



LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

ENFOQUE, EXPLORACIÓN DE RUTA JURÍDICA Y
ELEMENTOS PARA UNA METODOLOGÍA DE TASACIÓN

LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

ENFOQUE, EXPLORACIÓN DE RUTA JURÍDICA Y ELEMENTOS
PARA UNA METODOLOGÍA DE TASACIÓN

LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

ENFOQUE, EXPLORACIÓN DE RUTA JURÍDICA Y ELEMENTOS PARA UNA METODOLOGÍA DE TASACIÓN

© Corporación Transparencia por Colombia
Procuraduría General de la Nación
Febrero de 2020
ISBN: 978-958-56654-7-7

CONSEJO RECTOR

Carlos Eduardo Angulo Galvis
José Alejandro Cortés Osorio
Álvaro Andrés Echavarría Olano
Margarita Garrido Otoyá
Guillermo Carvajalino Sánchez
Rosa Inés Ospina Robledo

JUNTA DIRECTIVA

Rosa Inés Ospina Robledo
Eulalia María Arboleda De Montes
Daniel Ricardo Uribe Parra
Bernardo Rodríguez Ossa
Eduardo Wills Herrera
Lilia Janet Bonilla Torres
Néstor Ricardo Rodríguez Ardila

DIRECCIÓN EJECUTIVA

Gerardo Andrés Hernández Montes

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN

Marcela Restrepo Hung
Coordinación General

José Fernando Gómez Rojas
Investigador Principal – Consultor

Paula Viviana Fierro Barreto
Investigadora Asistente – Consultora

Luis Jorge Garay
Director Científico del Proyecto - Fundación Vortex

Eduardo Salcedo-Albarán
Investigador- Fundación Vortex

Sonia Vanegas
Investigadora- Fundación Vortex



Este proyecto ha sido desarrollado en el marco del convenio de asociación no. 179-177 celebrado entre la Procuraduría General de la Nación y Corporación Transparencia por Colombia.

EQUIPO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Wilson Martínez Sánchez
Procurador Delegado para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad

Sheyla Suárez Hernández
Profesional Supervisora del Convenio. Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad

FINANCIACIÓN

- Procuraduría General de la Nación
- Impact Project Financiado por Global Affairs Canada – Contraparte de Transparencia por Colombia.
- Organización Corona
- Familia Echavarría Olano
- Ladrillera Santafé

Corporación Transparencia Por Colombia
Carrera 45ª. No. 93 – 61, Barrio La Castellana
Pbx: 6100822
transparencia@transparenciacolombia.org.co
Bogotá, Colombia

El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva de la Corporación Transparencia por Colombia y en ningún modo debe considerarse que refleja la posición de los donantes y cooperantes.

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
PARTE I	
RUTA DE ACTUACIÓN PARA LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN MATERIA DE REPARACIÓN DE DAÑOS POR CORRUPCIÓN	7
Presentación	8
Entendiendo el problema: ¿De qué hablamos cuando nos referimos a reparación del daño por hechos de corrupción?	9
El aprendizaje del caso Ruta del Sol II-Odebrecht	26
Los procesos que deben desarrollarse en la PGN para cumplir las expectativas y necesidades de reparación integral de las víctimas de la corrupción: la ruta de actuación	31
Conclusión	42
Referencias	43
PARTE II	
REPARACIÓN INTEGRAL DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR CORRUPCIÓN SISTÉMICA	45
Introducción: La creciente complejidad de las redes de macrocorrupción y sus daños individuales, colectivos y sociales	46
La tendencia a omitir los daños y víctimas de actos de corrupción	48
Víctimas de corrupción y su compensación	50
Reparación integral de daños causados por actos de corrupción	56
Conclusiones	60
Bibliografía	62
PARTE III	
REPARACIÓN INTEGRAL DE DAÑOS CAUSADOS POR CORRUPCIÓN EN EL SECTOR SALUD DE COLOMBIA	65
Introducción	66
Formas y costos de la corrupción en el sector salud	68
Reparación integral de daños causados por la privación de tratamientos a pacientes	73
Reflexión final: la importancia de la extinción de dominio y el objetivo de restaurar la confianza institucional	82
Referencias	84

PRESENTACIÓN

Durante varios años la corrupción en Colombia ha demostrado operar mediante la sofisticación de acciones, métodos y prácticas en distintos niveles. El desconocimiento de esta operación en redes ha dificultado la identificación de la variedad de agentes que intervienen no solo en actos sino en procesos de corrupción a gran escala o macrocorrupción, y ha impedido que se reconozca quiénes son sus víctimas y los daños que ha generado. En efecto, el enfoque retributivo le ha confiado al derecho penal la posibilidad de combatir la corrupción priorizando la sanción al victimario o agente corruptor. Sin embargo, las dinámicas propias del sistema penal y, en general de la política criminal colombiana, ha dado resultados limitados frente a la dimensión de la problemática y ha alimentado la percepción ciudadana de impunidad y denegación de justicia.

En este contexto, la Corporación Transparencia por Colombia y la Fundación Vortex se han dado a la tarea de indagar acerca de posibles escenarios y rutas jurídicas para dar mayor visibilidad a las víctimas de la corrupción y lograr la reparación integral de los daños que les ha generado este crimen. Se asume que luego de varias décadas de esfuerzos anticorrupción, los avances en esta materia corren el riesgo de caer en terreno vacío y sin mayor incidencia práctica si no se aborda este enfoque. Para avanzar en este propósito se ha determinado la necesidad de establecer colaboración con instituciones públicas que cuenten con instrumentos y experiencias para exigir la reparación de daños causados por actos de corrupción, y en particular con la Procuraduría General de la Nación. De esta manera se logró definir un convenio orientado a “aunar esfuerzos entre la Procuraduría General de la Nación y la Corporación Transparencia por Colombia

para el fortalecimiento de las capacidades de la Procuraduría en la lucha contra la corrupción, a partir del diseño de herramientas metodológicas y jurídicas que le permitan a la entidad promover la inclusión de un enfoque de reparación del daño generado por actos de corrupción, haciendo énfasis en la incorporación de mecanismos para la garantía de la transparencia y el acceso a la información pública”, desarrollado entre los meses de septiembre y diciembre de 2019.

En el marco de esta iniciativa se exploró el diseño de una ruta de actuación para la Procuraduría General de la Nación (PGN) en materia de reparación integral de daños causados por actos de corrupción, tomando como referencia para el análisis la experiencia exitosa de la intervención de este ente de control en el caso de la Ruta del Sol II, tanto en la acción popular interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como en la actuación de la PGN en el marco del proceso de arbitramento asociado al mismo caso.

Este análisis también exploró escenarios de deficiencias y barreras de acceso a la información pública, como una causa y consecuencia de la corrupción, y por lo tanto resalta la necesidad de mejorar el acceso a la información pública como insumo fundamental para contribuir a reparar los daños causados por actos de corrupción.

En complemento a lo anterior, en este documento se explora en mayor detalle la creciente complejidad de las redes de macrocorrupción y una propuesta de enfoques y métodos de compensación de los daños generados u ocasionados por la comisión de actos –procesos- de corrupción, como parte del entendimiento de la reparación integral de la corrupción.

Estructura del documento

El presente documento consta de tres partes. La primera alude al trabajo realizado por la Corporación Transparencia por Colombia, en conjunto con la Procuraduría General de la Nación, con el fin de diseñar una propuesta de ruta de actuación para el ente de control, que ayude a promover la reparación integral de los daños generados por la corrupción.

Se tomó como referencia el esquema de un mapa de procesos organizacional ordinario. Es decir, la ruta se enmarca en la lógica de i) una entrada que contenga las necesidades y expectativas de un “cliente”; ii) una serie de procesos estratégicos, operativos/misionales y de apoyo para cumplir dichas necesidades y expectativas; y iii) una salida con el cumplimiento de las necesidades y expectativas del “cliente”.

Para el caso que ocupa los propósitos del convenio entre la PGN y TPC, el “cliente” hace referencia a las víctimas de la corrupción. Por ende, sus necesidades y expectativas serán la reparación integral del daño que se ocasiona por la comisión de actos de corrupción.

Por tanto, la ruta cumple dos propósitos principales: i) establecer un entendimiento mínimo acerca de las siguientes preguntas: ¿cómo definir la corrupción?, ¿qué es reparar integralmente la corrupción?, ¿cuáles son los daños que genera la corrupción?, ¿quiénes son las víctimas de la corrupción?, ¿quiénes son los victimarios (corruptores) en casos de corrupción?, y ii) establecer posibles actuaciones concretas al interior de la Procuraduría, de manera que se promueva una reparación integral del daño que genera la corrupción.

Esa primera parte cerrará con una infografía donde se grafican las principales propuestas alcanzadas a lo largo de este trabajo conjunto.

La segunda parte del documento presenta el análisis realizado por la Fundación Vortex, donde se explora la conceptualización trabajada en los últimos años por esta organización, relacionada con las redes de macrocorrupción, la necesidad de visibilizar a las víctimas de la corrupción y de identificar diversas categorías de daños. Así mismo, se presentará una propuesta de enfoques y métodos de compensación de los daños ocasionados por la comisión de actos –procesos- de corrupción.

En la tercera parte se hace un análisis sobre el caso de corrupción del sector salud –“cartel de la hemofilia”- en el departamento de Córdoba, en el cual se revisa la literatura internacional y doméstica acerca de los efectos negativos de la corrupción sobre el funcionamiento de los sistemas de salud, se proponen y discuten los lineamientos que debería contemplar una reparación integral de los daños individuales, colectivos y sociales, derivados de corrupción en el sector salud, y se cierra con la formulación de unas conclusiones.

Para finalizar, agradecemos de manera muy especial al equipo de la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad, al equipo de coordinación e investigación y a los financiadores, por su liderazgo, compromiso y aportes en la búsqueda de mejores condiciones para alcanzar en Colombia la reparación integral del daño que genera la corrupción.

GERARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ MONTES
Director Ejecutivo
Corporación Transparencia por Colombia

RUTA DE ACTUACIÓN PARA LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN MATERIA DE REPARACIÓN DE DAÑOS POR CORRUPCIÓN

EQUIPO DEL PROYECTO

José Fernando Gómez Rojas

Investigador principal – consultor

Paula Viviana Fierro Barreto

Investigadora asistente – consultora

Corporación Transparencia por Colombia

PRESENTACIÓN

En esta primera parte se explora el diseño de una ruta de actuación para la Procuraduría General de la Nación (PGN), en materia de reparación de daños por corrupción, como un producto concreto enmarcado en el Convenio No. 179-177 de 2019, celebrado entre la Procuraduría General de la Nación y la Corporación Transparencia por Colombia.

Como parte de la gestión realizada por la Procuraduría delegada para la defensa del patrimonio público, la transparencia y la integridad, y el decidido apoyo del señor Procurador General de la Nación, se logró definir un convenio –a ser desarrollado entre los meses de septiembre y diciembre de 2019– con la Corporación Transparencia por Colombia (TPC), el cual tiene como objetivo principal:

Aunar esfuerzos entre la Procuraduría General de la Nación y la Corporación Transparencia por Colombia para el fortalecimiento de las capacidades de la Procuraduría en la lucha contra la corrupción, a partir del diseño de herramientas metodológicas y jurídicas que le permitan a la entidad promover la inclusión de un enfoque de reparación del daño generado por actos de corrupción, haciendo énfasis en la incorporación de mecanismos para la garantía de la transparencia y el acceso a la información pública. (Procuraduría General de la Nación, 2019, p. 4)

En este esfuerzo conjunto se tomará como referencia para el análisis la experiencia exitosa de la intervención de la Procuraduría en el caso Odebrecht, en el marco de la acción popular interpuesta y la intervención en el laudo arbitral Ruta del Sol II, dado que ya se cuenta con un antecedente concreto de intervención en sede judicial por parte de la entidad que puede aportar elementos de juicio relevantes para proyectar una posible ruta de actuación a futuro.

TPC apoyará a la PGN para que esta cuente con elementos conceptuales y metodológicos que

le permitan identificar y promover la reparación a las víctimas de actos de corrupción, a través de un ejercicio de diseño de una ruta de actuación para la entidad, con el fin de fortalecer sus ejes de intervención misional (prevención, intervención y disciplinario) a favor de la lucha anticorrupción.

En este análisis también se explorarán escenarios de deficiencias y barreras de acceso a la información pública, como una causa y consecuencia de la corrupción. Es decir que, por un lado, la corrupción se da en parte por la opacidad en las decisiones y los procesos de la administración pública, a través de contrataciones y procesos de selección no transparentes, en los cuales la población nunca tuvo el conocimiento de los hechos. Por otro lado, la falta de acceso a la información pública es, asimismo, un obstáculo para que las autoridades competentes investiguen los hechos y sancionen a los responsables, y para que las víctimas de la corrupción obtengan una reparación por los daños. En este escenario, el reto es analizar cómo, a través del acceso a la información pública, se puede contribuir a reparar los daños.

Para la elaboración de esta primera parte se llevó a cabo un proceso de recolección de información entre septiembre y noviembre de 2019, a través del análisis de documentos y entrevistas semiestructuradas.

La ruta de actuación para la Procuraduría toma como referencia el esquema de un *mapa de procesos organizacional* ordinario. Es decir, la ruta se enmarca en la lógica de i) una entrada que contenga las necesidades y expectativas de un *cliente*; ii) una serie de procesos estratégicos, operativos/misionales y de apoyo para cumplir dichas necesidades y expectativas; y iii) una salida con el cumplimiento de las necesidades y expectativas del *cliente*.

Para el caso que ocupa los propósitos del convenio entre la PGN y TPC, el *cliente* hace referencia a las víctimas de la corrupción. Por ende, sus necesidades y expectativas serán la reparación integral del daño que se ocasiona por la comisión de actos de corrupción.

Por tanto, la ruta cumplirá dos propósitos principales: i) establecer un entendimiento mínimo acerca de las siguientes preguntas: ¿Cómo definir la corrupción?, ¿qué es reparar integralmente la corrupción?, ¿cuáles son los daños que genera la corrupción?, ¿quiénes son las víctimas de la corrupción?, ¿quiénes son los victimarios (corruptores) en casos de corrupción?, y ii) establecer posibles actuaciones concretas en el interior de la Procuraduría, de manera que se promueva una reparación integral del daño que genera la corrupción.

El primer propósito hace referencia a entender cuál es la *entrada* del mapa de procesos en el cual se enmarcará la ruta de actuación, por medio de la definición de las expectativas y necesidades del *cliente-víctimas de la corrupción*. Por su parte, el segundo propósito alude al tipo de procesos que deben desarrollarse en la Procuraduría para que se

pueda cumplir con las expectativas y necesidades del *cliente víctimas de la corrupción*.

Dicho esto, en adelante, esta primera parte tendrá tres acápite. El primero, “Entendiendo el problema: ¿De qué hablamos cuando nos referimos a reparación del daño por hechos de corrupción?”, atiende a la exploración de la entrada del mapa de procesos que se propone como ruta; por ejemplo, las expectativas y necesidades del *cliente-víctimas de corrupción*. El segundo es un acápite bisagra, en el cual se presenta la experiencia de la PGN en el caso del contrato de la *Ruta del Sol II-Odebrecht*, donde se identificarán los logros, aprendizajes y oportunidades de mejora en la actuación de la PGN para promover la reparación integral del daño por corrupción. Finalmente, el tercer acápite, “Los procesos que deben desarrollarse en la PGN para cumplir las expectativas y necesidades de reparación integral de las víctimas de la corrupción: la Ruta de actuación”, plantea los elementos iniciales para adelantar una ruta de actuación en la PGN, propósito fundamental del convenio entre la PGN y TPC y cerrar el diseño de un *mapa de procesos adecuado*.

