes; la destrucción del objeto material del delito; la devolución de bienes; la disposición sobre bienes o recursos no reclamados y los intervinientes en el proceso que pueden solicitar la adición de la sentencia si en ella (o en una decisión con efectos equivalentes) se omite el pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso.

Colombia tiene una larga tradición en el reconocimiento de la constitucionalidad del comiso (o decomiso) de instrumentos, productos y bienes equivalentes al producto del delito y sobre la diferencia de esta institución con la Confiscación general que ha estado prohibida por la Constitución de 1886 y por la Constitución vigente⁹ de 1991. Así lo confirmó en la revisión constitucional de la Ley 67 de 23 de agosto de 1993, aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas¹⁰. Adicionalmente, con base en el inciso segundo del artículo 34 de la Constitución, la Corte Constitucional ha establecido que la extinción de dominio puede recaer no sólo sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito sino también sobre aquellos que sean obtenidos “en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”¹¹. Y agrega:

Colombia
tiene una larga
tradición en el
reconocimiento
de la
constitucionalidad
del comiso
(o decomiso)
de instrumentos,
productos y bienes
equivalentes al
producto
del delito.

9 Henao Ospina, Marino Tadeo, “El Comiso. Análisis de la Institución”, artículo publicado en la revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1983.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

11 Sentencia C-677 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

“Esto significa que, conforme al ordenamiento colombiano, la Constitución autoriza tres formas de extinción de dominio, que desbordan el campo tradicional del decomiso, a saber: de un lado, de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito; de otro lado, de los bienes adquiridos en perjuicio del Tesoro Público; y, finalmente, de aquellos bienes adquiridos con grave deterioro de la moral social. (...) para que esta extinción de dominio opere se requiere que exista un motivo previamente definido en la ley (CP art. 29) y que ella sea declarada mediante sentencia judicial, como consecuencia de un debido proceso en el cual se haya observado la plenitud de las formas del juicio”.

Así, en la sentencia sobre la ley 793 de 2002¹², La Corte Constitucional reconoce rango constitucional a esta acción

“porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático’.

(...)

“Es una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público”.

12 Sentencia C-740/03. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Treviño. La Ley 793 de 2002 “ desarrolla el artículo 34 de la Constitución Política, sobre la acción de extinción de dominio, por sentencia judicial, sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social”.

Sobre el procedimiento de extinción de dominio, la Corte Constitucional¹³ explica que este está estructurado en tres etapas, así:

“Una fase inicial que se surte ante la Fiscalía, en la que se promueve una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse la acción de extinción de dominio y en la que puede haber lugar a medidas cautelares; una segunda fase, que se inicia con la decisión de la Fiscalía de perseguir bienes determinados y que culmina con la decisión sobre la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio y la remisión de lo actuado al juez competente y una última fase, que se surte ante el juez de conocimiento, y en la que hay lugar a un traslado a los intervinientes para que controviertan la decisión de la Fiscalía General y a la emisión de la sentencia declarando la extinción de dominio o absteniéndose de hacerlo”.

5. EXTRADICIÓN

El art. 44 de La Convención establece un completo régimen aplicable a la extradición de personas acusadas o condenadas por delitos tipificados con arreglo a la misma. Al respecto conviene destacar:

- a) Cada uno de los delitos a que se refiere La Convención se considerara incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado vigente entre los Estados Parte y “Estos se comprometen a incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí”;
- b) Los Estados Parte no consideraran de carácter político ninguno de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
- c) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 (sobre doble incriminación) “Los Estados Parte cuya legislación lo permita podrán conceder la extradición de una persona por cualesquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención que no sea punible con arreglo a su propio derecho interno”;
- d) Todo Estado parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado deberá informar (al Secretario General de las Naciones Unidas al momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación) si con-

Los Estados Parte no consideraran de carácter político ninguno de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;

13 Sentencia C-740/03. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

- siderará o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte. Si no lo considera así, debe procurar, cuando proceda, celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte;
- e) Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como causa de extradición entre ellos;
 - f) Los Estados Parte que no extraditan presuntos delincuentes o personas condenadas en otros Estados, “por el solo hecho de ser uno de sus nacionales”, estarán obligados a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (párrafo 11) o a “hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena”;
 - g) Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias;
 - h) Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato”.

Conforme a lo previsto en los artículos 18 del Código Penal colombiano y 490 del Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 904 de 2004), en consistencia con el Acto legislativo 1 de 1997, “La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley”. Como destaca la Corte Constitucional al declarar exequibles la Convención Interamericana Contra la Corrupción y su ley aprobatoria (aprobada en Colombia mediante la Ley 412 (Noviembre 6, 1997):

“el Congreso de la República, mediante el Acto Legislativo N° 01 de 16 de diciembre de 1997, modificó el artículo 35 de la Constitución, estableciendo que la extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto con la ley. Además, precisó el Acto reformativo de la norma constitucional, que la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior considerados como tales en la legislación colombiana, correspondiéndole al legislador reglamentar la materia. Determinó también dicho Acto, que la extradición no procederá por delitos políticos, o cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de dicho Acto Legislativo.

... **E**s viable concluir, que las normas de la Convención referidas a la extradición por la comisión de conductas tipificadas en nuestra legislación como delitos de corrupción, (...) son acordes con las disposiciones de nuestro ordenamiento superior.

“Bajo los anteriores presupuestos es viable concluir, que las normas de la Convención referidas a la extradición por la comisión de conductas tipificadas en nuestra legislación como delitos de corrupción, con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo que reformó el artículo 35 de la Carta Política, son acordes con las disposiciones de nuestro ordenamiento superior, es decir, que es posible la extradición de toda persona acusada de haber cometido dichos delitos o condenada por su comisión, tal como lo prevé el artículo XIII del instrumento que se revisa, de conformidad con las disposiciones de los tratados públicos que al efecto celebre nuestro país, o en su defecto de la ley.

“Por lo dicho, no encuentra la Corte en las normas de la Convención sub examine que se refieren a la extradición por la comisión de delitos de corrupción, ninguna violación o desconocimiento de las disposiciones del ordenamiento superior, pues al contrario ellas facilitan la definición y el establecimiento de mecanismos de cooperación multilateral, dirigidos a contrarrestar y prevenir la comisión de esos hechos punibles, que por sus características no sólo atentan contra la administración pública y el interés general, sino contra la estabilidad del sistema y contra los principios fundantes del Estado social de derecho¹⁴.