ENTENDIENDO EL PROBLEMA: ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO NOS REFERIMOS A REPARACIÓN DEL DAÑO POR HECHOS DE CORRUPCIÓN?

En este acápite se abordarán los conceptos de *corrupción* y *reparación de daños*, con el fin de aclarar las necesidades y expectativas del *cliente víctimas de la corrupción*, beneficiario directo de la ruta de actuación de la PGN, como puerta de entrada a la idea de un *mapa de procesos* sobre reparación de daños por corrupción. Al final, se hará una referencia a la importancia del derecho de acceso a la información.

Acerca de la corrupción

En Colombia, diversas conductas reputadas como *actos de corrupción* se han convertido en tipos

penales, la mayoría de los cuales se ubican dentro de los *delitos contra la administración* pública. Los siguientes suelen ser los delitos relacionados con hechos de corrupción: peculado (por apropiación, por uso, por aplicación oficial diferente, culposo), concusión, cohecho (propio, impropio, por dar u ofrecer), tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato (por acción, por omisión), utilización de asunto sometido a secreto o reserva, utilización indebida de información oficial privilegiada, celebración indebida de contratos, violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades

e incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, acuerdos restrictivos de la competencia, perturbación del certamen democrático, constreñimiento al sufragante, fraude al sufragante, corrupción de sufragante, tráfico de votos, voto fraudulento, favorecimiento de voto fraudulento, mora en la entrega de documentos relacionados con una votación, alteración de resultados electorales, denegación de inscripción, fraude a resolución judicial, entre otros posibles delitos.

El objeto jurídico, lo que tutela el ordenamiento jurídico en estos casos, es la probidad y la honestidad del ejercicio de la actividad estatal por parte de los servidores públicos; la igualdad de los ciudadanos ante la administración; la legalidad e imparcialidad en el servidor público; el principio de la legalidad de la actividad estatal; la rectitud en el ejercicio de la función pública; y el patrimonio estatal como bien lo dispone el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia. Por tanto, la víctima de estos delitos, el sujeto pasivo, suele ser el Estado.

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia C-944 de 2012, hizo un acercamiento a la definición del concepto de *corrupción* y destacó que el modo de detectar este fenómeno es analizar la afectación de cuatro componentes básicos del Estado: el *punto de vista político*, a partir de la confianza de los administrados respecto del Estado; el *punto de vista económico*, minando los recursos públicos que en principio deberían beneficiar a todo el conglomerado; el *punto de vista administrativo*, en el entendido de que los bienes públicos se destinan para el patrimonio de particulares, y por último, la *perspectiva jurídica*. Sobre el particular, argumenta la Corte en dicha sentencia:

La corrupción es una de las principales amenazas contra el Estado social de derecho, pues vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios

constitucionales de la función pública: 1. Desde el punto de vista político, la corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado de derecho, pues implica el desprecio de los intereses de los ciudadanos, quienes se sienten totalmente ajenos a las decisiones públicas. Por lo anterior, se afecta la legitimidad de las decisiones del gobierno y del funcionamiento del Estado de derecho, generándose la apatía y el desconcierto de la comunidad. 2. Desde el punto de vista económico, la corrupción reduce la inversión, aumenta los costos económicos, disminuye las tasas de retorno y obstaculiza el comercio internacional, aumentando los precios de los bienes y servicios y reduciendo su volumen y calidad. Adicionalmente, este fenómeno facilita la formación de monopolios de hecho, conformados por las empresas que pagan sobornos. La eliminación de la competencia genera a su vez que la empresa que pague sobornos no invierta en todos los recursos necesarios para superar a la competencia, como costes de proyectos, modernización, investigación e inversiones tecnológicas, situación que va en detrimento de los consumidores y del desarrollo de la propia empresa. 3. Desde el punto de vista administrativo público, este fenómeno hace que los recursos públicos se desvíen hacia los patrimonios particulares o del entorno de los funcionarios corruptos, lo cual disminuye la cantidad gastada en fines públicos, especialmente en educación y salud. Por otro lado, se merman las rentas públicas, teniendo en cuenta que el coste irregular del pago de los sobornos constituye una inversión para eludir el pago de costos como los tributos. Adicionalmente, la reducción de la inversión y del gasto público, ocasionada por la corrupción, afecta directamente el desarrollo económico a largo plazo, situación que se evidencia especialmente en los países menos desarrollados, en los cuales genera un diseño de los programas públicos que desemboca en beneficios para grupos de población relativamente bien situados desde el punto de vista económico en detrimento de las personas más necesitadas. 4. Desde el punto de vista jurídico, la corrupción afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, es decir, el funcionamiento del Estado de

acuerdo a [sic] los principios de la función pública, en especial de la objetividad, la imparcialidad, la legalidad y la eficiencia.

Igualmente, desde el Gobierno nacional, en Colombia se ha trabajado en un documento Conpes de política pública anticorrupción, luego de la expedición del Conpes 167 de 2013, denominado “Estrategia nacional de la política pública integral anticorrupción”. Este definió cinco estrategias dirigidas a prevenir, investigar y sancionar la corrupción: i) mejorar el acceso y la calidad de la información pública para prevenir la corrupción; ii) mejorar las herramientas de gestión pública para prevenir la corrupción; iii) aumentar la incidencia del control social en la lucha contra la corrupción; iv) promover la integridad y la cultura de la legalidad en el Estado y la sociedad, y v) reducir la impunidad en actos de corrupción.

En cualquier caso, para los propósitos del convenio entre la PGN y TPC, debe destacarse que en Colombia no existe, a la fecha, una definición de corrupción en el derecho positivo.

La Fundación Vortex, uno de los aliados en el convenio PGN-TPC, ha venido trabajando en el análisis del fenómeno de la corrupción hace varios años, y cuenta con experiencia concreta en la identificación de patrones y elementos conceptuales y metodológicos para explicar, en mejor medida, esta problemática.

En una de sus más recientes publicaciones, *El gran libro de la corrupción en Colombia* (Garay y Salcedo-Albarán, 2018), se aborda la ilegalidad como una práctica social, la cual parte del (des)ordenamiento político, económico, social y

cultural en el cual se evidencia la imposición de intereses particulares egoístas sobre intereses colectivos. Esta situación genera daños y costos sobre amplios grupos de la sociedad, especialmente los más desaventajados, que suponen violaciones innegables a sus derechos fundamentales, los cuales deberían ser reparados.

De acuerdo con Vortex (2018) y con los resultados del proyecto liderado por TPC en 2018-2019¹, la responsabilidad debería ser directa de quienes se benefician de los actos de corrupción, con cargo a su patrimonio y activos; en última instancia, el Estado deberá responder por estas afectaciones.

Debe destacarse que en Colombia no existe, a la fecha, una definición de corrupción en el derecho positivo.

En cuanto al concepto mismo de *corrupción*, es importante precisar que existe una clara diversidad de visiones y definiciones de este fenómeno, la cual depende del enfoque que se tenga. Por ejemplo, cuando se define en función de actos en los que un agente infractor influye ilegítimamente –desde fuera del Estado– sobre un agente receptor, por medios ilícitos, se está en presencia de casos de *corrupción simple*, en los que se entiende que su ocurrencia es de tipo casual y esporádica, y se determina por actos individuales y unidireccionales. La corrupción simple ha sido la concepción clásica del fenómeno –por cierto, acuñada por el derecho penal clásico occidental, el cual ha abordado el problema bajo una metodología de caso-por-caso–. Así se corroboró en entrevista realizada a funcionarios de la Procuraduría.

¹ Durante el año 2018 se realizó un proyecto liderado por Transparencia por Colombia, con recursos del Gobierno de Suecia, en alianza con el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Fundación Vortex, proyecto que tuvo como objetivo principal explorar la reparación de los daños generados por la corrupción desde el concepto de *daño social*. Los resultados de este proyecto y los documentos producidos en el primer semestre de 2019 pueden ser consultados en www.luchacontralacorrupcion.co

Sin embargo, cuando se complejiza la corrupción, esta puede adquirir criterios de análisis más amplios, pues cuando se está en presencia de casos de *corrupción sistémica*, se evidencian *fallas administrativas del Estado*, como ocurre especialmente en las contrataciones públicas. Esto puede llevar asimismo a escenarios de captura del *Estado* –simple y avanzada– y cooptación institucional, estadios más profundos de la ilegalidad, que pueden llevar a casos de *reconfiguración cooptada del Estado*. Estas variantes de la corrupción trascienden la comisión de meros actos unidireccionales e individuales, llevando a la concepción de verdaderas redes criminales, desde dentro y fuera del Estado, en alianza con actores fuera de este.

Por otro lado, Vortex (2018) define *macrocorrupción* como

[La] participación sistemática, planeada y coordinada de múltiples agentes distintivamente poderosos en la estructura política, económica y social –públicos y privados, individuos u organizaciones tales como empresas privadas con poder oligopólico, y legales, ilegales o grises/opacos– para manipular normas y procedimientos –como los procesos de contratación pública–, y realizar múltiples acciones ilegales o al menos ilegítimas con apariencia de legalidad, según sean analizadas o no como componentes de un proceso ilegal comprensivo –como el lavado de dinero, empresas fachada, colocación de recursos financieros *offshore*–. Este proceso se desarrolla con miras a obtener ganancias relativamente perdurables y no meramente de corto plazo. (p. 54)

Es decir, a diferencia de la concepción clásica de corrupción simple, la macrocorrupción supone un proceso multidireccional desde afuera hacia adentro, y desde adentro hacia afuera del Estado, a la manera de un *sistema corporativo cleptocrático*.

Sin duda, en una sociedad o contexto dados, pueden coexistir todos estos estadios de corrupción.

En cualquier caso, Vortex (2018) considera que las falencias del régimen de mercado imperantes en sociedades como la colombiana, unido a una estructura social excluyente y un débil sistema de representación, deliberación y participación política, propician la comisión de actos de corrupción a gran escala por parte de grupos poderosos, que oscilan entre la legalidad, la ilegalidad y actores opacos/grises. La corrupción en este caso incluye prácticas con apariencia de legalidad, pero ilegítimas, de cara a la función de bienestar social en cabeza de las autoridades e instituciones públicas.

Vortex (2018) propone una metodología de análisis de redes criminales (*social network analysis*, SNA) para identificar categorías de agentes/nodos que participan de manera directa o indirecta en la comisión de múltiples actos (legales, ilegales, grises) de corrupción. Mediante esta modalidad de análisis de redes, se presentan criterios como el número de interacciones entre dichos agentes, su papel organizacional, la distribución y control de la información entre los agentes, sus conexiones con subredes, y su capacidad de resiliencia y de cohesión.

En ese sentido, el SNA es una metodología que propone complejizar el análisis de la corrupción, de manera que las capacidades investigativas, de juzgamiento y sanción de las entidades a cargo de desenmascarar la corrupción en el país, como la PGN, puedan ser fortalecidas.

En síntesis, la *corrupción* a la que se hace referencia aquí debe ser un concepto en sentido amplio, de manera que pueda abarcarse la complejidad de actos e interrelaciones a distintas escalas, entre distintos agentes del Estado y particulares. Lo cierto es que se trata, en todo momento, de corrupción que cumpla las siguientes características:

- Se afectan derechos colectivos preciados como el patrimonio público y la moralidad administrativa, y en muchas ocasiones el acceso a los

servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a la libre competencia.

- Se afecta a un universo de víctimas heterogéneo, pues las afectaciones (daño) se dan en una dimensión individual, colectiva y social.
- Se realiza por parte de agentes corruptores (victimarios) diversos, tanto públicos como privados, y a distintas escalas de participación u obtención de beneficios.

Acerca del daño que debe ser reparado

La generación de un daño por causa de la comisión de actos de corrupción activa la competencia de las autoridades del Estado para propender por y garantizar una reparación integral. Es decir que el daño activa la ruta de actuación de la PGN en este caso y se constituye en la activación del mapa de procesos para que, a través del desarrollo de una serie de procesos internos organizacionales, la PGN pueda cumplir su deber misional de prevención, intervención y actuación disciplinaria con un enfoque de reparación a las víctimas de la corrupción.

Existe una rica y extensa producción jurisprudencial y doctrinal respecto al concepto de daño y sus distintos tipos, que exceden las posibilidades de este documento. Por lo pronto, para precisar jurídicamente el alcance de los daños que generan los actos de corrupción, se debe aclarar que no es lo mismo hablar de daño que hablar de *daño antijurídico*.

El daño es un concepto amplio, pues se suele entender como un fenómeno natural que

produce una pérdida, disminución o menoscabo a un sujeto de derecho (Rueda, 2014, p. 15). El daño antijurídico es más restringido, pues alude a un hecho jurídico que debe evitarse o repararse porque así lo establece el ordenamiento jurídico, por lo cual, no toda afectación supone la aparición del derecho: solo lo que le interesa al derecho tiene alguna calificación jurídica. El daño antijurídico se relaciona con “el daño que no debe ser soportado por la víctima” y, en tal virtud, es el Estado, a través de sus autoridades, quien debe garantizar el resarcimiento de la afectación a un bien jurídicamente protegido (Rueda, 2014)².

Para efectos de esta propuesta, se trabajará el concepto de daño desde el daño antijurídico que generan los actos de corrupción; es decir que es necesario que este daño esté revestido de antijuricidad para que pueda ser reparado. En Colombia se ha definido que una persona sufre un daño si no tenía el deber jurídico de soportarlo. Es decir, el daño será antijurídico no por violación a una norma positiva sino porque la persona que lo padece no estaba en la obligación de soportarlo (Bustamante, 2003, p. 221). Este entendimiento, como puede verse, excede las posibilidades del derecho penal clásico.

En el anterior acápite se mencionó que la corrupción afecta generalmente derechos colectivos como el patrimonio público, la moralidad administrativa, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a la libre competencia, y otros, dependiendo del caso concreto. En los tipos penales, se reitera que estos identifican al Estado –administración pública– como el sujeto pasivo (víctima) de los delitos asociados con corrupción. Pero el universo

² Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido que “el daño antijurídico es una entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v. gr., la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada. En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento factivo y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2012, expediente 21.747, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz)

de víctimas de la corrupción es heterogéneo, por cuanto esta también genera un daño a la sociedad en su conjunto –daño social– y a personas individuales. Por consiguiente, se requiere entender cuál será el alcance del concepto de daño en estos casos.

Siguiendo lo establecido por Enrique Gil Botero (2017, p. 37), el perjuicio es el efecto pecuniario del daño; y el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial, dependiendo del lugar en el cual irradie el daño. Considerando que, en términos de la jurisprudencia contencioso-administrativa, el daño se refiere exclusivamente al hecho que no se está en obligación de soportar, su consecuencia en el orden institucional es la reparación; mientras que el perjuicio, como efecto patrimonial del daño, tiene como consecuencia la indemnización (Rueda, 2014, p. 26).

El daño será antijurídico no por violación a una norma positiva sino porque la persona que lo padece no estaba en la obligación de soportarlo.

Así las cosas, cuando se comete un acto de corrupción, habrá que determinar el daño patrimonial o extrapatrimonial que este genere, dependiendo de la víctima. Si es únicamente patrimonial, lo que debería buscarse es la indemnización, en cuanto consecuencia del perjuicio. Pero si también se configuran afectaciones de carácter extrapatrimonial, lo que debe buscarse es una reparación integral.

A pesar de que el daño recae sobre el bien –o interés– tutelado por el Derecho, el perjuicio se proyecta sobre la persona (Bénoit, 1957, citado por Rueda, 2014). Es decir, “mientras la noción de daño es un hecho, la de perjuicio es una

noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada” (p. 27). En esto radica la dificultad de que las víctimas individuales de la corrupción sean indemnizadas, pues probar los perjuicios económicos es ciertamente complejo. En el sistema jurídico colombiano, el damnificado o lesionado que pretende una indemnización debe demostrar la existencia del perjuicio y su cuantía (Hernández, 2018).

En relación con los daños *patrimoniales*, el daño emergente

[...] comprende las erogaciones, gastos, egresos o pérdidas patrimoniales que se derivan del daño. Su indemnización exige la prueba del valor del egreso y la fecha de su causación; como también la forma que adopta, porque puede ser un gasto único como el que corresponde al funeral o tratarse de erogaciones continuadas como las que se presentan con la asunción de medicamentos, tratamientos y terapias. (Hernández, 2018)

En cuanto al lucro cesante, la indemnización de un perjuicio está condicionada a que el damnificado demuestre la privación del ingreso que percibía mediante el desarrollo de una actividad productiva, laboral o informal (Hernández, 2018).

Para el Consejo de Estado,

[...] el lucro cesante no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias, sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso en concreto³.

Por otro lado, con respecto a los *daños extrapatrimoniales* –para los cuales se exigirá una reparación integral–, el Consejo de Estado reiteró

3 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de junio de 2014; expediente 29501; CP: Jaime Orlando Santofimio G.

el 28 de agosto de 2014, mediante sentencia de unificación jurisprudencial, que en Colombia se reconocen tres tipos de perjuicios inmateriales: i) el perjuicio moral, ii) la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados y iii) el daño a la salud –perjuicio fisiológico o biológico–, derivado de una lesión corporal o psicofísica⁴.

Actualmente, a través de varias sentencias de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado ha resuelto la cuestión de la tasación de los perjuicios inmateriales, estableciendo tablas para cuantificar la indemnización de las tres categorías de perjuicio inmaterial o extrapatrimonial (Hernández, 2018). De este modo, i) para el daño moral en los casos de muerte, lesiones y privación injusta de la libertad: tope de 100 SMLMV; ii) para la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados: como regla general se privilegia la reparación no pecuniaria, y iii) para el daño a la salud: tope de 100 SMLMV (Hernández, 2018).

Las categorías de daños reconocidas jurisprudencialmente por la jurisdicción contencioso-administrativa servirán de criterio de análisis con respecto a los daños que generan los actos de corrupción.

Por otro lado, a pesar de que en Colombia aún no se ha desarrollado la figura del *daño punitivo* (*punitive damages*), en relación con los daños que genera la corrupción, es deseable que se aborde la discusión sobre si los agentes corruptores podrían quedar sujetos a esta figura, de manera adicional a la reparación integral de daños por daño emergente y lucro cesante. En efecto, en el sistema anglosajón, el reconocimiento de la responsabilidad le permite al juez de la causa ir más allá y reconocer una

indemnización prácticamente sin límites, como es el caso del daño punitivo, el cual se trata de la imposición de una multa con características de sanción (independientemente de la indemnización propiamente dicha). Un escenario probable para promover esta discusión podría ser durante el proceso de actual reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, es de gran relevancia mencionar la relación cada vez más presente entre derechos humanos y corrupción. Esta última afecta derechos civiles, políticos, económicos y sociales, dependiendo del caso concreto. Los recursos públicos que se ven afectados por causa de la corrupción en muchas ocasiones tienen como destinación la provisión de bienes y servicios para toda la población que buscan garantizar, a su vez, el goce efectivo de derechos de personas, grupos y comunidades.

La ruta de actuación de la PGN para reparar daños por corrupción debe tener presente que, en muchas ocasiones, los hechos de corrupción también suponen violaciones a los derechos humanos. Por ello se propone que, como parte del análisis de casos concretos de corrupción, este análisis tenga en cuenta un *enfoque basado en derechos humanos*. En este sentido, las personas –y grupos– son reconocidas como sujetos de derechos y se plantea la actuación del Estado bajo la interrelación entre sujetos de derecho (*rights-holders*) y sujetos responsables de garantizar dichos derechos (*duty-bearers*).

Acerca de las “víctimas de la corrupción”

Dada la complejidad del fenómeno de la corrupción donde se genera una heterogeneidad de posibles víctimas dependiendo del caso concreto, se propone una definición abierta, considerando

4 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 26251; C.P. Jaime Orlando Santofimio.

que será víctima cualquier persona –o grupo– que individual o colectivamente haya sufrido –o alegue haber sufrido– un daño como consecuencia del acto de corrupción.

Por tanto, pueden ser víctimas –y victimarios– personas individuales, grupos, comunidades, empresas privadas y públicas, entidades públicas, entre otros. Estas víctimas representan el denominado cliente del mapa de procesos que se activa con la ruta de actuación de la PGN y cuyas *expectativas y necesidades* consisten en promover una reparación integral del daño causado por la corrupción.

Tomando como referencia los desarrollos en materia de derecho internacional de los derechos humanos, las víctimas de la corrupción tienen los siguientes derechos (Pigrau e Iglesias, 2019):

- Acceso a justicia justo, eficiente y oportuno.
- Acceso a la información relevante para efectos de garantizar acceso a remedio (reparación).
- Asistencia jurídica apropiada y efectiva a través de todo el proceso.
- Exención de costas procesales y costos generales del litigio.
- Acceso a un fondo para víctimas, cuando sea posible.
- Acceso a mecanismos diplomáticos o consulares apropiados, cuando se requiera.
- Derecho a ser tratadas con especial consideración y cuidado para evitar una revictimización (acción sin daño).

En ese sentido, el *cliente* del mapa de procesos de la ruta de actuación de la PGN para promover

la reparación integral del daño es un cliente cualificado, al tratarse de un *cliente sujeto de derechos*. Es decir, toda persona que sufre un daño por corrupción se considerará víctima y tendrá una serie de derechos, donde la reparación integral es, en sí misma, un derecho, el cual deberá ser garantizado por el Estado.

En el caso colombiano, quizás el ejemplo más representativo acerca de la noción de víctima se puede encontrar en el texto de la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. En esta ley, el artículo 3 dispone:

Se consideran víctimas aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

Como puede observarse, para ser víctima de acuerdo con la Ley 1448, se debe haber sufrido un *daño*. Sin embargo, se trata de un daño cualificado, por cuanto debe haber sido consecuencia de infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) o violaciones a los derechos humanos, con ocasión del conflicto armado interno.

Así como por vía de la Ley 1448 de 2011 se reconocen diversas categorías de víctimas, ocurre igualmente en el caso de la corrupción pues, como se ha mencionado, los daños que esta genera abarcan no solo una dimensión individual, sino también una colectiva y una social.

Bajo este supuesto, se precisa que la dimensión colectiva de los daños ocasionados por la corrupción corresponde a los denominados *intereses/derechos colectivos*, mientras que la dimensión social de dichos daños se relaciona con los *intereses/derechos difusos*.

De acuerdo con el Consejo de Estado,

[...] los intereses difusos son definidos como el género, mientras los colectivos son considerados la especie. Es decir, los difusos se identifican con bienes que se refieren a todos y cada uno de los componentes de la sociedad, y los colectivos se refieren a componentes que identifican agrupaciones determinadas. Por su parte, esta Corporación ha querido acoger esta distinción doctrinal, señalando que los intereses o derechos difusos son aquellos que no están en cabeza de una asociación que los proteja, mientras los colectivos sí lo están⁵.

En la misma línea, el Consejo de Estado ha establecido que

[...] los derechos o intereses colectivos aluden en estricto sentido a un interés particular predicable de un determinado grupo, como por ejemplo, las asociaciones de vecinos o de defensores del medio ambiente. Por el contrario, los intereses o derechos difusos son aquellos respecto de los cuales no es posible predicar titularidad individual o grupal, sino comunal, noción considerada cercana al concepto de interés público; así, por ejemplo, los intereses de un conjunto de propietarios ribereños que potencialmente pueden verse afectados por los desperdicios tóxicos que una empresa deposite en el río, serán intereses difusos⁶.

Con todo, de acuerdo con la jurisprudencia contencioso-administrativa, el daño debe ser personal y cierto. Lo primero alude a la titularidad del bien jurídicamente protegido, cuya reparación se solicita, lo que comúnmente se ha denominado *legitimación en la causa por activa*. El daño debe ser personal porque solo se puede reparar a quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso⁷. Esto, sin duda, complejiza

las posibilidades de asegurar una reparación por hechos de corrupción en su dimensión social.

De acuerdo con lo expresado en el presente acápite, si bien pueden ser víctimas de la corrupción incluso corporaciones, bancos y personas naturales con gran poder adquisitivo, la Procuraduría cuenta con recursos jurídicos para realizar un ejercicio de *selección y priorización* de víctimas de la corrupción, el cual dependerá, a su vez, del enfoque estratégico que asuma la entidad.

Enfoque de reparación integral

Para hablar de una ruta de actuación para promover el enfoque de reparación integral del daño generado por actos de corrupción, es necesario delimitar el concepto de *reparación*, pues esta constituye el universo de “expectativas y necesidades del cliente-víctima sujeto de derechos” en la figura del mapa de procesos al que se ha hecho mención.

En el derecho civil colombiano (Código Civil, art. 2347) “toda persona es responsable no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”. Es decir, quien comete un daño debe indemnizarlo.

Jurídicamente, el Estado es quien detenta el deber de garante de los derechos de todas las personas, grupos y comunidades y, por esa razón, es en última instancia quien responde por los daños generados por la corrupción, así sea a título de responsabilidad subsidiaria. En efecto, como se ha visto arriba, la corrupción supone participación en mayor o menor medida –dependiendo del caso– de agentes del Estado; funcionarios públicos que participan o se benefician de la corrupción, a través de conductas activas u omisivas.

5 Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, expediente 08001-23-31-000-2004-02553-01(AP), C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

6 Ibid.

7 Ibid.

Sin embargo, es claro que la participación de actores no estatales –individuos, empresas, entre otros– debe darse por sentada al analizar casos de corrupción y, por tanto, el deber del Estado en este caso es investigar, juzgar, sancionar y perseguir sus patrimonios, a través de diversas acciones judiciales y administrativas disponibles, como la extinción del dominio y la acción de repetición, entre otras.

Así mismo, suelen darse casos de empresas públicas que ostentan la doble condición de ser víctimas y victimarias del acto de corrupción (Garay y Salcedo-Albarán, 2018).

Por otro lado, si bien el Estado asume el rol y deber de garante en todo momento, que este termine siendo el responsable de la reparación también debe leerse como un riesgo de posible revictimización, por cuanto los recursos que sean asignados para sufragar la reparación estarán a cargo de los mismos contribuyentes. Por ende, es pertinente precisar la urgencia de perseguir a los agentes corruptores en primera instancia, en especial sus activos y patrimonio.

Hablar de reparación integral supone un entendimiento más allá del componente económico-indemnizatorio. El deber de reparar se activa en el momento en que se dé alguna conducta (que también puede ser omisiva) que afecte alguno de los derechos amparados por el ordenamiento jurídico; para ello, es necesario que se cometa un daño en una persona, grupo o comunidad, y que ese daño sea un daño antijurídico; es decir, que se trate de un daño que la persona no tenía por qué estar dispuesta a soportar.

Como ya se mencionó, la reparación del daño debe tener un carácter de integralidad, de manera que incluya tanto un componente patrimonial como uno extrapatrimonial. Este concepto de reparación integral ha sido ampliamente trabajado en escenarios de justicia

transicional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien la reparación de los daños generados por violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH no son necesariamente asimilables de manera idéntica a la reparación de los daños generados por hechos de corrupción, no se ven razones jurídicas ni estratégicas que impidan tomar como referencia estos avances y aprendizajes. Incluso, se recomendará tomar este camino recorrido como un criterio de análisis en el caso concreto.

REPARACIÓN EN EL SISTEMA INTERNACIONAL

En el ordenamiento jurídico internacional de derechos humanos se han reconocido desde diferentes sistemas de protección los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Tanto en el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (SUDH) como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se han establecido principios y reglas de reparación para las víctimas.

En el contexto de las Naciones Unidas, fueron promulgados los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, por medio de la Resolución 60/147 de la Asamblea General de la Organización Naciones Unidas, los cuales establecen los estándares de reparación integral para el Sistema Universal. En cuanto a las medidas de reparación de daños, los principios reconocen la *restitución, indemnización, rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición*.

Estas modalidades de reparación han sido acogidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, y reconocidas en copiosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En tal sentido, en estos sistemas se han reconocido modalidades de reparación no necesariamente ligadas a los conceptos de daño emergente y el lucro cesante, incluyéndose medidas de reparación del daño inmaterial, las cuales van encaminadas a reparar integralmente a las víctimas, ya sean directas o indirectas. Las medidas de reparación pueden describirse brevemente de la siguiente manera:

- *Restitución.* También denominada *restitutio in integrum*, implica que en la medida de lo posible se debe devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos, como lo indica la Resolución 60/147 de 2005. La Corte IDH (1998), acogiendo a esta concepción, ha manifestado que esta puede incluir medidas adicionales de compensación, satisfacción y garantías de no repetición.
- *Indemnización.* Se debe conceder una indemnización justa (Corte IDH, 2005a, párr. 22), suficiente para compensar los daños o pérdidas derivadas de la vulneración de los derechos, los cuales dependen de cada caso (Corte IDH, 2001a, párr. 87). Los principios y directrices sobre el derecho de las víctimas establecen que esta ha de concederse de manera apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, tomando en consideración i) el daño físico o mental; ii) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; iii) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; y iv) los perjuicios morales.
- *Rehabilitación.* Propende por que las víctimas que hayan sufrido alguna afectación física o psicológica tengan atención médica

o psicológica especializada para restablecer sus derechos. En este caso, los tratamientos deben ser otorgados de manera gratuita por parte del Estado (Corte IDH, 2001b).

- *Satisfacción.* Busca reparar el daño inmaterial de la víctima de manera *no pecuniaria* a través de medidas que reintegran la dignidad de las víctimas o transmiten un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de derechos de las víctimas (Corte IDH, 2004, párr. 164). De conformidad con la Resolución de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas, se pueden tomar cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las siguientes medidas:
 - ▶ Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones.
 - ▶ La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones.
 - ▶ La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad.
 - ▶ Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella.
 - ▶ Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.

En consecuencia, aquí se propone abordar el enfoque de reparación de los daños generados por la corrupción, con el enfoque de reparación desarrollado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los últimos años. Es decir, desde una mirada de reparaciones de violaciones estructurales.

MARCO NORMATIVO REPARACIÓN INTEGRAL EN COLOMBIA

De acuerdo con la Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en su artículo 25, se dispone expresamente que la reparación integral es un derecho. Al respecto, se establece lo siguiente:

Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante.

Así mismo, la Ley 1448 también incluye las medidas de asistencia que se entregan a las víctimas, siempre y cuando estas tengan un *efecto reparador*. Dicho efecto consiste en i) que se consagren acciones adicionales a las desarrolladas en el marco de la política social del Gobierno nacional para la población vulnerable, y ii) que se incluyan criterios de priorización, así como características y elementos particulares que respondan a las *necesidades específicas de las víctimas*.