El Capítulo II del Libro V del Nuevo Código de Procedimiento Penal (arts. 490 a 514) desarrolla ampliamente esta institución precisando:

- a) La oferta o concesión de la extradición es facultativa del gobierno; pero requiere concepto previo y favorable de la Corte Suprema de Justicia (art.492);
- b) Requisitos para concederla u ofrecerla (art. 493);
- c) Condiciones a las cuales el gobierno puede subordinar el ofrecimiento o la concesión de la extradición (art.494);
- d) Procedimiento de estudio y perfeccionamiento de la documentación (arts. 497 y 498); trámite ante la Corte Suprema de Justicia (arts. 499 a 501) y fundamentos de la resolución que concede o niega la extradición (art.502);
- e) Término para la resolución ejecutiva que niega o concede la extradición (art.503); caso de entrega diferida (art.504); orden de precedencia cuando hubiere varias demandas de extradición (art.505);

14 Sentencia C-397/98. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

- f) Entrega del extraditado (art. 506) y de los objetos encontrados en su poder, depositados o escondidos en el país y que estén relacionados con la perpetración de la conducta punible, así como aquellos que puedan servir como elemento de prueba (art. 507);
- g) Captura de la persona requerida, derecho de defensa y causales de libertad (arts. 509 a 511).

Los arts. 512 a 514 precisan los requisitos para solicitar la extradición; el examen de la documentación por El Ministerio del Interior y de Justicia y las gestiones diplomáticas a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores para obtener del gobierno extranjero la extradición.

6. ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA

El art. 46 de La Convención obliga a los Estados Parte a prestarse “la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención”.

El Nuevo Código de Procedimiento Penal –ley 906 de 2004– en el LIBRO V (arts. 484 a 517) regula la cooperación internacional en materia probatoria (Capítulo I), de Extradición, a que se refiere el párrafo anterior (Capítulo II) y de ejecución de sentencias extranjeras (Capítulo III).

El art. 46 de La Convención esencialmente coincide con los compromisos asumidos por Colombia como Estado parte de:

- » La “**Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**” y el “**Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**”, adoptados por la **Asamblea General de las Naciones Unidas noviembre, 2000**), aprobados por **Ley 800 de 2003** y promulgados mediante el **Decreto 3173 de 2004**¹⁵; y,

15 Publicado en el Diario Oficial N° 45.692 de 5 de octubre de 2004.

El art. 46 de La Convención obliga a los Estados Parte a prestarse “la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención”.

» La “Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal”, y el “Protocolo Facultativo Relativo a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal”, aprobados mediante Ley 636 (enero 4, 2001), declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-974/01 (septiembre 12, 2001)¹⁶.

La Corte Constitucional, en la sentencia mencionada, destacó:

“Por ello la Corte deberá declarar conforme con la Constitución Política que el Estado se obligue a: i) prestar asistencia en materia penal aunque el hecho que la origine no sea punible según su propia legislación; ii) que, de ser posible, los trámites se adelanten conforme lo solicita el Estado requirente; iii) enviar los documentos y objetos materia de la asistencia, dentro del menor tiempo posible al Estado requirente; iv) a que su Autoridad Central –prevista en el acuerdo– comunique a la Autoridad Central de la otra Parte contratante la información que posea sobre la existencia en el territorio de esta última, de los ingresos, frutos o instrumentos de un delito; v) que las Partes se presten asistencia mutua, en la medida permitida por sus leyes, para promover los procedimientos precautorios y las medidas de aseguramiento de los ingresos, frutos o instrumentos del delito; vii) que las autoridades y las partes interesadas, o sus representantes, del Estado requirente, puedan, previo conocimiento de su Autoridad Central, estar presentes y participar en la ejecución de la solicitud de asistencia; viii) que si se considera necesario, la Autoridad Central del Estado requerido registre por escrito el consentimiento dado por la persona invitada a comparecer al Estado requirente; ix) que su Autoridad Central informe con prontitud a la Autoridad Central del Estado requirente, sobre la aceptación o negativa del invitado a desplazarse a su territorio; x) que la persona que tenga incurso en un proceso penal, cuya comparecencia en el Estado requirente sea necesaria, sea trasladada, temporalmente, con ese fin a dicho Estado; xii) a mantener bajo custodia al detenido, cuando fuere Estado receptor, a

"Por ello la Corte deberá declarar conforme con la Constitución Política que el Estado se obligue a prestar asistencia en materia penal aunque el hecho que la origine no sea punible según su propia legislación.

16 El 13 enero de 2003, Colombia depositó ante la Secretaria General de la OEA, el instrumento de ratificación y promulgó La Convención y El Protocolo mencionados mediante decreto 2124 (Julio 29, 2003).

menos que el Estado remitente indique lo contrario; xiii) a devolver a la persona trasladada, tan pronto como las circunstancias lo permitan o con sujeción a lo que las autoridades centrales de ambos Estados acuerden; xiv) a colaborar, en la medida de lo posible, para el tránsito por su territorio de las personas que deban ser trasladadas por razón del Convenio; xv) a facilitar al Estado requirente copia de los documentos, antecedentes o informaciones de carácter público que obren en sus organismos y dependencias; xvi) a autorizar al Estado requirente, salvo causa justificada, la divulgación o utilización total o parcial de la información o prueba que haya sido suministrada o practicada con propósitos diferentes; xvii) devolver las solicitudes de asistencia que no pueden ser cumplidas con explicación de la causa que no permitió la asistencia; xviii) a pedir información adicional, cuando sea necesaria para dar cumplimiento o facilitar el cumplimiento de la solicitud, y; xix) que los documentos tramitados por las autoridades centrales a los que se refiere la Convención, no requieran legalización o autenticación: La Sentencia C-206 de 2000, ya citada, encontró ajustada a la Carta una disposición análoga a la que aquí se revisa, sobre exención de legalización diplomática de documentos públicos remitidos en virtud de esta clase de acuerdos, al considerar que “(...) no acarrea ninguna contradicción con las disposiciones de nuestro ordenamiento superior, al contrario, con ellas se garantiza la realización de los principios de eficacia, economía y celeridad consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, y son consonantes con “La Convención sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros”, suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 455 de 1998, y declarada constitucional por parte de esta Corporación, previa revisión (Sentencia C-164 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz)”; en cuanto se trata de medidas de colaboración internacional, desarrolladas en el marco de la Organización de Estados Americanos, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional – artículos 9º, 226 y 227 C.P.”.