Por su parte, el Decreto 4800 de 2011, reglamentario de la Ley 1448, explica el denominado *enfoque transformador* acogido por esta ley, de la siguiente manera:

Las medidas de reparación contenidas en el presente decreto buscan contribuir a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que contribuyeron a la victimización, bajo el entendido que transformando dichas condiciones se evita la repetición de los hechos y se sientan las bases para la reconciliación en el país. El enfoque transformador orienta las acciones y medidas contenidas en el presente decreto hacia la profundización de la democracia y el fortalecimiento de las capacidades de las personas, comunidades e instituciones para su interrelación en el marco de la recuperación de la confianza ciudadana en las instituciones. Asimismo las orienta a la recuperación o reconstrucción de un proyecto de vida digno y estable de las víctimas. (art. 5)

Lo anterior significa que existe un amplio espectro de medidas que pueden ser dirigidas a las víctimas en abstracto, pero que, para el caso concreto, pueden variar dependiendo del tipo de afectación. Adicionalmente, estas medidas tienen el propósito de ir a la raíz de las causas que originaron las violaciones a los derechos de las víctimas del conflicto.

Una mención especial debe hacerse con respecto al derecho de acceso a la información y su vulneración como causa y consecuencia de la corrupción. La ruta de actuación para la PGN buscará que la reparación integral provea mecanismos de fortalecimiento al acceso a la información para la PGN, pues de esta depende que la actuación por la vía preventiva, intervención administrativa o judicial y la actuación disciplinaria, tengan mayor eficacia. Igualmente, una sociedad que alcanza umbrales adecuados de transparencia y de acceso a la información pública por parte de todos los actores sociales reducirá los riesgos futuros de corrupción, lo cual debe entenderse como una *garantía de no repetición* y parte del denominado *enfoque transformador* de la reparación, en este caso, con respecto a casos de corrupción.

Como se mencionó, este documento propone abordar el enfoque de reparación de los daños generados por la corrupción, y para ello

el enfoque de reparaciones de violaciones estructurales desarrollado por el SIDH y la Ley de Víctimas se considera un referente conceptual adecuado, pues la corrupción entendida desde un enfoque complejo, como se ha mencionado, es causa y consecuencia de este tipo de patrones estructurales, lo cual se asemeja al enfoque transformador del que trata la Ley 1448 de 2011.

Para el caso de las afectaciones que generan los actos de corrupción, deberán identificarse entonces todos los niveles de víctimas individuales, colectivas y sociales, y el tipo de repertorios jurídicos y judiciales de los que estas disponen para acceder a la justicia. No todas las acciones de carácter judicial tienen vocación indemnizatoria; no todas están diseñadas para resarcir hechos ocurridos en el pasado; no todas son idóneas para reparar a sujetos colectivos; no todas tienen en cuenta a las víctimas, sino que se enfocan en los agentes corruptores (victimarios), como es el caso de la acción penal.⁸

Así, la ruta de actuación de la Procuraduría tendrá en cuenta estas variables, de manera que la entidad pueda incidir de manera eficaz en clave de reparación integral.

Tomando como referencia el trabajo adelantado por Claudio Nash et al. (2014), las violaciones a los derechos humanos que tienen elementos de sistematicidad y son estructurales, al involucrar patrones culturales, contienen elementos de análisis funcionales a los requeridos para efectos de la lucha anticorrupción. Al respecto, se ha indicado lo siguiente:

Es en el escenario estructural donde surgen las mayores posibilidades de sinergias entre la agenda anticorrupción y la de los derechos humanos. Ambas tienen elementos comunes y uno de los centrales es la necesidad de desarrollar

medidas coordinadas a distinto nivel para poder enfrentar con cierto grado de eficiencia estas situaciones de corrupción y violaciones de derechos humanos.

Ninguna de las medidas que hemos propuesto en este apartado está pensada en violaciones directas de derechos humanos, en lo que estamos pensando es en usar las medidas de reparación para aquellas violaciones de derechos humanos en las que se presentan elementos de corrupción que las han permitido, fomentado o directamente desencadenado. Es decir, no estamos proponiendo que se condene al Estado por “corrupto”, cuestión que la Corte no podría hacer por estar fuera de su competencia, pero lo que sí puede hacer es considerar tal hecho como uno de los elementos de contexto que constituye un obstáculo para el pleno ejercicio de los derechos humanos y, por tanto, que debe ser removido. (p. 110)

El derecho de acceso a la información

El derecho de acceso a la información pública ha sido reconocido por varios instrumentos de protección de derechos humanos y legislaciones nacionales. En el marco del SIDH, el derecho de acceso a la información pública es aquel que permite a todas las personas acceder a la información bajo control del Estado, salvo que existan limitaciones permitidas en la Convención (Corte IDH, 2006, párr. 77).

En el caso de Colombia, el artículo 74 de la Constitución Política dispone que “todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. Siendo este un derecho fundamental que exige una regulación para su garantía, el día 6 de marzo de 2014 se expidió la Ley Estatutaria 1712 de 2014, por medio de la cual se creó la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la

⁸ Así fue corroborado durante entrevista grupal con expertos de la Procuraduría concedida el 8 de noviembre de 2019 al equipo de TPC.

Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.

En el análisis de constitucionalidad del proyecto de la norma, la Corte Constitucional, en Sentencia C-274 de 2013, estableció que el derecho de acceso a información cumple tres funciones en el ordenamiento jurídico:

- Garantiza la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos, en garantía del principio de democracia participativa que rige al Estado colombiano.
- Es instrumental para la garantía de otros derechos fundamentales y para alcanzar fines constitucionalmente legítimos.
- Garantiza la transparencia de la gestión pública, siendo un mecanismo de control ciudadano de la actividad estatal.

Es importante hacer mención al *principio de máxima publicidad o máxima divulgación*, como se ha denominado en el marco del SIDH. Este principio implica la presunción de que toda información en poder del Estado es pública y accesible; solo está restringida de manera excepcional por limitaciones establecidas en disposiciones legales.

La Ley 1712 de 2014 contempló en su artículo 2 el principio de máxima publicidad, el cual señala que “toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley”. Con esta disposición, quienes son sujetos obligados de la implementación de la Ley de Transparencia deben propender

por divulgar de manera proactiva el máximo de información sin limitarse a los mínimos que establezcan las disposiciones legales.

Al ser el derecho de acceso a la información la regla general y la limitación la excepción, los sujetos obligados de cumplir la ley deben sustentar la negativa de acceso a información justificando por medio de una disposición legal que la restricción es necesaria y proporcionada. Esto, en los términos del SIDH, implica que el fundamento de la limitación del derecho de acceso a la información solo se puede contemplar cuando se deba proteger un objetivo legítimo que, por su importancia, debe prevalecer sobre la necesidad social del goce del derecho de acceso a la información (Corte IDH, 2005b, párr. 85).

La limitación del derecho de acceso a la información solo se puede contemplar cuando se deba proteger un objetivo legítimo que, por su importancia, debe prevalecer

Siendo transversal el derecho de acceso a la información para la garantía de otros derechos fundamentales, desde el marco del derecho internacional de los derechos humanos y el SIDH se determinó que, para el caso de graves violaciones de derechos humanos, no proceden excepciones, especialmente por la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación⁹.

Frente a esto, en el marco del SIDH se ha establecido un precedente importante por medio de jurisprudencia en donde se deja claro que el derecho de acceso a la información es

9 “[El] derecho a la verdad conforma uno de los pilares de los mecanismos de justicia transicional, entendida como una variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala –a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos–; servir a la justicia y lograr la reconciliación” (CIDH, 2014, párr. 48).

determinante para la garantía de los derechos de las víctimas; por ello, este ha de sobreponerse a las excepciones legales en casos asociados a graves violaciones de derechos humanos.

Teniendo en cuenta esto, el artículo 23 de la Ley de Transparencia ha atribuido la responsabilidad de seguimiento y garantía del derecho de acceso a información al Ministerio Público en razón a su naturaleza constitucional y legal. Debido a este mandato estatutario, en la Procuraduría General de la Nación se constituyó por medio de la Resolución 146 de 2014 el Grupo de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública cuya función fundamental es cumplir con las funciones atribuidas por la Ley 1712 de 2014. En 2017, por medio de Resolución 077 y, con el fin de potenciar los alcances del derecho de acceso a la información pública teniendo en cuenta la cultura de lo público y la integridad, fue derogada la Resolución 146 de 2014, creándose el Grupo de Transparencia, Integridad y Cultura de lo Público, cuyo objeto es velar por el cumplimiento de la Ley 1712 de 2014 y la coordinación y articulación de los esfuerzos que adelanta la Procuraduría General de la Nación en materia de transparencia, integridad y acceso a la información.

La ruta de actuación para la Procuraduría toma como referencia el esquema de un *mapa de procesos organizacional* ordinario.

Para darle mayor relevancia al tema de transparencia, tanto al interior como al exterior de la Procuraduría General de la Nación, mediante Resolución 138 de 04 de abril de 2018, el Procurador General de la Nación creó la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

Entonces, se sugiere tener en cuenta las siguientes consideraciones sobre el derecho de acceso a la información, como parte de la ruta de actuación de la PGN entendida bajo el esquema del mapa de procesos referido aquí:

- La denegación del derecho de acceso a la información es una causa de la corrupción, pues la falta de transparencia y el desconocimiento de información pública relevante en ciertos asuntos o contratos públicos, genera las condiciones para que los agentes corruptores oculten hechos y datos que, de haberse conocido oportunamente, hubieran podido evitar la consumación de hechos de corrupción.
- La denegación del derecho de acceso a la información es, a su vez, generadora de vulneraciones de otros derechos humanos.
- La denegación del derecho de acceso a la información tanto a particulares como a entidades que tienen facultades de investigación, como la Procuraduría, es un obstáculo a la investigación y la reparación integral a las víctimas de la corrupción, pues la disposición de información relevante es un requisito sin el cual no se podrán aportar elementos probatorios a las autoridades judiciales y administrativas competentes que puedan derivar en sanciones o medidas concretas con carácter reparador.
- El derecho de acceso a la información constituye una garantía de no repetición de hechos de corrupción, pues disuade a los agentes corruptores a cometer este tipo de conductas, al fomentar acciones concretas de transparencia y rendición de cuentas.

Sin duda, será un reto para la Procuraduría determinar qué tipo de información pública es necesaria y fundamental para que se pueda

llevar a cabo en debida forma la investigación de hechos de corrupción, como parte de la ruta de actuación del ente de control.

La ruta de entrada del mapa de procesos: las expectativas y necesidades del “cliente víctimas de la corrupción”

De acuerdo con lo presentado en este acápite, la ruta de actuación de la PGN para reparación de daños por corrupción se entenderá bajo el esquema de un mapa de procesos organizacional, de manera que se parta de las expectativas y necesidades de las víctimas (derechos de las víctimas); y que se desarrollen, en consecuencia, los procesos internos desde lo preventivo, intervención y disciplinario para que se dé respuesta, al final del proceso, a la satisfacción de dichas expectativas –en este caso, se insiste, expectativas de reparación integral–. (ver infografía al final de esta parte).

Por ende, los procesos que desarrolle la PGN deberán tener un *efecto reparador*, entendido este como la puerta de entrada a la ruta de actuación de la PGN (procesos del mapa de procesos). El efecto reparador consistirá en lo siguiente:

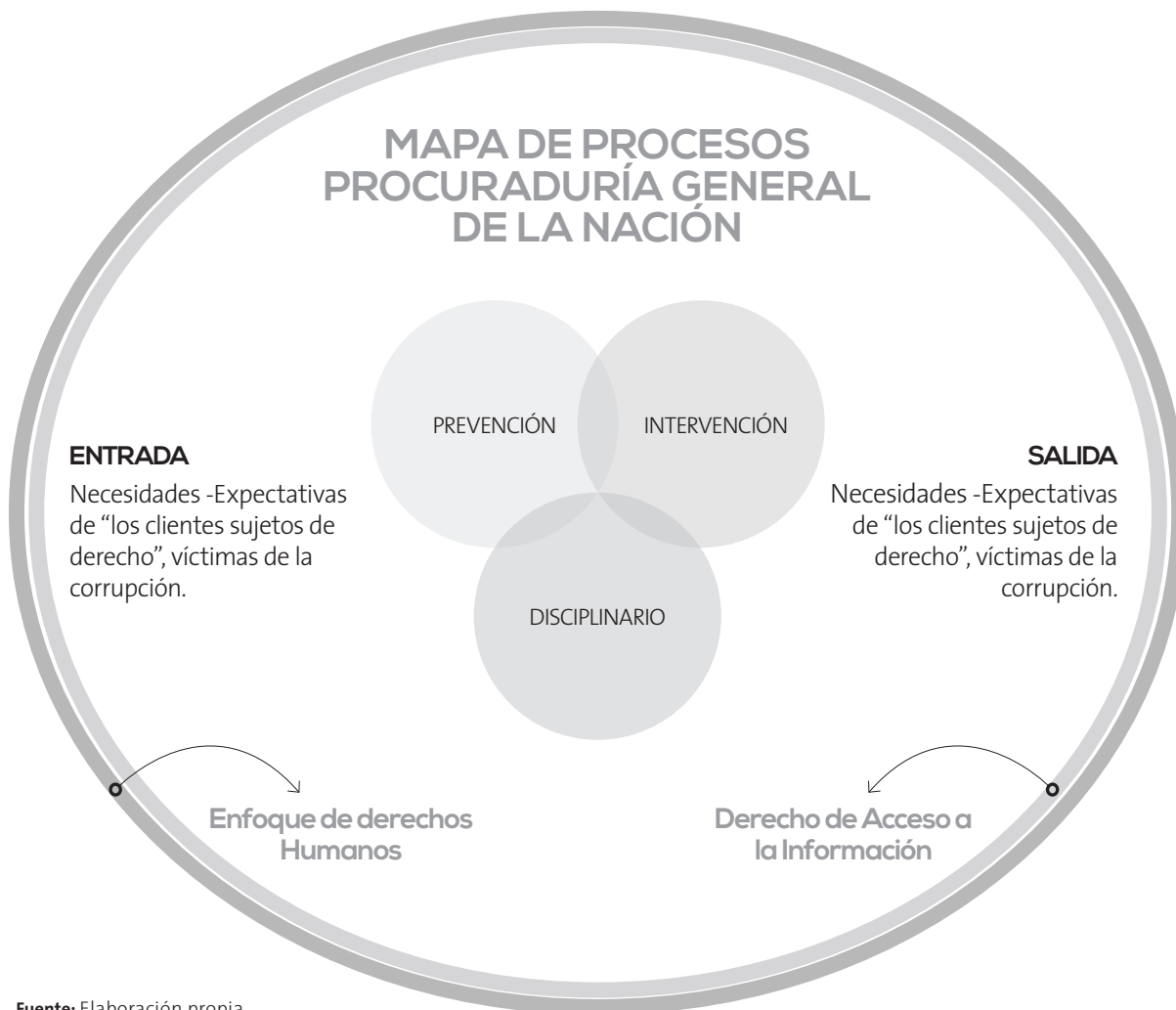
- i. Que se consagren acciones específicas dirigidas a la población víctima de los actos de corrupción, más allá de las acciones ordinarias del Estado.
- ii. Que se incluyan criterios de priorización, así como características y elementos particulares que respondan a las necesidades específicas de las víctimas de la corrupción.
- iii. Que se reconozcan los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales de las víctimas de la corrupción. En este caso, se espera que este ejercicio se pueda nutrir del desarrollo de la

metodología de tasación de daños elaborada por la Fundación Vortex, como parte de los entregables en el marco del convenio entre Transparencia por Colombia y la Procuraduría.

- iv. Que se reconozcan las dimensiones individual, colectiva y social de los daños y, en consecuencia, de los distintos tipos de víctima por causa de la corrupción.
- v. Que se realicen acciones que contribuyan a la eliminación de los esquemas de corrupción que contribuyeron a la victimización, bajo el entendido de que, transformando dichas condiciones, se evitará la repetición de los hechos y se sientan las bases para la una cultura de transparencia, acceso a la información pública y confianza ciudadana en las instituciones (garantías de no repetición).
- vi. Que se considere el derecho de acceso a la información como parte de las acciones de prevención y garantías de no repetición de hechos de corrupción, y catalizador del ejercicio investigativo de cara a una reparación integral.
- vii. Que se propugne por el conocimiento de la verdad de los hechos de corrupción, como parte del derecho a ser reparados integralmente.
- viii. Que se propugne por la sanción a los responsables de la corrupción (victimarios/agentes corruptores), por todas las vías disponibles, disciplinarias, penales, fiscales, civiles y administrativas e incluso las no institucionales, pues el derecho a la justicia es también parte del derecho a ser reparados integralmente.

Así las cosas, la gráfica 1.1 refleja la propuesta de ruta que será trabajada más adelante.

GRÁFICA 1.1 EL MAPA DE PROCESOS DE LA RUTA DE ACTUACIÓN DE LA PGN EN MATERIA DE REPARACIÓN DE DAÑOS POR CORRUPCIÓN



Fuente: Elaboración propia.

EL APRENDIZAJE DEL CASO RUTA DEL SOL II-ODEBRECHT

La Procuraduría General de la Nación (PNG) ha impulsado quizás uno de los hitos más relevantes en materia de lucha anticorrupción en el país, al intervenir como accionante de una acción popular para proteger los derechos colectivos al patrimonio público, la moralidad administrativa

y la prestación eficiente y continua de servicios públicos, en el caso del contrato de la Ruta del Sol II en el sector infraestructura, como parte del entramado de corrupción descubierto e iniciado en cortes norteamericanas contra la empresa multinacional brasileña Odebrecht.

A la intervención de la Procuraduría, en sede de laudo arbitral en el Tribunal de Arbitramento constituido, con ocasión de este mismo contrato para solicitar la nulidad del contrato, se suma la acción popular, como acciones judiciales concretas y eficaces para propender por la defensa de lo público y para reparar a las víctimas de la corrupción.

La ruta de actuación que se presenta en esta primera parte del documento a través de la figura de un mapa de procesos tendrá como fundamento los aprendizajes del caso Ruta del Sol II (Odebrecht), por cuanto las actuaciones de la PGN ejemplifican el tipo de acciones que puede desempeñar la entidad para proteger los intereses –y derechos– de las víctimas de la corrupción.

Por esta razón, el presente acápite bisagra busca articular la aproximación y conceptualización acerca de la reparación del daño ocasionado a las víctimas de la corrupción, con las actuaciones que debe seguir adelantando la PGN para promover una reparación integral del daño por corrupción, bajo el esquema de un mapa de procesos que cumple las expectativas y necesidades de las víctimas (clientes en el lenguaje tradicional de los sistemas de gestión organizacionales).

Durante la vigencia del presente convenio, el equipo de Transparencia por Colombia, gracias a la gestión de la Procuraduría delegada para la defensa del patrimonio público, la transparencia y la integridad, tuvo la oportunidad de recolectar información no solo documental sino también por la vía de entrevistas a funcionarios de la PGN, sobre las acciones que lleva a cabo la entidad en materia anticorrupción y, sobre todo, en materia de intervención en el caso del contrato Ruta del Sol II.

Para estos propósitos, se realizaron entrevistas a funcionarios pertenecientes a las siguientes dependencias, aclarando que, por respeto a la confidencialidad,

no se suministrará información sobre las personas entrevistadas:

- Oficina de Planeación
- Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.
- Grupo Élite Anticorrupción de la PGN.
- Procuraduría delegada para la conciliación administrativa.
- Procuraduría delegada para el Ministerio Público en asuntos penales.

La información obtenida durante estas sesiones fue fundamental para comprender de mejor manera lo que existe actualmente en la PGN a nivel de procesos y acciones concretas en materia de lucha anticorrupción, así como identificar aprendizajes y casos exitosos, como el de la intervención vía acción popular y laudo arbitral en el caso del contrato Ruta del Sol II, al tiempo que reconocer algunas oportunidades de mejora que serán presentadas más adelante de manera propositiva.

En general, del análisis documental realizado por TPC a i) la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) frente a la formulación de pliego de cargos contra algunos actores del caso Ruta del Sol II, ii) al fallo en primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que concedió la acción popular interpuesta por el Procurador General, y iii) al laudo arbitral que decidió decretar la nulidad del contrato aludido, todos estos relacionados con el caso Ruta del Sol II-Odebrecht, el equipo de Transparencia pudo constatar que se trata de decisiones que van en la vía correcta hacia la reparación de daños por corrupción¹⁰.

¹⁰ Ver anexo, documento interno de resumen de estas tres decisiones elaborado por Transparencia por Colombia, como parte de los insumos aportados por esta Corporación en el marco del convenio con la PGN.

La Resolución de la SIC se basó en la restricción a la libre competencia económica. El caso se encuentra en una fase de decisión para –posiblemente– interponer sanciones económicas –multas– a quienes se les formuló pliego de cargos como actores del mercado que, a través de una serie de acciones de sobornos, conflicto de intereses e interacciones indebidas con funcionarios públicos, obtuvieron la adjudicación del contrato de concesión, y se beneficiaron de acuerdos relacionados con reclamaciones posteriores y adiciones al contrato.

El laudo arbitral se limitó a analizar la controversia con respecto al contrato de concesión Ruta del Sol II y, concretamente, si procedía su nulidad. Lo anterior quiere decir que no se adentró el Tribunal de Arbitramento a decidir nada en relación con afectaciones a derechos individuales, colectivos o sociales, pero sí protegió el patrimonio público al evitar que se concedieran las cuantiosas pretensiones económicas de los concesionarios. El Tribunal de Arbitramento fue claro en indicar que su decisión no limita el pronunciamiento en sede de otras jurisdicciones, como la penal o la contencioso-administrativa.

Por el contrario, la decisión de la acción popular establece que en Ruta del Sol II-Odebrecht se vulneraron derechos colectivos concretos y, por ende, ordena una serie de medidas para salvaguardar dichos derechos, y para compensar los impactos negativos generados por los actos de corrupción inmersos en este caso. Se trata de una acción popular que se *salió del estándar*, pues el Tribunal Administrativo asumió un verdadero rol de garante de los derechos colectivos al ordenar una suma de COP 715 000 millones y accedió a decretar la sanción de diez años de inhabilidad.

Sin duda, del amplio universo de pruebas acreditadas en los tres casos, puede seguirse que, en efecto, estamos en presencia de un esquema de red ilícita, a la manera en que se describe en

el trabajo investigativo desarrollado por Vortex. Por tanto, será menester, en el futuro próximo, analizar este caso conforme a los conceptos y metodologías aplicadas por dicha organización, con el fin de caracterizar el caso Odebrecht, el cual pareciera alcanzar como mínimo límites de cooptación institucional de arriba hacia abajo.

Para efectos de la definición de una ruta de actuación para la Procuraduría, el papel de esta entidad ha sido fundamental y determinante para propiciar las decisiones definitivas del Tribunal Administrativo y del Tribunal de Arbitramento.

Durante las entrevistas realizadas a los encargados del caso Ruta del Sol II, quedó claro que existió *un antes y un después* en relación con los escándalos de corrupción de la empresa Odebrecht. Cuando en la PGN asignaron por primera vez el caso de la Ruta del Sol II a una procuradora judicial, en ese entonces no había estallado el escándalo de corrupción de Odebrecht a través del *plea bargain*, o acuerdo de colaboración por beneficios, en las cortes de Estados Unidos. En ese entonces las reclamaciones eran de la concesionaria contra la ANI para que se les reparara por eventos eximentes de responsabilidad y equilibrio del contrato. Tenían incluso una medida cautelar a su favor, lo cual significa *una apariencia de buen derecho*. La misma ANI sostenía que había eventos eximentes de responsabilidad, pero la discusión se daba en cuanto al monto.

Sin embargo, una vez estalló el escándalo de Odebrecht a nivel internacional, se dio un rápido aprendizaje por la cantidad de información que brindaron las autoridades de Estados Unidos. De manera unánime, los funcionarios entrevistados por TPC consideraron que, de no haber estallado el escándalo de Odebrecht en Estados Unidos, en Colombia jamás se hubiera dado cuenta de la corrupción en el contrato Ruta del Sol II.

Así, la PGN interpuso la acción popular en un tiempo récord pues en ese momento no se contaba con pruebas adicionales a las que se habían obtenido públicamente y a las que había remitido EE. UU. en su capítulo Odebrecht sobre Colombia.

Así las cosas, tanto en la acción popular como en el laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá, la PGN solicitó a la ANI establecer controles frente a pagos de proveedores, pues no podía arriesgarse el mínimo vital de los trabajadores de las concesionarias.

En cuanto a los bancos que formaron parte de este contrato, la PGN fue clara al sostener que estos, como terceros de buena fe, podían ser tenidos en cuenta en una indemnización con recursos de fiducia, en la medida en que existiera la viabilidad financiera para ello.

Lo anterior, dado que para la PGN la posición principal fue clara y reiterada durante la acción popular: el primer objetivo era la continuidad en la prestación del servicio, pues se trataba de un primer elemento protector del patrimonio público. Es decir que el proyecto no se podía paralizar, pues este sería el peor efecto para la sociedad. Por ende, se solicitó al Tribunal Administrativo que se dispusieran órdenes para reparar el patrimonio público, a través de ordenar las medidas cautelares correspondientes.

Con respecto al escenario del laudo arbitral, se presentaban dos posibles escenarios jurídicos: intentar la nulidad del contrato por fuera del trámite arbitral o llevarlo al trámite arbitral. Se optó por lo segundo, como una decisión de confianza en el arbitraje colombiano, pues es claro que este mecanismo está gobernado por la autonomía de la voluntad. Así, de haberse presentado un acuerdo entre el Gobierno nacional y la concesionaria, se habría podido

debilitar la pretensión de la PGN de la nulidad. En el caso del arbitramento, el pacto arbitral no es competencia de la PGN, al ser este fruto del acuerdo de voluntad privado.

En realidad, de la información recolectada en las entrevistas, queda claro que no es propósito del arbitraje solucionar problemas de corrupción ni necesariamente defender el patrimonio público y que, por tanto, hay debates que debe llevar la institucionalidad tradicional.

Sin embargo, de acuerdo con uno de los funcionarios entrevistados, “el laudo, por norma del CPACA, pudo haber hablado de reparación”; es decir que, en sede de laudo arbitral, es posible solicitar indemnización de perjuicios, pues con ocasión de una nulidad por esas causas, hay perjuicios.

En este sentido, la acción popular se presenta en todo caso como un mecanismo mucho más idóneo para hacer posibles no solo la protección de los derechos colectivos, sino también escenarios de reparación a las víctimas de la corrupción que, como se ha dicho, se constituyen en la puerta de entrada de la ruta que ocupa el análisis de esta primera parte del documento.

La acción popular no es sancionatoria; es declarativa; es asimismo restauradora, reparadora y preventiva. De acuerdo con la información recolectada en las entrevistas, la acción popular institucionaliza. Esto quiere decir que en momentos clave del proceso de acción popular, como el del pacto de cumplimiento —una especie de conciliación—, en caso de que las partes no se pongan de acuerdo, el juez debe proseguir.

Uno de los aspectos más relevantes del caso Ruta del Sol II es que la PGN en este momento pudo solicitar al Gobierno nacional que sea eficiente, que implemente acciones de mejora y que tenga más controles frente a los privados. En esta oportunidad, todos se avinieron a la propuesta

de cumplimiento institucional, a la cual se le denominó *comité interinstitucional*. Como fruto de la creación de este comité, por ejemplo, el Invías se comprometió a proveer recursos para mantenimiento vial; la ANI, a la estructuración del proyecto a través de Conpes, y las superintendencias, a incrementar los controles.

Este tipo de actuaciones por parte de la PGN se han replicado en otros casos posteriores como el del urbanismo ilegal en Cartagena, donde se acordó la creación de un plan de normalización, al cual los alcaldes se comprometieron. Igualmente, una acción popular donde se conceptuó sobre el caso de los asentamientos irregulares en el municipio de Soacha, donde la PGN considera que la Sección Primera del Consejo de Estado debe promover acuerdos institucionales para resolver el problema. A raíz de esta solicitud, el consejero ponente decreta pruebas y realiza una audiencia con las comunidades.

La acción popular del caso Ruta del Sol II tuvo también implicaciones *restitutivas*, entendiendo por este concepto el volver las cosas al estado anterior, como parte de la reparación integral. Se alude en este punto a las licitaciones que se llevaron a cabo a *posteriori*, pues desde el punto de vista de los proponentes, la institucionalidad “hizo lo que no había hecho y debió haber hecho desde el inicio”; incluso la discusión sobre los pliegos se realizó en la misma sede de la PGN, como una señal de confianza hacia las partes y una garantía de no repetición.

Con todo, está lejos afirmar que en Colombia han sido resueltos los problemas estructurales en los procesos de contratación administrativa y especialmente en el sector de la infraestructura, el cual cuenta con montos y presupuestos altos en los últimos Planes Nacionales de Desarrollo. El sistema sigue siendo bastante vulnerable a la corrupción, también en parte porque debe hacerse seguimiento al Gobierno nacional. Sigue echándose de

menos el hecho de que, a la fecha, no se le haya dado continuidad a la Ruta del Sol II; la obra sigue detenida.

Por ejemplo, a la fecha, no es posible saber si en la nueva generación 5G en materia de infraestructura, el Gobierno haya aprendido de los errores cometidos en casos como el de la Ruta del Sol II. Otro aspecto relevante es el del rol del sector financiero. De acuerdo con las entrevistas, los bancos que participaron en este proyecto no tuvieron la debida diligencia requerida, pues pasaron por alto la capacidad de endeudamiento de los concesionarios y les concedieron créditos al doble de su propia capacidad. Igualmente, los accionistas minoritarios también tienen una carga de debida diligencia cualificada, exenta de culpa. El Tribunal Administrativo fijó un estándar de cumplimiento que debe ser tenido como referente en futuros casos.

Una de las mayores limitantes que tuvo que enfrentar la PGN durante el caso Ruta del Sol II se relaciona con la dificultad de recaudar pruebas sobre los perjuicios y la falta de capacidad de la entidad en materia de dictámenes. En estos casos complejos, la prueba reina son los dictámenes y en este tipo de casos de infraestructura, las firmas internacionales tienen poder adquisitivo suficiente para ello; la PGN no tiene recursos para competir con eso, pues por ejemplo la Dirección de Investigaciones Especiales tiene un solo ingeniero para todos los casos. Esto cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que todas las apelaciones contra la acción popular vienen en el tema probatorio.

De acuerdo con lo manifestado por un funcionario entrevistado, frente al tema del daño hay dos barreras muy fuertes: i) acceso a la información, ii) limitación frente a la información que se brinda a la PGN, pues no hay suficiente capacidad para procesarla y analizarla, y luego aportarla al proceso de manera eficaz.

Por otra parte, una experiencia exitosa alrededor del caso Ruta del Sol II se refiere al acercamiento permanente con los medios de comunicación en clave de pedagogía. En efecto, en casos judiciales donde se analizan e investigan casos de corrupción de alto impacto, la tarea de provisión de información a los medios de comunicación es sumamente relevante, pues si estos reciben señales distorsionadas o inexactas –no técnicas–, así serán leídas y percibidas por la sociedad en su conjunto. Para este caso, se trabajó con los periodistas en una labor de sensibilización con respecto a los aspectos técnicos, de manera que estos pudieran registrar la relevancia de propender por el cuidado del patrimonio público.