Por su parte, el Gobierno Nacional, al momento de depositar el instrumento de ratificación, notificó que las Autoridades Centrales designadas para dar

cumplimiento a las solicitudes de asistencia mutua en materia penal, son las siguientes:

- s Para tramitar las solicitudes de asistencia judicial formuladas por las autoridades señaladas por los Estados partes en La Convención Interamericana, el Gobierno de Colombia designa como autoridad central a la Fiscalía General de la Nación.
- s Para la formulación de solicitudes de asistencia judicial a las autoridades designadas por los demás Estados partes en La Convención Interamericana, el Gobierno de Colombia establece como sus autoridades a la Fiscalía General de la Nación, cuando se trata de investigaciones adelantadas por dicha entidad; y al Ministerio de Justicia y del Derecho para los demás casos.

Para tramitar las solicitudes de asistencia judicial formuladas por las autoridades señaladas por los Estados partes en La Convención Interamericana, el Gobierno de Colombia designa como autoridad central a la Fiscalía General de la Nación.

CAPÍTULO IV. CONSTITUCIONALIDAD E INSTITUCIONALIDAD: LA CONVENCION, ¿PARA QUÉ?

1. INSTITUCIONALIDAD

Podría pensarse que cualquier país cumple fácilmente con las medidas preventivas a que se refiere el Capítulo II de La Convención y que aquí hemos llamado “La Carta de las Naciones Unidas de Institucionalidad contra la Corrupción”. Así sería si tales medidas fueran solo la base de una lista para chequear si los Estados parte tienen estatutos legales que regulan esas materias. Pero como se destacó antes, La Convención no es una simple declaración, ni una recomendación, ni un enunciado de buenas intenciones. Sus disposiciones, por regla general, crean concretas obligaciones para los Estados parte que, en nuestro caso, serían exigibles en el derecho interno colombiano.

Las normas de La Convención no se incorporan automáticamente al derecho interno de los Estados parte y se requiere la expedición de la legislación respectiva para ese efecto, pero:

- s No es opcional que los Estados parte definan como delitos las conductas que La Convención obliga a penalizar;

- Por regla general, no es opcional que los Estados parte adopten las medidas preventivas a que se refiere el Capítulo II de La Convención.

Así, los Estados parte están obligados a adoptar las medidas legislativas y administrativas que se prevén en La Convención y los valores, principios, fines, medios y procedimientos que La Convención consagra deben integrar el orden constitucional y servir de guía para la interpretación y aplicación de las normas constitucionales en esta materia. Esto reduce (a) la latitud de decisión que el legislador colombiano pudiera tener para penalizar o despenalizar las conductas mencionadas y (b) la discrecionalidad para regular o desregular la institucionalidad del sector público en áreas como conflictos de intereses; sistemas para declaración de ingresos, patrimonio y actividades económicas de servidores públicos; acceso a la información pública; y principios que deben regir la función pública y la contratación pública. En el caso colombiano, aunque en el Congreso se encuentra en curso el proyecto¹ de ley “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con los recursos públicos” ningún avance relevante se ha hecho desde que el “Informe de Evaluación de Adquisiciones” del País realizado por el Banco Mundial hace cinco años² destaca los problemas principales de la contratación pública en Colombia y de su regulación.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES– al sintetizar ese documento³ señala entre las fallas mencionadas:

- 1 Proyecto de Ley N° 20/05 Senado “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con los recursos públicos” Acumulado Proyecto de Ley N° 13 /05 Senado “Por la cual se establecen reglas de transparencia en materia de contratación estatal con empresas multinacionales”, Proyecto de Ley N° 19/05 Senado “Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, Proyecto de Ley N° 32/05 Senado “Por la cual se modifica la Ley 80 de 1993” (Estatuto de contratación de la Administración Pública). Proyecto de Ley N.83/05 Senado 28/05 Cámara “Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.
- 2 Colombia - Country Procurement Assessment Report - CPAR , World Bank, April, 2000).
- 3 Síntesis CONPES 3259, octubre 2003, POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA UN ESTADO GERENCIAL.

Los valores, principios, fines, medios y procedimientos que La Convención consagra deben integrar el orden constitucional y servir de guía para la interpretación y aplicación de las normas constitucionales en esta materia.

“la dispersión normativa que ha llevado a la aplicación casi excepcional de la ley 80 de 1993; la concepción rígida de procesos de selección; la inexistencia de armonización de las normas presupuestales con las normas contractuales y la existencia de vacíos en la regulación que facilitan la ocurrencia de fenómenos de corrupción”.

El mismo Banco Mundial⁴ en la reciente evaluación de la contabilidad financiera del país señala:

“Colombia usa el mecanismo de las entidades fiduciarias, el cual fue establecido para escapar a las complejidades burocráticas en la implementación de programas y proyectos. Los fideicomisos, usualmente gestionados por bancos realizan tareas administrativas como desembolsos, contratación y contabilidad con base en honorarios. A ellos se les hacen apropiaciones de fondos globales, algunas veces por periodos plurianuales y los fondos permanecen bajo su control por fuera de los sistemas presupuestales y de tesorería. Los fideicomisos no tienen que cumplir con los procesos burocráticos, lo cual les permite operar mas rápida y eficientemente que las agencias implementadoras del gobierno. Sin embargo, mediante estos fideicomisos se manejan, por fuera del proceso presupuestal, recursos en un monto muy grande que totaliza los US\$ 3600 millones de dólares (“US\$ 3.6 billion”) al final del 2002”.

Por otra parte, la mencionada evaluación de la contabilidad financiera (BIRF, Colombia- CFFA, abril, 2005) coincide con la evaluación realizada por el mismo Banco Mundial siete años atrás (BIRF, Colombia- CFFA, septiembre 1998) que encontró en Colombia:

“abundancia de legislación regulando las finanzas publicas, pero bajo cumplimiento de esta y poco esfuerzo para castigar los violadores de la ley, incrementando el riesgo de gestión de los recursos públicos (...)

⁴ World Bank Report No. 31915-CO, Colombia - Country Financial Accountability Assessment (CFAA, April 13, 2005).

"Colombia usa el mecanismo de las entidades fiduciarias, el cual fue establecido para escapar a las complejidades burocráticas en la implementación de programas y proyectos. (...) Sin embargo, mediante estos fideicomisos se manejan, por fuera del proceso presupuestal, recursos en un monto muy grande que totaliza los US\$ 3600 millones de dólares (“US\$ 3.6 billion”) al final del 2002”.

“Esta evaluación del 2005 llega a las mismas conclusiones y pone aun mayor énfasis en la importancia de aplicar la legislación y regulaciones”⁵.

En cuanto al sistema de mérito para la selección, retención y promoción de los funcionarios públicos:

- a) **Un avance reciente es la conformación de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el inicio del proceso de convocatoria a los concursos correspondientes a cargos de carrera administrativa (alrededor de 70.000) para los cuales hasta ahora se han prolongado indefinidamente los nombramientos “provisionales” y por más de 14 años de vigencia de la Constitución de 1991 se ha desconocido el sistema de mérito que esta prevé, y**
- b) **El sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, a que se refieren La Constitución Política (art. 253) y La Convención (arts. 7 y 11), permitiría consolidar la independencia de esta institución y reducir al máximo la vulnerabilidad de sus funcionarios. Un sistema de selección, retención y promoción del personal de la Fiscalía basado “en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud” no solo constituye la máxima garantía de efectividad en la judicialización de la corrupción sino que se requiere en general para la efectividad del sistema de derechos humanos que consagra y protege la constitución y los tratados que conforman el bloque de constitucionalidad.**

El sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, a que se refieren La Constitución Política (art. 253) y La Convención (arts. 7 y 11), permitiría consolidar la independencia de esta institución y reducir al máximo la vulnerabilidad de sus funcionarios.

2. PENALIZAR Y DESPENALIZAR - INSTITUCIONALIZAR Y DESINSTITUCIONALIZAR

El tema antes planteado tiene una inmediata vigencia:

- a) Como se ha visto en este documento, en reformas a la legislación penal colombiana realizadas en los últimos años se han ‘despenalizado’ conductas típicas a que se refiere La Convención o se ha frustrado en el último momento la penalización de comportamientos que habrían contribuido eficazmente a combatir la corrupción⁶.

⁵ Ibidem.

- b) Instituciones exitosas en el propósito de combatir la corrupción, han sido objeto de recurrentes intentos de reforma para reducir su rigor (desactivarlas) o esterilizarlas. Así ha sucedido con la institución de “la pérdida de la investidura” de congresistas establecida por el constituyente colombiano de 1991. Como explica el Profesor Fernando Cepeda Ulloa:

“En el plano legislativo se observan varios fenómenos que muestran que los congresistas han tratado de reducir el rigor con el cual se ha aplicado la institución (...) “En cuanto a los intentos de los propios congresistas de reducir el rigor de la institución, sobresalen los encaminados a no desarrollarla, a limitar la presentación de acciones de pérdida de investidura, a debilitar al Consejo de Estado, a hacer más exigentes las mayorías para decretar la desinvestidura y a limitar las causales. Todos estos intentos han sido plasmados en leyes expedidas por el propio congreso, pero han fracasado gracias a que la Corte Constitucional las ha declarado inconstitucionales”⁷.

- c) Puede decirse que las entidades que tienen el poder suficiente para hacerlo, consiguen una legislación especial para escapar a los (a veces excesivamente rígidos) procedimientos “generales” de contratación, presupuesto y/o gestión de personal, y, entre las que no pueden conseguir una legislación especial, no es inusual que se establezcan nóminas paralelas o se celebran contratos no solo con, sino a través de entidades como cooperativas, universidades y aun, organismos internacionales. Así, una caótica sucesión de esfuerzos de regulación de la contratación pública y de la función pública, ha generado una legislación dispersa en la que concurren excesos reglamentarios (que paralizan la administración) con regímenes especiales o excepcionales (que son la mayoría). El resultado es un régimen que no corresponde a principios de igualdad y dignidad, ni a criterios de eficiencia y transparencia.

6 “la nula probabilidad de ir a la cárcel por concepto de evasión tributaria “flagrante” (no declarar cuando deberían hacerlo) continuará siendo un gran lastre tributario. Fue lastimoso que el Congreso no aprobara este tipo de control tributario, cuando solo restaba una última votación en la que sería la Ley 788 de 2002”, Clavijo, Sergio “TRIBUTACION, EQUIDAD Y EFICIENCIA EN COLOMBIA”, Guía para Salir de un Sistema Tributario Amalgamado, Febrero de 2005.

7 Cepeda Ulloa, Fernando, LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA CAUSAL RELATIVA AL CONFLICTO DE INTERESES COMO INSTRUMENTO PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCION, Informe de la investigación dirigida para el Banco Interamericano de Desarrollo (Octubre de 2003), presentado en OCDE-BID “Forum on Implementing Conflict of Interest Policies in the Public Service”, Río de Janeiro, Brasil, mayo 2004.

Así, una caótica sucesión de esfuerzos de regulación de la contratación pública y de la función pública, ha generado una legislación dispersa (...) El resultado es un régimen que no corresponde a principios de igualdad y dignidad, ni a criterios de eficiencia y transparencia.

3. LA CONSTITUCIÓN, LA CORRUPCIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Los actos de corrupción y un marco de “des-institucionalidad” que la faciliten o incentiven, constituyen (o permiten) una violación de derechos humanos fundamentales a la igualdad, a la dignidad y aun, a la vida⁸. Por ello, incluso han surgido reflexiones orientadas a la constitucionalización del derecho fundamental a una sociedad libre de corrupción y, más específicamente, a un servicio público libre de corrupción⁹. Cualquiera que sea el enfoque, lo cierto es que La Convención crea una oportunidad para consolidar las herramientas constitucionales contra la corrupción.

Si se reconoce el derecho fundamental a un servicio público libre de corrupción, o si se reconoce este derecho como conexo a los derechos fundamentales, en el derecho interno colombiano La Convención integraría “el bloque de constitucionalidad”, que La Corte Constitucional, con base en el artículo 93 de la Carta¹⁰ (en concordancia con el artículo 94¹¹) considera conformado, no sólo por el articulado de la constitución sino:

“entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias...¹²”.

En tal caso, las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu* incluyen garantías adicionales de una Convención, “que no estén ex-

8 “Hemos traído a cuenta la corrupción en el sector salud porque nada puede indignar más que el enriquecimiento ilícito a partir del dolor humano y hasta la muerte de quienes deben acudir al sistema de salud para preservar o prolongar su vida. En este sector la corrupción es, es muchos casos, equivalente al homicidio”, Cepeda Fernando, “Capítulo V – Reflexiones Finales”.

9 beyond demanding that the government respect the rule of law”, Frontline (India’s National Magazine from the publishers of THE HINDU) Volume 19 – Issues 19-20 (September-October, 2002). URL: <http://www.flonnet.com/fl1920/fl192000.htm>

10 En cuanto establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso y que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

11 Según este artículo “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”

12 Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Los actos de corrupción y un marco de “des-institucionalidad” que la faciliten o incentiven, constituyen (o permiten) una violación de derechos humanos fundamentales a la igualdad, a la dignidad y aun, a la vida.

presas en la Carta Política”. En esta misma dirección, la Corte Constitucional en la Revisión oficiosa de la Constitucionalidad de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” hecha en Belem do Pará el nueve de julio de 1994, explicó:

“A pesar de que la presente Convención no constituye en estricto sentido un tratado de derechos humanos sino más bien un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de las personas. En tal medida, puede afirmarse que desde un punto de vista teleológico la Convención reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección”¹³.