En síntesis, la actuación de la PGN en sede de acción popular y del Tribunal de Arbitramento permite al Estado colombiano contar con un garante de la legalidad y de la defensa del patrimonio público, dando un mensaje a la sociedad con componente reparador, en clave de garantía de no repetición, al

lograrse demostrar por parte de las autoridades judiciales que “el Estado no puede quedar postrado ante los corruptos y que a estos no se les puede pagar lo que ellos quieran”. En últimas, se trata de un caso exitoso de defensa de la institucionalidad en general, incluyendo al sector judicial, al que también los entrevistados le reconocieron un rol protagónico en la definición del caso y en la adopción de fórmulas matemáticas que podrían generar precedentes a futuro.

De acuerdo con la información recolectada, la PGN fue fundamental para que las autoridades judiciales no concedieran la aplicación del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, relacionado con los reconocimientos económicos recíprocos entre las partes del contrato, por causa de la terminación del contrato. En efecto, se indicó que *“la columna vertebral para examinar las conductas indebidas que impidieron la aplicación del artículo 20 fue el acervo probatorio que dio la PGN”*.

LOS PROCESOS QUE DEBEN DESARROLLARSE EN LA PGN PARA CUMPLIR LAS EXPECTATIVAS Y NECESIDADES DE REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS DE LA CORRUPCIÓN: LA RUTA DE ACTUACIÓN

El fortalecimiento de las capacidades de la PGN en materia de enfoque de reparación de daños por corrupción debe ser una apuesta de la entidad no solo para el contexto actual que se vive en Colombia, sino para la legitimidad y la sostenibilidad misma de la entidad. La Procuraduría debe ser la entidad llamada a visibilizar y reconocer el verdadero impacto negativo de las prácticas de corrupción, en muchas ocasiones, estructural, pues el daño que se genera erosiona notoriamente el patrimonio público, la moralidad y la confianza en la institucionalidad.

En casos de corrupción, reparar el daño significa tratar de volver las cosas al estado anterior;

compensar a las víctimas económicamente; devolver a las víctimas su dignidad afectada a través de medidas simbólicas y no monetarias; tomar acciones para asegurar la no repetición de los hechos. Es decir, existen las dimensiones patrimonial y moral, o extrapatrimonial, que deben ser satisfechas por el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, en casos de corrupción, verdad y justicia forman parte de la reparación. En términos de justicia transicional, se ha definido que las víctimas tienen tres grandes derechos: a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Pues bien, la interrelación entre estos tres

derechos lleva a que, si se alcanza pleno conocimiento de los hechos –móviles y circunstancias de tiempo, modo y lugar–, estos son, asimismo, parte constitutiva de la reparación integral. Del mismo modo, una adecuada sanción a los victimarios, por ejemplo, vía sanciones disciplinarias, es también parte de la reparación integral.

La visibilización y el reconocimiento de los impactos negativos de la corrupción permitirán entender sus efectos en clave de derechos humanos. No siempre la corrupción desencadena en vulneraciones a derechos civiles y políticos; esta también afecta los derechos económicos y sociales de los colombianos cuando se impacta su calidad de vida, la salud, la educación, el mínimo vital, la infraestructura social, entre otros. El caso del contrato Ruta del Sol II-Odebrecht es un caso donde se ponen en riesgo derechos económicos y sociales.

Luego de la revisión de fuentes documentales y del diálogo sostenido con varios funcionarios de la PGN a través de entrevistas, hablar de una propuesta para el diseño de una ruta de actuación para la entidad en materia de reparación del daño generado por la corrupción, ha sido considerado como *una necesidad*.

La complejidad de una entidad como la PGN, con más de 57 funciones legales a la fecha, con facultades para vigilar de manera preventiva el actuar de los funcionarios públicos, disciplinarlos e intervenir en procesos judiciales y administrativos en representación de la sociedad, supone entender en detalle los procesos internos que han sido creados y que se modifican constantemente, con el paso de cada administración.

Tomando como referencia la gráfica 1.1, debe precisarse que, al hablar de una ruta de actuación para promover la reparación del daño generado por la corrupción, partimos de un *acto*

de corrupción ya consumado; es decir que la prevención falló. Cuando la prevención falla, deben identificarse los responsables de esta situación e iniciarse procesos de responsabilidad por sus acciones y omisiones: disciplinaria, fiscal, penal, reparación directa por daño antijurídico, y propender por que se reparen de manera integral los daños ocasionados.

En la primera parte se había indicado que la *entrada* del mapa de procesos que justifica la actuación de la PGN para cumplir las expectativas y necesidades de las víctimas de la corrupción, debía consistir en las siguientes acciones con enfoque reparador: i) unas *acciones específicas* dirigidas a la población víctima de los actos de corrupción, más allá de las acciones ordinarias del Estado; ii) inclusión de criterios de priorización, así como características y elementos particulares que respondan a las *necesidades específicas* de las víctimas de la corrupción; iii) reconocimiento de *daños patrimoniales* (daño emergente y lucro cesante) y *extrapatrimoniales* de las víctimas de la corrupción; iv) reconocimiento de las *dimensiones* individual, colectiva y social de los daños y, en consecuencia, de los distintos tipos de víctima por causa de la corrupción; v) acciones que contribuyan a la eliminación de los esquemas de corrupción que contribuyeron a la victimización, bajo el entendido de que, transformando dichas condiciones, se evitará la repetición de los hechos y se sientan las bases para una cultura de transparencia, acceso a la información pública y confianza ciudadana en las instituciones (*garantías de no repetición*); vi) conocimiento de la *verdad* de los hechos de corrupción, como parte del derecho a ser reparados integralmente; y vii) *sanción* a los responsables de la corrupción (victimarios/agentes corruptores), por todas las vías disponibles, disciplinarias, penales, fiscales, civiles y administrativas e incluso las no institucionales, pues el derecho a la *justicia* es también parte del derecho a ser reparados integralmente.

El equipo de TPC indagó sobre las acciones concretas que desarrolla la PGN para cumplir con las expectativas y necesidades de reparación integral en favor de las víctimas de la corrupción. A continuación, se presentan algunas de las conclusiones e insumos de información más relevantes obtenidos durante las entrevistas.

Insumos obtenidos a través de entrevistas con funcionarios de la PGN

En diversas sesiones de entrevistas realizadas a funcionarios, procuradores judiciales y procuradores delegados, así como a asesores de la Oficina de Planeación de la PGN y del Grupo Élite Anticorrupción, se obtuvieron insumos y elementos de juicio sumamente útiles para la elaboración del presente documento.

Por ejemplo, si se trata de diseñar una ruta de actuación, la Oficina de Planeación debe formar parte de este proceso, especialmente en materia de documentación en el mapa de procesos del Sistema de Gestión de Calidad de la entidad, así como del Manual de Funciones con las responsabilidades de los funcionarios involucrados, hasta los controles y mediciones de cada proceso.

Es necesario que exista una dependencia o instancia que se encargue de hacer las veces de *torre de control* en materia de reparación de daños por corrupción, y de acuerdo con lo manifestado por la Oficina de Planeación, debe ser más una delegada que esta oficina; se propone que sea el Grupo Élite Anticorrupción el que ejerza este liderazgo estratégico y coordinación.

De acuerdo con las recomendaciones de la Oficina de Planeación, las políticas organizacionales podrían ser un campo de actuación idóneo para efectos de reparación de daños por corrupción, pues estas dan un margen de

maniobra amplio que se ata permanentemente al Plan Estratégico Institucional. Con todo, más allá de que la PGN inicie la implementación de una ruta de actuación desde las mismas políticas institucionales o desde la elaboración e implantación de ciertos documentos en el mapa de procesos, es necesario que se garantice interoperabilidad de la información entre las distintas dependencias, lo cual generará mayores niveles de comunicación interna y externa.

En sede de intervención penal, el Ministerio Público tiene vocación de representación de víctimas indeterminadas (Constitución Política, 1991, art. 277.7), categorización que se reitera en la Ley 906. Es decir, a ruego de las víctimas que no estén representadas judicialmente, puede intervenir el Ministerio Público, el cual no tiene vocación por las víctimas determinadas.

Aun así, no es del todo claro en qué momento procesal debe intervenir el Ministerio Público en ese sentido, o cuál sería el más adecuado, pues la PGN podría advertir la presencia de víctimas en la formulación de la acusación. Sin embargo, la PGN no tiene una vocación probatoria de manera expresa, como sí la tiene la Fiscalía, por lo que hablar de víctimas indeterminadas sigue siendo una tarea compleja.

Mientras exista un vacío de regulación y una omisión legislativa con respecto a la definición, alcance y criterios de identificación de víctimas indeterminadas durante un proceso judicial penal, la PGN puede cumplir un rol protagónico promoviendo la visibilización de este tipo de víctimas, mas no llegar al punto de lograr que sean reparadas, pues la prueba del daño es un asunto complejo.

Sin embargo, debe resaltarse que, por la naturaleza y las particularidades del proceso penal ordinario, en el cual se investiga a una persona individual por la posible comisión de delitos,

cualquier insinuación que haga la PGN sobre afectaciones podría poner en riesgo la presunción de inocencia del procesado, al proferirse una virtual acusación superior, lo cual riñe con el rol fundamental de la PGN de actuar como garante de los derechos en el marco del proceso penal. Por ello, podría explorarse que el momento menos riesgoso sería en el incidente de reparación integral, una vez la persona ya ha sido condenada, con lo cual se evitaría prejuzgar a la persona procesada. Sin embargo, como se anotó, la efectividad de los incidentes de reparación integral ha sido evidentemente baja.

Por ello, de acuerdo con las expresiones de los funcionarios entrevistados, no es del todo claro que el proceso penal sea el escenario desde el cual sea conveniente abogar por la reparación de los daños por hechos de corrupción, pues la naturaleza del proceso penal es muy precisa con respecto a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del procesado.

Se consideró de manera unánime que el mismo sistema penal y la política criminal colombiana dificultan que las víctimas tengan un rol determinante y activo en un proceso penal, en clave de reparación integral. En efecto, la Ley 906 ha dificultado e incluso retrocedido en algunos de los avances que se habían alcanzado con la Ley 600, en múltiples aspectos, como por ejemplo, que las víctimas antes podían solicitar directamente práctica de pruebas e incluso participar en la construcción de las pruebas; hoy lo tienen que hacer vía Fiscalía General de la Nación.

De acuerdo con la información aportada por la PGN en la entrevista aludida, en el proceso penal no se está discutiendo el problema de la reparación; esta ha resultado en un aspecto incidental luego de proferida la sentencia condenatoria, verbigracia, incidente de reparación integral, el cual se rige por la legislación civil. En este caso, la cuantificación de daños solo ocurriría una vez se

haya declarado la responsabilidad penal del individuo procesado, lo cual es una limitación total para efectos de una reparación efectiva pues, en términos de oportunidad, es posible que para ese entonces el procesado se haya insolventado.

Esto ha llevado a que el papel que ha desempeñado el Ministerio Público no se enfoque en reparación sino en reintegros para efectos de casos de terminaciones anticipadas de los procesos. Cuando hay incremento patrimonial, para terminar un proceso penal anticipadamente se exige que se reintegre el valor del incremento patrimonial al menos en el 50 %, garantizando el 50 % restante. Sin embargo, el Ministerio Público ha sido crítico en relación con esta figura de los reintegros, pues la Fiscalía General no suele ser rigurosa con la cuantificación de estos montos, lo cual genera altos riesgos de que se puedan aprobar, por parte de la autoridad penal, sumas mucho menores de las que realmente se vieron comprometidas con la comisión de actos de corrupción.

La figura de los reintegros en materia penal podría tener un efecto restitutivo, como uno de los componentes de la reparación integral, pero sin duda, no alcanza a cubrir la integralidad que se pretende con la reparación a las víctimas de la corrupción.

Así las cosas, se resaltó una dificultad estructural para que se pueda pensar en reparación integral de actos de corrupción desde la jurisdicción penal, pues según la información que se recolectó de la delegada del Ministerio Público en lo penal, la Ley 906 eliminó una serie de oportunidades procesales que sí existían durante la vigencia de la Ley 600. Por ejemplo, en esta normativa las organizaciones no gubernamentales (ONG) podían ser parte civil dentro del proceso penal y solicitar pruebas, así como se podían solicitar de manera paralela al proceso medidas cautelares como embargos y secuestros. En síntesis, la Ley 600 era más flexible, mientras que la Ley 906 es más restringida.

De otra parte, en cuanto a las herramientas con que cuentan los funcionarios judiciales que intervienen en casos de investigación de hechos de corrupción, se mencionó que la PGN no tiene matrices con enfoque de riesgos acerca de las intervenciones en sede judicial. Es decir, no se tienen definidos criterios preestablecidos que permitan analizar qué efectos tendría acoger uno u otro camino por la vía judicial, como por ejemplo, qué efectos e impactos implicaría solicitar nulidad en un proceso.

Por ejemplo, la existencia de un Grupo Élite Anticorrupción, creado por el Despacho del Procurador, y un Grupo de Regalías liderado por Planeación constituye avances importantes y oportunidades de articulación entre dependencias y distintas profesiones. Sería de enorme utilidad que se diseñara una matriz de riesgos de intervención en sentido amplio por parte de la PGN.

Es de resaltar la necesidad, expresada por funcionarios entrevistados por TPC, de que el Grupo Élite Anticorrupción de la PGN establezca cuanto antes canales de comunicación con los procuradores judiciales y con otros funcionarios que pueden aportar elementos conceptuales y analíticos relevantes para el estudio de casos de corrupción, pues se percibe que este Grupo aún se mantiene cerrado y dependiente de cargos altos de la entidad.

En la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales se mencionó que se ha trabajado recientemente en un documento que pueda establecer unos criterios objetivos de priorización de solicitudes en esta dependencia, el cual sería aprobado en su momento por vía de una resolución del Procurador General. Por ejemplo, la cuantía del caso, el grado de afectación a los recursos públicos, y el impacto, relevancia o connotación del caso, serían unos de estos criterios.

Se informó asimismo que en 2020 va a contratarse un PMO y un experto en análisis de datos.

Esto podría ser una oportunidad para que las actuaciones de la PGN relacionadas con la lucha contra la corrupción y promoción de la transparencia y el acceso a la información se puedan ver fortalecidas, si por ejemplo se incluyen los riesgos de corrupción que se trabajan desde la delegada para la defensa del patrimonio público, en el quehacer de estos futuros funcionarios.

De manera reiterada durante el proceso de recolección de información, se mencionó la necesidad de contratar, dentro de la planta de la entidad, equipos interdisciplinarios conformados por profesionales no abogados, con capacidades técnicas en materia financiera, contable, ambiental, e ingenieros que puedan tener la posibilidad de generar documentos e informes periciales confiables y sólidos, así como controvertir informes periciales de los sujetos procesales.

De esta manera, se podría reducir progresivamente la asimetría en el marco de un proceso, entre las capacidades del Estado a través de la PGN, y las capacidades de actores no estatales, en especial empresarios con poder adquisitivo, que pueden asumir la contratación de equipos de abogados y de profesionales expertos en diversas materias. Estos equipos interdisciplinarios, idealmente, deberían asignarse a cada procuraduría delegada que en la práctica lleve la investigación de casos de corrupción y deberían ser permanentes –no *ad hoc*–.