Si estos criterios no fueran también aplicables a La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y ella no integrara el “bloque de constitucionalidad”, de todos modos en cuanto La Convención sea ratificada por Colombia sus disposiciones quedarán incorporadas al derecho interno colombiano, serán de obligatorio cumplimiento y deben guiar la interpretación y aplicación de las normas cualquiera que sea su jerarquía, por lo cual el Estado colombiano, como parte de La Convención deberá:

- s Definir (y conservar) como delitos las conductas que La Convención obliga a penalizar y aplicar efectivamente la legislación correspondiente;
- s Adoptar (conservar y aplicar) las medidas preventivas a que se refiere el Capítulo II de La Convención.

13 Sentencia C-580/02. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

- ▶ Addressing the Challenges of International Bribery and Fair Competition 2004. The Sixth Annual Report Under Section 6 of the International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998 U.S. Department of Commerce International Trade Administration July 2004.
- ▶ American Bar Association (ABA), Section of International Law, Report to the House of Delegates (that) supports the prompt ratification of the United Nations Convention Against Corruption (UN Convention) by the United States, and by other members of the United Nations.
- ▶ Background Paper for the International Society for the Reform of Criminal Law - 13th International Conference Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective Malta, July 1999.
- ▶ Cepeda Ulloa, Fernando. Financiación Política y Corrupción, Ariel Ciencia Política, Septiembre 2004.
- ▶ Cepeda Ulloa, Fernando, La Pérdida de la Investidura de los Congresistas en Colombia: Análisis de la Causal Relativa al Conflicto de Intereses como Instrumento para Luchar contra la Corrupción - Informe de la Investigación Dirigida para el Banco Interamericano de Desarrollo (Octubre de 2003), presentado en OCDE-BID Forum on Implementing Conflict of Interest Policies in the Public Service, Rio de Janeiro, Brazil, 5-6 May 2004.

- ▶ Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).
- ▶ Código Penal (Ley 599 de 2000), modificado por la Ley 747 de 2002 y la Ley 890 de 2004.
- ▶ COOPERATING AGAINST CORRUPTION, A review of in-country donor coordination in Africa against corruption Commissioned by DFID Policy Division Anti-Corruption Team Lara Green, George Larbi, Michael Hubbard International Development Department, University of Birmingham, Final report February 2005.
- ▶ Corporate Crime Reporter. URL: <http://www.corporatecrimereporter.com/top100>.
- ▶ Corte Constitucional, Sentencias:
 - ◉ Sentencia C-962/03, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra
 - ◉ Sentencia C-740/03, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Treviño
 - ◉ Sentencia C-1075/02, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
 - ◉ Sentencia C-228/02 Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Eduardo Montealegre Lynett
 - ◉ Sentencia C-1007/02, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas H.
 - ◉ Sentencia C-580/02, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil
 - ◉ Sentencia C-974/01, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis
 - ◉ Sentencia C-206/00, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz
 - ◉ Sentencia C-164/99, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz
 - ◉ Sentencia C-677/98, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz
 - ◉ Sentencia C-397/98, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz
 - ◉ Sentencia C-320/98, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes M.
 - ◉ Sentencia C-191/98, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes M.
 - ◉ Sentencia C-176/94, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero
- ▶ Decreto N° 2124 de 29 de julio de 2003, por el cual se promulga la “Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal”, suscrita en Nassau, Bahamas, el 23 de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992) y el “Protocolo Facultativo relativo a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal”, adoptado en Managua, Nicaragua, el 11 de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).
- ▶ Heine, Günter. La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución Internacional y Consecuencias Nacionales. URL: <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/pdf/HEINE.pdf>

- ▶ Hellman Joel y Daniel Kaufmann” Confronting the Challenge of State Capture in Transition Economies, Banco Mundial, Septiembre 2001 URL:<http://info.worldbank.org/etools/docs/library/18070/fandd%5Fstatecapture%5Fenglish.doc>
- ▶ Henao Ospina, Marino Tadeo, “El Comiso. Análisis de la Institución”, artículo publicado en la revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1983. <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/pdf/HEINE.pdf>
- ▶ Hurtado Pozo, José. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. URL: <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/pdf/HURTADO>.
- ▶ Kumar, C. Raj. The constitutional quest to develop human rights against corruption goes beyond demanding that the government respect the rule of law”, Frontline (India's National Magazine from the publishers of THE HINDU) Volume 19 – Issues 19-20 (September- October, 2002). URL: <http://www.flonnet.com/fl1920/fl192000.htm>
- ▶ International Peace Academy – FAFO, A Comparative Survey of Private Sector Liability for Grave Violations of International Law in National Jurisdictions.
- ▶ Legislación sobre Comiso, Extinción de Dominio y Bienes Incautados.
 - ◉ Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004), Cap. II (arts 82 a 90).
 - ◉ Ley 793 del 27 de diciembre de 2002, que deroga la Ley 333 de 1996 y establece las reglas que gobiernan la extinción de dominio.
 - ◉ Ley 785 del 27 de diciembre de 2002, por medio de la cual se establecen disposiciones relacionadas con la administración de los bienes incautados.
 - ◉ Decreto 1461 de 28 de julio de 2000, por medio del cual se establecen las reglas para la custodia, cuidado, administración y destinación sobre bienes sujetos a medidas cautelares o definitivas por ser producto de delitos o haber sido utilizados para la realización de ellos.
- ▶ Legislación sobre Lavado de activos.
 - ◉ Ley 526 de 1999 que crea la Unidad de Investigación y Análisis Financiero (UIAF) y establece su estructura y funciones; y Decreto 1497 de 19 de julio de 2002 que reglamenta parcialmente dicha ley;
 - ◉ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF (Decreto ley 663 de 1993 y ley 795 de 14 de enero de 2003, que lo reforma), artículos 102 a 107 y 209 a 211.
 - ◉ Circular Básica Jurídica, Capítulo 9 (Circular Externa 07/1995 de la Superbancaria) y Circulares Externas 046/2002 y 025/2003 de la Superbancaria.