Oportunidades de mejora identificadas en la PGN para cumplir con el derecho a la reparación integral a favor de las víctimas de la corrupción

Del trabajo de investigación es posible afirmar que la entidad precisa reforzar en gran medida sus capacidades para promover la reparación de daños generados por corrupción y dar una

adecuada implementación del mapa de procesos que se propone. Lo anterior, por las siguientes razones:

- A la fecha, en la PGN no existen rutas de actuación que sirvan de parámetro para el diseño de una ruta como la que se ha trabajado en el marco del convenio PGN-TPC, así como tampoco existe un solo documento en el mapa de procesos que explique o dé pautas para elaborar rutas de actuación en determinadas materias.
- No hay un concepto unificado acerca de lo que debe entenderse por corrupción, las distintas afectaciones que este fenómeno genera (daño), qué significa reparar daños por corrupción, cómo debe entenderse el concepto de víctima de corrupción, ni qué víctimas priorizar para iniciar procesos de intervención en sentido amplio.
- Lo anterior significa, de manera consecutiva, que no existe ningún protocolo ni matriz tipo con la cual los funcionarios a quienes se asigna la intervención preventiva, judicial o disciplinaria, tengan parámetros preestablecidos para dar inicio a sus labores. Esto genera, de cierta manera, riesgos de improvisación y contradicción en la actuación del Ministerio Público ante los sujetos procesales de un proceso y ante la sociedad en general.
- La PGN carece de herramientas que permitan llevar a cabo ejercicios de priorización de casos de corrupción de manera objetiva. No existe, a la fecha, un documento que permita tener elementos de juicio para identificar qué casos deben trabajarse de manera prioritaria por parte de la PGN, lo cual dificulta materializar el mandato legal de “intervenir en casos de relevancia y trascendencia social o política”.
- Los funcionarios a quienes se asigna la tarea de liderar algún caso de corrupción, ya sea desde lo preventivo, intervención o disciplinario, carecen del conocimiento y las capacidades para comprender los aspectos técnicos inherentes a ciertos sectores económicos, como por ejemplo el sector de la infraestructura o la salud. Tampoco cuentan con equipos de apoyo interdisciplinarios, o si lo consiguen, no son equipos que se provean de manera permanente.
- Con respecto al punto anterior, los equipos interdisciplinarios con que cuenta la PGN a la fecha son pequeños, tienen enormes cargas laborales per cápita, y operan ad hoc con cualquier dependencia de la entidad, dependiendo del caso que les sea asignado. Se evidenció una necesidad puntual: contratar equipos permanentes –no *ad hoc*–.
- La PGN no trabaja, hasta el momento, en ninguna de sus dependencias, el concepto de reparación integral de daños por corrupción. Dicho de otra manera, la actuación de la PGN en lucha anticorrupción desde sus tres ejes misionales aún no logra incorporar dicha actuación en clave de reparación integral.
- La Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la PGN es fundamental a la hora de proveer apoyo técnico y especializado a todas las áreas misionales de la entidad y a la fecha han aportado considerablemente al análisis de información útil para los procesos relacionados con corrupción. Sin embargo, el equipo de ingenieros de sistemas, financieros, forenses, entre otros, es insuficiente para contar con una oferta de servicios adecuada, lo cual lleva a que, con frecuencia, los funcionarios a cargo de casos de corrupción deban recurrir a otras entidades o universidades para solicitar apoyo técnico en materia probatoria.

- Se necesita materializar convenios de intercambio de información con otras entidades, de manera que se facilite la gestión preventiva, de intervención y disciplinaria, y el análisis de casos relacionados con corrupción. Algunas de las personas consultadas consideraron que, a pesar de ser funcionarios de la PGN, en la práctica se encuentran con enormes barreras de acceso a la información para llevar a cabo su labor por parte de funcionarios judiciales y de otras entidades. En las entrevistas quedó claro que el acceso a la información es fundamental para garantizar una reparación integral del daño.
- En general, la dificultad de las acciones a cargo de cada funcionario a quien se asignan responsabilidades en casos de corrupción y las exigencias de resultados, naturales al ejercicio del servicio público, limitan frecuentemente los canales de comunicación entre distintas dependencias y, sobre todo, entre los distintos ejes misionales de la entidad. Esto conlleva a riesgos de duplicidad de tareas o de ineficiencias que bien podrían ser controladas si se reforzaran instancias y plataformas de coordinación y articulación institucional, a través de la interoperabilidad de la información.
- La PGN no trabaja el *enfoque basado en derechos humanos* como parte del análisis de casos por corrupción. En otras palabras, el vínculo corrupción y derechos humanos, a la fecha, no es advertido por la entidad. Tratándose de un enfoque de reparación integral de daños por corrupción, este enfoque es una herramienta idónea para priorizar casos, así como para i) identificar la multiplicidad de víctimas de corrupción y reconocerlas como sujetos de derechos (*rights-holders*); ii) identificar el daño generado por la corrupción como vulneraciones a derechos humanos; iii) identificar quiénes

cumplen en el caso concreto el rol de garantes y responsables de dichos derechos (*duty-bearers*); iv) identificar qué medidas de reparación integral son adecuadas en el caso concreto (restitución, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición); y v) identificar qué acciones administrativas o judiciales son las adecuadas para promover la reparación integral desde los roles propios de la PGN.

De las anteriores consideraciones, es claro que algunas acciones no pueden ser ejecutadas en el corto plazo, pues suponen ingentes esfuerzos organizacionales y, sobre todo, presupuestales. Por tanto, se trata de acciones que deberán ser tenidas en cuenta en el mediano plazo y ser consideradas dentro de los ejercicios de planeación estratégica realizados por el Procurador General, el colectivo de la Oficina de Planeación y el resto del equipo de toma de decisiones en la entidad.

Los equipos interdisciplinarios con que cuenta la PGN a la fecha son pequeños, tienen enormes cargas laborales per cápita, y operan ad hoc con cualquier dependencia de la entidad.

Pasos inmediatos de carácter organizacional en la PGN de cara a una ruta de actuación

Teniendo en cuenta el análisis realizado en los párrafos precedentes, la ruta de actuación de la PGN debería tomar en consideración, como mínimo, los siguientes *pasos inmediatos de carácter organizacional*:

- El mapa de procesos para responder a las necesidades y expectativas de las víctimas de la

corrupción debe contar con la participación simultánea de los tres ejes misionales de la PGN: preventivo, intervención y disciplinario. Si bien cada uno debe cumplir una serie de funciones legales, es necesario que exista un canal de comunicación y de coordinación entre los tres.

- El *eje misional de prevención* de la PGN es el escenario adecuado para transformar de manera gradual las fallas estructurales del sistema legal, administrativo y judicial colombiano. La prevención involucra cambios actitudinales y culturales. El lugar que ocupa la prevención en el mapa de procesos organizacional de ruta de reparación de daños no puede ser al inicio, pues el acto de corrupción precisamente ya se consumó, sino al final, como parte de las garantías de no repetición y como parte del enfoque transformador de la reparación integral del daño por corrupción.

Adicionalmente, la labor preventiva debe servir de fundamento para que la PGN, en sede de intervención judicial, pueda contar con mejores elementos de juicio para una intervención más efectiva.

- El *eje misional de intervención* es el escenario adecuado para que la PGN pueda defender los derechos e intereses de las víctimas de la corrupción, tal como ocurrió en el caso de la acción popular Ruta del Sol II-Odebrecht, incluyéndose acciones reparadoras por orden judicial. Así mismo, si bien en el escenario penal es compleja la posibilidad de una reparación, la PGN puede cumplir en este caso el rol de visibilizar a las víctimas indeterminadas que también forman parte del universo de víctimas de la corrupción. El recaudo probatorio es el reto más difícil para la PGN, pues se requerirá de las herramientas de personal y técnicas adecuadas.
- La *acción de extinción de dominio*, en lo que respecta a la PGN, está en cabeza de la procuraduría delegada para el Ministerio Público

en asuntos penales, y se constituye en una herramienta idónea para perseguir el patrimonio de los corruptos y garantizar la reparación integral. La PGN podría dar el debate público para poder tener a cargo esta acción, en vez de la Fiscalía. Sin embargo, durante las entrevistas se advirtió un riesgo que tiene la acción de extinción de dominio: un privado afectado (de buena fe) podría demandar al Estado por la vía del arbitraje de inversión, por considerarse afectado. Y el arbitraje de inversión no tiene como objetivo cuidar el patrimonio público.

- La figura de las *agencias especiales* ha dado resultados evidentes y debe ser utilizada en casos de corrupción, pues las agencias especiales cumplen una labor disuasoria para las autoridades judiciales; no tener en cuenta al Ministerio Público en estos casos puede ser causal de nulidad de los procesos.

El *eje misional de intervención* es el escenario adecuado para que la PGN pueda defender los derechos e intereses de las víctimas.

- La *acción popular* se presenta como el mecanismo más adecuado para proteger el patrimonio público y otros derechos colectivos arriba mencionados en sede de intervención judicial, pues esta tiene un carácter preventivo, restitutivo y reparador, y está en el ámbito de actuación de la PGN, como se evidenció en el caso Ruta del Sol II-Odebrecht.
- El *eje misional disciplinario* es el escenario adecuado para sancionar a los responsables de actos de corrupción, como parte del derecho a la justicia de las víctimas de la corrupción que es, a su vez, parte de la reparación integral. Así mismo, las sanciones disciplinarias tienen un componente preventivo hacia el futuro, pues envían un mensaje disuasivo para la sociedad

en su conjunto, aspecto que debe ser considerado como una garantía de no repetición.

- En materia disciplinaria, la PGN debe hacer valer la Resolución No. 456 de 2017 sobre el ejercicio del *poder preferente* y la *supervigilancia administrativa*. La PGN cuenta con facultades conferidas desde el mismo texto constitucional que permiten asumir casos de relevancia, dentro de los cuales se encuentran, ciertamente, los casos relacionados con hechos de corrupción.
- Se debe consolidar y formalizar un equipo anticorrupción en la entidad integrado por profesionales de distintas disciplinas y de carácter permanente. A la fecha, esta iniciativa se encuentra presente en varias dependencias, pero mayoritariamente está a cargo de la delegada para la defensa del patrimonio público, la transparencia y la integridad, el denominado Grupo Élite Anticorrupción y la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa. Este equipo deberá tener prioridad cada vez que solicite apoyo técnico de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales; para el caso Odebrecht, esta dependencia fue fundamental al apoyar, con experticia financiera, el ejercicio de valoración de costos.
- Este equipo debe elaborar un reglamento interno que defina, como mínimo, sus funciones claras, los integrantes, una secretaría técnica, periodicidad en las sesiones y entregas de informes de gestión al Procurador General. Entre las funciones a ser desarrolladas de manera inmediata están: i) definir un marco teórico y conceptual unificado acerca de conceptos como corrupción, reparación del daño en casos de corrupción, víctimas de la corrupción, enfoque basado en derechos humanos y acceso a la información; ii) elaborar unos protocolos y matrices que ayuden al análisis objetivo de casos de corrupción, iii) definir unos criterios mínimos y objetivos de priorización de casos; iv) elaborar un cuadro de mando con objetivos, metas e indicadores de cumplimiento; v) elaborar una matriz de análisis y seguimiento a casos de corrupción que se manejan dentro de la entidad, con el fin de procurar la interoperabilidad de los datos entre las distintas delegadas y funcionarios con funciones judiciales; y vi) integrar dentro de la gestión de riesgos, los riesgos inherentes a cada posible vía de intervención judicial o administrativa en casos concretos de investigación de hechos de corrupción, de manera que se disminuyan riesgos de eventuales nulidades sobrevinientes en un proceso.
- Formalizar el punto anterior mediante un acto administrativo que preferiblemente tenga la fuerza jurídica de una directiva del Procurador General.
- Los documentos que se elaboren en el marco de este equipo deben ser incorporados al sistema de gestión de la PGN bajo un enfoque de gestión por procesos, de manera que pueda ser auditable en el futuro.
- Celebrar los convenios interinstitucionales/interadministrativos de intercambio de información con las entidades donde reposa información relevante en materia de lucha anticorrupción o que pueda ser relevante para el análisis de los casos, como la UIAF, la ANI, las secretarías de Educación y Salud del nivel territorial, entre otras. Estos convenios generan obligaciones concretas en cabeza de las entidades y permiten facilitar y garantizar el acceso a la información.
- Celebrar convenios con otras entidades, como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), para integrar equipos interdisciplinarios de investigación sólidos, técnicos y permanentes. El caso Ruta del Sol II-Odebrecht demostró que es posible este tipo de colaboración conjunta, al haberse

elaborado un documento técnico y teórico sobre el derecho de daños, insumo que fue aportado durante el proceso de acción popular y sirvió de elemento de juicio para que el Tribunal accediera a las pretensiones de la demanda.

La corrupción, al ser una problemática generalmente oculta, debe ser descubierta y se necesitan las herramientas adecuadas para que esto ocurra.

- En materia de acceso a la información, eliminar las barreras de seguridad existentes al interior de la misma PGN; en ocasiones los funcionarios judiciales que tienen a cargo la investigación de casos de corrupción no pueden acceder, o acceden de manera incompleta a bases de datos de terceras entidades, pues la misma plataforma de la PGN tiene accesos restringidos. A la fecha, hay un equipo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para mejorar esta situación, pues la corrupción, al ser una problemática generalmente oculta, debe ser descubierta y se necesitan las herramientas adecuadas para que esto ocurra.
- Finalmente, del aprendizaje de la intervención de la PGN en el caso del contrato Ruta del Sol II, se identificó un asunto de alta relevancia para el futuro de la reparación a las víctimas de la corrupción: la relación con los medios de comunicación. En efecto, toda vez que estos garantizan el acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas, entre otros aspectos, la Procuraduría puede dar cuenta del aprendizaje en *clave de pedagogía* ocurrido en el caso mencionado, de manera que los contenidos que se exponen al público en general, sean lo más precisos en términos jurídicos y

técnicos. Para ello, deberá fortalecerse una estrategia de comunicaciones entre el área encargada del tema, los equipos encargados de un caso concreto y el despacho del Procurador General, en materia de casos relevantes para reparar a las víctimas de la corrupción.

Parámetros mínimos para el análisis de casos de corrupción a cargo de la PGN

En relación con el ejercicio mínimo de *análisis de casos* de corrupción para la implementación de un enfoque de reparación del daño al interior de la PGN, se deberán tener en cuenta, a su vez, los siguientes *pasos*:

- El análisis de casos de corrupción debe empezar con identificar y caracterizar el acto de corrupción: tipología de agentes corruptores (funcionarios públicos, actores no estatales, personas jurídicas y naturales); conductas y prácticas ilegales, legales y opacas; sector donde se cometen los actos (infraestructura, salud, contratación pública, rama judicial, etc.), determinar si el acto responde a una práctica estructural. Este ejercicio debe nutrirse del desarrollo conceptual trabajado por la Fundación Vortex, en el marco del convenio entre la Procuraduría y Transparencia por Colombia, sobre el cual se fundamenta esta primera parte del documento.
- Fijar las obligaciones concretas del Estado en este caso, en su deber de garante, para identificar las acciones u omisiones cometidas que impidieron neutralizar la comisión del acto de corrupción.
- Víctimas del acto de corrupción: determinar el daño en su dimensión individual, colectiva y social (personas, grupos, comunidades, empresas, entidades públicas, trabajadores, etc.).