- ◉ Decreto 1890 de 1999 (composición de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos), creada por el Decreto 950 de 1995.
- Ley 190 DE 1995, de 6 de Junio de 1995, por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.
- Ley 491 de enero 13 de 1999, por la cual se establece el Seguro Ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones.
- Ley 890 de 7 de julio, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal.
- Lucinda A. Low, Towards Universal International Anticorruption Standards: The United Nations Convention Against Corruption and Other International Anticorruption Treaties: Too Much of a Good Thing?, Prepared for a Conference of the International Bar Association, International Chamber of Commerce, Organization for Economic Cooperation and Development, "The Awakening Giant of Anticorruption Enforcement" Apr. 22-23, 2004, Paris, France.
- Mayer, Brown, Rowe & Maw - John R. Schmidt "Ready for Prosecutors -Good Corporate Governance Means Never Having To Say You Didn't Try", October, 2002.
- OEA. Organización de Estados Americanos.
 - ◉ Convención Interamericana contra la Corrupción.
 - ◉ Comité de expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Informe aprobado en la sesión plenaria del 18 de julio de 2003.
 - ◉ Recomendaciones de Transparency International para la Octava Reunión del Comité de Expertos, Washington, D.C. 26 de Septiembre de 2005.
- OCDE. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Comisión para Asuntos Financieros y Empresariales,
 - ◉ OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Ratification Status as at 28 January 2005.
 - ◉ BELGIUM: phase 2 report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions.
 - ◉ DAFFE/IME/BR(98)8/ADD1/FINAL 1.Procedure for Self- And Mutual Evaluation of Implementation of the Convention and the Revised Recommendation – Phase 1 PHASE 1 QUESTIONNAIRE.

- ◉ Procedure for Self- And Mutual Evaluation of Implementation of the Convention and the Revised Recommendation - Phase 2 PHASE 2 QUESTIONNAIRE.
- ◉ UNITED STATES: phase 2 follow-up report on the implementation of the phase 2 recommendations on the application of the convention and the 1997 recommendation on combating bribery of foreign public officials in international business transactions.
- ▀ ONU. Organización de las Naciones Unidas,
 - ◉ United Nations Convention against Corruption.
 - ◉ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) The Global Programme Against Corruption – UN Anti-corruption Toolkit 3rd Edition, Vienna, September 2004.
 - ◉ Reunión Preparatoria Oficiosa del Comité Especial encargado de negociar una Convención contra la corrupción, Buenos Aires, 4 a 7 de diciembre de 2001.
 - ◉ Propuestas y contribuciones recibidas del Gobierno de Francia: elementos para incluir en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
 - ◉ Propuestas y contribuciones recibidas del Gobierno de Colombia: elementos para incluir en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
 - ◉ Propuestas y contribuciones recibidas por el gobierno de Colombia: proyecto de Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
 - ◉ Argentina, Informe sobre la participación de la Oficina Anticorrupción en el Sexto Período de Sesiones del Comité Ad Hoc encargado de negociar el texto de una Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- ▀ Ospina, Robledo, Rosa Inés. “La Transparencia y los Partidos Políticos”, ponencia en el evento “La Mujer como Gestora del Cambio Social”, Septiembre 17 de 2005.
- ▀ Paliero, Carlo Enrico. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano. URL:<http://www.unifr.ch/derecho-penal/anuario/96/pdf/PALIERO.pdf>
- ▀ Parés, María de Jesús. Algunas Reflexiones sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en España. URL:<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/050114044633.html>

- ▶ Peter W. Schroth, *Termites in the House: Notes on the Illusion of Substance in the UN Convention against Corruption*, Proc. 2004 Acad. Int'l Bus. <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/050114044633.html>
- ▶ Presidencia de la República: Alta Consejería Presidencial Ministerio de Hacienda DNP: DEPP - DIFP – PRAP Departamento Nacional de Planeación, Consejo Nacional de Política Económica y Social DNP: DEPP - DIFP - PRAP.
- ▶ Price Waterhouse Coopers (PWC).
 - ◉ *Opacity in Latin America, The Economic Costs of Opacity in Mercosur and Neighbouring Countries*, May 2001.
 - ◉ *Deis Nally, Sarbanes-Oxley: How Much is Enough*.
- ▶ Procuraduría General de la Nación / Edgardo José Maya Villazón “Autonomía Independencia Eficacia Eficiencia” Resultados Informe de Gestión, 2001-2004.
- ▶ Procuraduría General de la Nación, Balance del Convenio suscrito entre la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación y la Contraloría General de la República, Julio 12 de 2005.
- ▶ Rodríguez Ramos, Luis. “Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del principio *societas delinquere potest*”, en “La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas: una perspectiva comparada”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ▶ The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy - Wagner, Markus, “Corporate Criminal Liability National and International Responses” Background Paper for the International Society for the Reform of Criminal Law - 13th International Conference Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective Malta, July 1999.
- ▶ Tiedemann, Klaus. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. URL: <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/pdf/KLAUS.pdf>
- ▶ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (TI)
 - ◉ *Índice de Fuentes de Soborno*, 2002.
 - ◉ Comunicado de Prensa, “Por primera vez, Colombia obtiene 4,0/10 en el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia internacional”.
 - ◉ Comunicado de Prensa, Berlín, mayo 14, 2002.
 - ◉ Comunicado de Prensa, precedido de declaraciones de David Nussbaum, Director Ejecutivo de Transparencia Internacional.
 - ◉ Corporación Transparencia por Colombia, Capítulo de Transparencia Internacional. URL: <http://www.transparenciacolombia.org.co/new//transparencia/>

Transparency Internacional, URL:http://www.transparency.org/news_room/latest_news/press_releases/2005/2005_16_09_30th_ratification

- ▶ United Nations Office on Drugs and Crime, Global Action against Corruption, The Merida Papers, Side events at the High-level Political Conference for the Purpose of Signing the United Nations Convention against Corruption, organized jointly by the Government of Mexico and the United Nations Office on Drugs and Crime in Merida, Mexico, December 2003.
- ▶ US DEPARTMENT OF JUSTICE -, indictment – Former Enron Chief Executive Officer Jeffrey k. Skilling charged with conspiracy, securities fraud, insider trading.
- ▶ US STATE DEPARTMENT, Fighting Global Corruption: Business Risk Management” Sharpen Your Competitiveness. Released May 2000.
- ▶ Vervaele, J. A. E. La Responsabilidad Penal de/ y en el seno de la Persona Jurídica en Holanda. Matrimonio entre Pragmatismo y Dogmática Jurídica, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2. Época, núm. 1 (1998), págs. 153-184.



ANEXO 1



ANEXO 1. TABLA DE SÍNTESIS

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN	
FINALIDAD	
<ul style="list-style-type: none"> s Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; s Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; s Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos. 	
ÁMBITO DE APLICACIÓN	
PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN Y EMBARGO PREVENTIVO, INCAUTACIÓN, DECOMISO Y RESTITUCIÓN DEL PRODUCTO DE DELITOS TIPIFICADOS CON ARREGLO A LA PRESENTE CONVENCIÓN.	
MEDIDAS PREVENTIVAS	
–LA INSTITUCIONALIDAD REQUERIDA–	
POLÍTICAS, PRÁCTICAS Y ÓRGANO INDEPENDIENTE	Establecer y aplicar políticas contra la corrupción, garantizar la existencia de un órgano independiente encargado de aplicar esas políticas y promover prácticas adecuadas (arts.5 y 6);
PRINCIPIOS Y CRITERIOS PARA GESTIÓN DE PERSONAL Y CONTRATACIÓN PÚBLICA	Asegurar la plena vigencia de principios y criterios de equidad, mérito, igualdad, eficiencia y transparencia en la gestión de personal del sector público (art.7); Establecer y aplicar sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones (art.9.1);
CÓDIGOS DE CONDUCTA	Establecer y aplicar Códigos de Conducta que, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promuevan la integridad, honestidad y responsabilidad entre sus funcionarios públicos (art.8);
TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS	Promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública (art.9.2);

<p>PREVENIR LA CORRUPCIÓN Y MEJORAR NORMAS CONTABLES Y DE AUDITORÍA EN EL SECTOR PRIVADO</p>	<p>La Convención incluye una lista no exhaustiva pero detallada de medidas que corresponden a esos fines (art.12.2) y, además, obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para el mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir actos dirigidos a cometer “cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”, entre los cuales incluye el establecimiento de cuentas no registradas en libros; la realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas; el registro de gastos inexistentes; el asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto; la utilización de documentos falsos; y la destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.</p>
<p>FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN</p>	<p>La Convención señala medidas con las cuales debería reforzarse esa participación y obliga a los Estados Parte a adoptar medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción, mencionados en la presente Convención y a facilitar el acceso a dichos órganos, “para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”.</p>
<p>PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE BLANQUEO DE DINERO</p>	<p>Establecer un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero; garantizar que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional; y considerar la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables.</p>
<p>ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (art.10)</p>	
<p>ASEGURAR LA INDEPENDENCIA E INTEGRIDAD EN EL PODER JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO (art.11)</p>	

PENALIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN

PENALIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN	
<p>LAS NORMAS</p> <ul style="list-style-type: none"> s En La Convención s En la legislación colombiana 	Reformas Necesarias en la Legislación colombiana.
SOBORNO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS NACIONALES	
<p>LA CONVENCIÓN: ARTÍCULO 15</p> <p>LEGISLACIÓN COLOMBIANA: Artículos 404, 405 y 406 del Código Penal (Ley 599 de 2000)</p>	<p style="text-align: center;">NO SE REQUIEREN REFORMAS LEGALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN</p> <p>Aunque la legislación penal colombiana no utiliza la denominación “soborno” para las conductas descritas en el artículo 15 de la Convención, estas se encuentran definidas en el Código Penal como delitos de cohecho por dar u ofrecer (art.407), cohecho propio e impropio (artículos 405 y 406) y concusión (art.404).</p>
SOBORNO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS Y DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES PÚBLICAS	
<p>LA CONVENCIÓN: ARTÍCULO 16</p> <p>LEGISLACIÓN COLOMBIANA: Artículos 433 y 434 del Código Penal, pero no está definido como delito el soborno a funcionarios de organizaciones internacionales públicas.</p>	<p style="text-align: center;">SE REQUIERE QUE SE TIPIFIQUE COMO DELITO EL SOBORNO A FUNCIONARIOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES PUBLICAS</p> <p>En cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 412 de 1997, Colombia definió como delito el soborno transnacional (art.433 del Código Penal).</p>
PECULADO	
<p>LA CONVENCIÓN: ARTICULO 17</p> <p>LEGISLACIÓN COLOMBIANA: Artículos 397, 398 y 399 del Código Penal.</p>	<p style="text-align: center;">NO SE REQUIEREN REFORMAS LEGALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN</p> <p>El delito de peculado, a que se refiere el art. 17 de La Convención, está definido en el Código Penal, en sus artículos 397 (Peculado por apropiación), 398 (Peculado por uso) y 399 (Peculado por aplicación oficial diferente). Además, el derecho interno colombiano tipifica el delito de “Peculado culposo”.</p>
TRÁFICO DE INFLUENCIAS	
<p>LA CONVENCIÓN: ARTÍCULO 18</p> <p>LEGISLACIÓN COLOMBIANA: Artículo 411 del Código Penal, pero lo limita a “servidores públicos”.</p>	<p>SE REQUIERE TIPIFICAR COMO DELITO EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS CON SUJETO ACTIVO Y PASIVO INDETERMINADOS: PENALIZAR A ‘CUALQUIER PERSONA” QUE PROMETA, OFREZCA, CONCEDA, SOLICITE O ACEPTÉ BENEFICIOS INDEBIDOS PARA ABUSAR DE INFLUENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA O EN LAS AUTORIDADES DEL ESTADO.</p>

ABUSO DE FUNCIONES	
<p>LA CONVENCION: ARTICULO 19</p> <p>LEGISLACION COLOMBIANA: Artículos 416 – 424 y 424 del Código Penal.</p>	<p>NO SE REQUIEREN REFORMAS LEGALES PARA LA IMPLEMENTACION DE LA CONVENCION</p> <p>La legislación penal colombiana es más estricta que lo requerido en La Convención pues (excepto en el caso del artículo 419 - Utilización de asunto sometido a secreto o reserva) en el delito se incurre aún cuando no haya el fin de obtener un beneficio indebido (ingrediente subjetivo del tipo) que La Convención requiere.</p>
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	
<p>LA CONVENCION: ARTICULO 20</p> <p>LEGISLACION COLOMBIANA: Artículo 412 del Código Penal.</p>	<p>NO SE REQUIEREN REFORMAS LEGALES PARA LA IMPLEMENTACION DE LA CONVENCION</p> <p>La legislación penal colombiana también define como delito, en una modalidad de “lavado de activos”, el enriquecimiento patrimonial no justificado de particulares (art.327).</p>
SOBORNO EN EL SECTOR PRIVADO	
<p>LA CONVENCION: ARTICULO 21</p> <p>LEGISLACION COLOMBIANA: Esta conducta no tiene definición típica en el Código Penal colombiano.</p>	<p>SE REQUIERE DEFINIR COMO DELITO EL SOBORNO EN EL SECTOR PRIVADO. CON ESTA CONDUCTA ANTIJURIDICA LOS DIRECTIVOS (O FUNCIONARIOS) DE ENTIDAD PRIVADA NO SÓLO ESTAN AFECTANDO LA PROPIEDAD PRIVADA SINO EL BIEN JURIDICO DEL ORDEN ECONOMICO-SOCIAL AL BURLAR LA CONFIANZA MASIVA QUE EN ELLOS SE DEPOSITA.</p>
MALVERSACION EN EL SECTOR PRIVADO	
<p>LA CONVENCION: ARTICULO 22</p> <p>LEGISLACION COLOMBIANA: Artículos 249, 314 y 315 del Código Penal.</p> <p>Aunque la conducta a que se refiere el art. 22 de La Convención se adecuaría a la definición de abuso de confianza del art. 249 del Código Penal, ello no sería suficiente para los fines de La Convención, pues esta norma esencialmente protege el bien jurídico del patrimonio económico.</p>	<p>SE REQUIERE DEFINIR COMO DELITO LA MALVERSACION EN ACTIVIDADES PRIVADAS. CON ESTA CONDUCTA ANTIJURIDICA LOS DIRECTIVOS (O FUNCIONARIOS) DE ENTIDAD PRIVADA NO SÓLO ESTAN AFECTANDO LA PROPIEDAD PRIVADA SINO EL BIEN JURIDICO DEL ORDEN ECONOMICO-SOCIAL AL BURLAR LA CONFIANZA MASIVA QUE EN ELLOS SE DEPOSITA.</p>

<p>La Legislación penal colombiana actualmente define como delitos contra el Sistema Financiero, que afectan el bien jurídico del Orden Económico Social, la utilización indebida de fondos captados del público (art. 314 Código Penal), y las operaciones no autorizadas con accionistas o asociados (art. 315 Código Penal) en los cuales el sujeto activo es el director, administrador, representante legal o funcionario de entidades financieras.</p>	
LAVADO DE ACTIVOS	
<p>LA CONVENCIÓN: ARTÍCULOS 14 Y 23 LEGISLACIÓN COLOMBIANA: Artículo 8 de la ley 747 de 2002, que modifica el art.323 del Código Penal y 325 y 326 Ibidem. Ley 526 de 1999 que crea la Unidad de Investigación y Análisis Financiero (UIAF) y Decreto 1497 de 19 de julio de 2002 que reglamenta parcialmente dicha ley; Artículos 102 a 107 y 209 a 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero–EOSF (Decreto ley 663 de 1993) y Ley 795 de 14 de enero de 2003, que lo reforma; Circular Básica Jurídica, Capitulo 9 (Circular Externa 07/1995 de la Superbancaria) y Circulares Externas 046/2002 y 025/2003 de la Superbancaria.</p>	<p style="text-align: center;">NO SE REQUIEREN REFORMAS LEGALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN</p> <p>Además, la legislación penal colombiana define como delitos la omisión de control de instituciones financieras o de cooperativas (art. 325) y el testaferrato (art 326).</p>
ENCUBRIMIENTO	
<p>LA CONVENCIÓN: ARTÍCULO 24 LEGISLACIÓN COLOMBIANA: Código Penal Artículos 446 y 447.</p>	<p style="text-align: center;">NO SE REQUIEREN REFORMAS LEGALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN</p> <p>La legislación penal colombiana define como delito el encubrimiento considerando dos modalidades: el favorecimiento (art.446) y la receptación (art.447).</p>

OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA	
<p>LA CONVENCIÓN: ARTÍCULO 25</p> <p>LEGISLACIÓN COLOMBIANA: 442, 444, 444A, 454A, 454B y 454C del Código Penal, recientemente modificados o incorporados por la ley 890, 2004 que introdujo en el Título XVI, Libro Segundo del Código Penal (denominado “Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”) el Capítulo Noveno en el cual se definen delitos “contra medios de prueba y otras infracciones”.</p>	<p>CON LA LEGISLACIÓN RECIENTEMENTE APROBADA (LEY 890, 2004) SÓLO SE REQUIEREN REFORMAS LEGALES MENORES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN.</p>
RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS	
<p>LA CONVENCIÓN: ARTÍCULO 26</p> <p>LEGISLACIÓN COLOMBIANA: No está contemplada en la legislación penal sustantiva, aunque hay una previsión en el Código de Procedimiento Penal (Artículo 91).</p>	<p>SE REQUIERE ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.</p>
PROTECCIÓN DE TESTIGOS. PERITOS Y VÍCTIMAS	
<p>LA CONVENCIÓN: ARTÍCULO 32</p> <p>LEGISLACIÓN COLOMBIANA: El “Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso, y Funcionarios de la Fiscalía”, fue establecido por dos años en la Ley 104 de 1993 (art. 63). La Ley 241 de 1995 amplió el programa a los procesos disciplinarios a cargo de la Procuraduría y prorrogó por dos años su vigencia. Actualmente el programa tiene su base legal en la ley 418 de 1997 (que derogó la Ley 104 de 1993), la cual ha sido prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002.</p>	<p>NO SE REQUIEREN REFORMAS LEGALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN</p> <p>Sin embargo, o el programa no está efectivamente cubriendo a los potenciales denunciantes o testigos en los delitos a que se refiere la convención o, por lo menos ellos no lo perciben así, pues el 82 % de los funcionarios públicos aduce como la principal razón para no denunciar “el temor a represalias para quienes denuncian”.</p>

Considerando que los grupos paramilitares, la guerrilla y los grupos organizados de corrupción política, tienen un reconocido poder intimidatorio en vastas regiones de Colombia y su poder ha llegado a extenderse a la contratación estatal, a la actuación de los servidores públicos y a la elección de autoridades locales, departamentales y de miembros del congreso, es imposible pensar en un programa serio contra la corrupción que no tenga como base la adecuada protección de denunciantes y testigos y sea capaz de crear una percepción de seguridad en ese sentido.

SECRETO BANCARIO

LA CONVENCIÓN: ARTÍCULO 40
 LEGISLACIÓN COLOMBIANA:
 Art. 9, Ley 526 de 1999.

Tiene su equivalente en el artículo XVI de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), aprobada en Colombia mediante la Ley 412 de 1997 (Noviembre 6).

ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA

LA CONVENCIÓN: ARTÍCULO 46

Obliga a los Estados Parte a prestarse “la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención

El Nuevo Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004 en el LIBRO V (arts.484 a 517) regula la cooperación internacional en materia probatoria (Capítulo I), de Extradición, a que se refiere el párrafo anterior (Capítulo II) y de ejecución de sentencias extranjeras (Capítulo III).

Esta disposición esencialmente coincide con los compromisos asumidos por Colombia como Estado parte de:

- ⊞ La “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el Protocolo adicional “para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños” - Asamblea General (noviembre, 2000)/ Ley 800 de 2003/Decreto (promulgación) 3173 de 2004;
- ⊞ “Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal”, y Protocolo Facultativo, aprobados mediante Ley 636 (enero 4, 2001), declarada exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-9744/01.