- Una vez se hayan identificado las víctimas del caso de corrupción y los daños sufridos, deben priorizarse aquellas a las que se les hayan vulnerado intereses jurídicos más relevantes de acuerdo con el mandato de la PGN: patrimonio público; prestación de servicios públicos eficiente, continua y de calidad; moralidad administrativa; derechos humanos. Si bien pueden ser víctimas de la corrupción incluso corporaciones, bancos y personas naturales con gran poder adquisitivo, es deseable que la PGN realice un ejercicio de *selección y priorización* de víctimas de la corrupción, el cual dependerá, a su vez, del enfoque estratégico que asuma la entidad.
- Para desarrollar el ejercicio de priorización, analizar el caso bajo un enfoque basado en derechos humanos: sujetos de derecho afectados, perpetradores, derecho(s) vulnerado(s) (su alcance y contenido), e identificar el grado de afectación al patrimonio público.
- La Procuraduría puede cumplir un rol determinante en la visibilización de las víctimas de la corrupción, especialmente de aquellas indeterminadas en el caso del proceso penal contra los agentes corruptores.
- La labor de investigación y la actuación en búsqueda de la reparación integral debe tener siempre presente la garantía del derecho de acceso a la información, como un vehículo que facilita la obtención de cifras, datos y elementos de juicio para que la PGN pueda ser un actor relevante para las víctimas de la corrupción.
- Evaluar el vínculo causal entre el acto corrupto y el daño.
- Identificar los mecanismos judiciales y administrativos para demandar la reparación integral de todas las víctimas y sancionar a los responsables, como parte de la reparación. En este punto, es fundamental reiterar que las medidas con enfoque reparador son múltiples, por lo cual se espera que en el corto plazo la PGN elabore una matriz de acciones judiciales y administrativas en las cuales pueda actuar el ente de control, tanto en el ámbito contencioso-administrativo, penal, constitucional y civil.
- Evaluar la responsabilidad del Estado en el daño generado.
- Una vez priorizadas las víctimas, en sede de intervención judicial y administrativa, debe velarse porque se les garanticen sus derechos; entre ellos:
 - Acceso a la información relevante para efectos de garantizar acceso a remedio (reparación).
 - Acceso a justicia justo, eficiente y oportuno.
 - Asistencia jurídica apropiada y efectiva a través de todo el proceso.
 - Exención de costas procesales y costos generales del litigio, dependiendo del grado de asimetría de las víctimas frente al resto de sujetos procesales.
 - Acceso a un fondo para víctimas (eventualmente).
 - Acceso a mecanismos diplomáticos o consulares apropiados (cuando sea el caso).
 - Derecho a ser tratadas con especial consideración y cuidado para evitar una revictimización (acción sin daño).

CONCLUSIÓN

La PGN es una entidad que ha venido fortaleciéndose organizacionalmente en los últimos años, en parte, por los recursos propios y, en gran medida, por el aporte de actores clave como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), quien ha apostado por un propósito de modernización de la entidad y, especialmente, un refuerzo al denominado Sistema Integral de Prevención (SIP).

Como parte de este fortalecimiento institucional, algunas dependencias que prestan servicios de apoyo técnico a las dependencias misionales han acogido un enfoque de *servicio al cliente*, con el fin de mejorar no solo en eficiencia, sino también en aumentar el grado de comunicación interna con respecto al tipo de *oferta de servicios* que ofrecen las distintas dependencias.

En esta primera parte, se presentó una propuesta para el fortalecimiento de las capacidades de la PGN en torno a la reparación de los daños generados por la corrupción, tomando de manera integral los tres ejes misionales de actuación de la entidad, a saber: el preventivo, el de intervención y el disciplinario.

La propuesta se fundamenta en el esquema de un mapa de procesos organizacional ordinario, con el fin de ejemplificar que las víctimas de la corrupción son el sujeto principal –*cliente*, de acuerdo con el lenguaje de los sistemas de gestión organizacionales– que exige, espera y necesita que la PGN pueda promover una adecuada reparación de los daños que sufren con la comisión de hechos de corrupción. Estas expectativas y necesidades configuran

lo que en un mapa de procesos ordinario se conoce como la *entrada* del mapa.

La ejecución de una serie de procesos desde los tres ejes misionales de la PGN supondrá las acciones que toma –y debe tomar– la entidad para poder cumplir dichas expectativas y necesidades de las víctimas de la corrupción, con lo cual se podrá dar salida a estas demandas de reparación.

En esta primera parte se estableció un entendimiento mínimo acerca de preguntas como: ¿Cómo definir la corrupción?, ¿qué es reparar integralmente la corrupción?, ¿cuáles son los daños que genera la corrupción?, ¿quiénes son las víctimas de la corrupción?, ¿quiénes son los victimarios (corruptores) en casos de corrupción?

Igualmente, se dio a la tarea de establecer posibles actuaciones concretas en el interior de la Procuraduría, de manera que se promueva una reparación integral del daño que genera la corrupción, basado en la información recolectada en la revisión documental y en las entrevistas con funcionarios relevantes.

La identificación de los avances obtenidos en el caso Ruta del Sol II-Odebrecht, las oportunidades de mejora y las opiniones esgrimidas por algunos de los funcionarios entrevistados, generaron la formulación de una serie de recomendaciones que se espera sean tenidas en cuenta como una hoja de ruta apenas inicial de cara a una labor gradual y progresiva de fortalecimiento de la PGN como un actor fundamental en la lucha contra la corrupción en el país.

REFERENCIAS

- Bustamante, Á. (2003). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Colombia: Editorial Leyer.
- Comisión Interamericana de Derechos (CIDH) (2014). *Derecho a la verdad en las Américas*. Washington, D.C.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1998). *Caso Castillo Páez vs. Perú*. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2001a). *Caso Blanco Romero y otros vs. Perú*. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2001b). *Caso Barrios Altos vs. Perú*. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2004). *Caso de la Cruz Flores vs. Perú*. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2005a). *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2005b). *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006). *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2012a). *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2012b). *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. San José de Costa Rica.
- Garay, L.J. y Salcedo-Albarán, E. (2018). *El gran libro de la corrupción en Colombia*. Bogotá: Planeta.
- Gil, E. (2017). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Hernández, A. (2018). *Indemnización y compensación de perjuicios en la responsabilidad patrimonial del Estado*. Documento de trabajo. Bogotá.
- Nash, C. et al. (2014). *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile,
- Pigrau, A. e Iglesias, D. (2019). The Revised Draft of the UN Treaty on Business and Human Rights: towards the next round of negotiations. ICIP, 49, 1-7. Recuperado de http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/policypapers/2019/Policy_Paper_19_EN.pdf
- Rueda, D. (2014). *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

PARTE II

REPARACIÓN INTEGRAL DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR CORRUPCIÓN SISTÉMICA

LINEAMIENTOS PARA CONTEXTOS DE REDES DE MACROCORRUPCIÓN, DE
COOPTACIÓN INSTITUCIONAL Y DE “GRAN CORRUPCIÓN” EN COLOMBIA

Luis Jorge Garay Salamanca

Director científico de proyecto

Eduardo Salcedo-Albarán

Sonia Vanegas

Investigadores

Fundación Vortex

INTRODUCCIÓN

LA CRECIENTE COMPLEJIDAD DE LAS REDES DE MACROCORRUPCIÓN Y SUS DAÑOS INDIVIDUALES, COLECTIVOS Y SOCIALES

Aunque la corrupción es un problema posicionado en la agenda de política pública actual de la mayoría de países, solo recientemente se han identificado y entendido modalidades de este fenómeno, que usualmente exceden tanto las capacidades institucionales, como los marcos teóricos y metodológicos paradigmáticos para abordarlo. Los efectos negativos de la corrupción en las dimensiones económica (Ugur y Dasgupta, 2011; Department of International Development y UKAid, 2015; Aidt, 2009; Alemu, 2012), sociales (Gupta y Holmquist, 2012; Chetwynd, Chetwynd y Spector, 2003; Bhargava y Bolongaita, 2004; Ndikumana, 2006; Deininger y Mpuga, 2005), y políticas (Anderson y Tverdova, 2003; Cho y Kirwin, 2007; Chetwynd, Chetwynd y Spector, 2003) de los Estados nacionales y locales han sido ya ampliamente documentadas empíricamente (Chêne, Clench y Fagan, 2010). A pesar de que cada vez se cuenta con más instrumentos jurídicos, relativamente armonizados entre países, con miras a prevenir y castigar la corrupción, infortunadamente solo en años recientes se han entendido la complejidad y el verdadero alcance que resultan de la cooptación institucional derivada de la acción de redes de corrupción complejas y extensas. Por ejemplo, es común que casos de corrupción masiva estén sustentados en acuerdos políticos que no se restringen únicamente al pago de sobornos; además, es frecuente que estas redes se apoyen en esquemas complejos de lavado transnacional de dinero que involucran sistemas financieros en varios continentes, o que los agentes intervinientes no sean solo privados y funcionarios públicos.

Durante la última década se han registrado casos domésticos y transnacionales en los que participan agentes que actúan entre la legalidad y la ilegalidad –denominados *agentes grises u opacos*–, y que muchas veces no pueden definirse como estrictamente legales o ilegales, ni públicos o privados (Garay-Salamanca & Salcedo-Albarán, 2012a). Así, es común que complejas redes de corrupción resulten de la participación de, por ejemplo, líderes políticos que oscilan entre su rol de candidato o de encargado de funciones públicas en las ramas legislativa y ejecutiva, lo cual se traduce en la cooptación de instancias de decisión legislativa, ejecutiva o, incluso, judicial, y no solo las de decisión en procesos de administración pública como la contratación.

Estas redes, como se discute en las siguientes secciones, se han denominado *macrorredes*, para definir aquellos casos en los que convergen elevada y variada cantidad de personas jurídicas y naturales, públicas y privadas, que establecen una también muy diversa cifra de interacciones (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán y Macías, 2018d). Como se verá, aun careciendo de poder de decisión directa sobre licitaciones y ejecuciones de contratos, los agentes grises que participan en las redes de macrocorrupción pueden moldear la arquitectura de una institución o un conjunto de instituciones de un Estado nacional o local, de una empresa estatal o semiestatal para, en últimas, adoptar esquemas que favorecen intereses económicos, políticos y sociales excluyentes o abiertamente ilegales.

En Colombia, casos de macrocorrupción y de cooptación institucional se han observado, por ejemplo, en acuerdos de ganancia mutua establecidos durante la primera década del presente siglo en el contexto de la denominada *parapolítica* (Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán y Beltrán, 2010; López, 2010), o en situaciones identificadas y reconstruidas durante la jurisdicción de justicia transicional conocida como “Justicia y Paz” (Garay y Salcedo-Albarán, 2012). Estos acuerdos usualmente se concretaron, en el ámbito local, en la manipulación de la contratación y en la consecuente asignación indebida de presupuestos destinados a garantizar acceso a servicios sociales básicos en municipios, tergiversando el espíritu de mecanismos de descentralización que buscaban democratizar el funcionamiento de las instituciones públicas.

Por su parte, en el ámbito nacional estos mismos acuerdos se tradujeron, por ejemplo, en la cooptación mutua entre la agencia nacional de inteligencia y bloques narcoparamilitares, y en la promoción de agendas legislativas y de política pública orientadas a favorecer intereses parciales, excluyentes e ilegales (Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán, De León y Guerrero, 2008; Garay y Salcedo-Albarán, 2012). De manera similar, el fenómeno de la “elenopolítica”, sustentado en acuerdos de cooptación mutua con organizaciones de la sociedad civil en el nivel local y regional, ha tenido también efectos institucionales perdurables en extensas regiones de Colombia (Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán, & Duarte, 2017).

Ahora bien, en Colombia estos acuerdos de cooptación institucional también han estado imbricados con procesos de macrovictimización mediante, entre otros, desplazamiento forzado, reclutamiento forzado, desaparición forzada y violencia de

género, razón por la cual, durante el desarrollo de la jurisdicción de justicia transicional Justicia y Paz, entre 2005 y 2013, así como en la actual Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), se ha buscado identificar y reparar a las respectivas víctimas. Sin embargo, dichos casos de macrovictimización no se han interpretado o tratado jurídicamente como relacionados con actos de corrupción, macrocorrupción o cooptación institucional mediante interpretaciones jurídicas de carácter procedimental o sancionatorio. Así, aunque en desarrollos teóricos e incluso jurisprudenciales se ha reconocido el efecto de la reconfiguración cooptada del Estado en casos de victimización¹ este vínculo no ha sido aún estipulado legalmente en Colombia, ni llevado a la práctica procesal con mecanismos institucionales que permitan reparar a las víctimas de corrupción. Como resultado, a pesar de que la corrupción y los mecanismos de cooptación institucional han sido funcionales, indispensables y transversales a los mencionados procesos de victimización, aún no se ha contemplado reparar los daños individuales, colectivos y sociales derivados.

En esta parte se busca proponer principios conceptuales y metodológicos para sustentar y promover la identificación de víctimas y daños causados por actos de corrupción en Colombia.

Considerando lo anterior, en esta parte se busca proponer principios conceptuales y metodológicos para sustentar y promover la identificación de víctimas y daños causados por actos de corrupción en Colombia, así como su correspondiente reparación integral; es decir, el tipo de reparación que implica retornar al estado de cosas previo al daño causado, en el orden individual, colectivo y social. Esto quiere decir que el

¹ Ver, por ejemplo, la Sentencia contra Salvatore Mancuso Gómez, José Bernardo Lozada Artuz, Jorge Iván Laverde Zapata, Isaías Montes Hernández, Juan Ramón de las Aguas Ospino, Jimmy Vilorio Velásquez, y Lenin Geovanny Palma Bermúdez, de octubre de 2014, magistrada ponente Alexandra Valencia Molina, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz.

punto de partida conceptual no es sobre los niveles de daño, sino fundamentalmente el de las víctimas individuales, sociales y colectivas, y las sanciones penales a los victimarios.

Esta segunda parte de la publicación es una exploración para definir elementos conceptuales, metodológicos, institucionales y jurídicos básicos que permitan al Estado colombiano adoptar el reconocimiento de víctimas y daños causados por actos de corrupción, especialmente de corrupción sistémica y cooptación institucional. La atención se centra en las propuestas institucionales para considerar una reparación integral de los daños causados por actos de corrupción, y no solo de los daños sociales discutidos en etapas previas de la presente exploración.

Esta segunda parte se divide en cinco secciones. En la primera se discute la tendencia a no reconocer a las víctimas de corrupción en jurisdicciones de justicia transicional y de justicia ordinaria, a pesar de que este fenómeno sea un elemento usualmente

intrínseco a procesos de victimización masiva. En la segunda sección se discuten, en términos comparados, algunos enfoques legales orientados a reconocer a las víctimas de corrupción, así como los métodos de compensación de daños. En la tercera sección se proponen los momentos institucionales que en la práctica permitirían avanzar hacia una reparación integral en el Estado colombiano. Como se verá, estos momentos están orientados a tratar el rol problemático de las empresas estatales, semiestatales y privadas que administran recursos de carácter público, que son afectadas por actos de corrupción por parte de personas naturales y jurídicas, y que a su vez impactan a individuos y colectivos usuarios. En la cuarta sección se discuten algunas características y condiciones acerca del daño extrapatrimonial que el Estado colombiano debería considerar como parte de una reparación integral por actos de corrupción. Por último, se discuten conclusiones y se recapitulan los elementos mínimos que deberían considerarse como parte de una reparación integral.

LA TENDENCIA A OMITIR LOS DAÑOS Y VÍCTIMAS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

Como cualquier acto que atenta contra el orden y el bienestar social, los actos de corrupción pueden generar víctimas individuales, colectivas y sociales. Sin embargo, omitir a las víctimas de delitos de corrupción ha sido una tendencia común, incluso en jurisdicciones de justicia transnacional que, por su naturaleza, están orientadas a identificar y reparar a víctimas, a pesar de que sean componentes indispensables en procesos de victimización masiva. En este sentido,

[...] el supuesto prevalente parece ser que las comisiones de la verdad, los juicios por derechos humanos y los programas de reparación están

destinados principal, aunque no exclusivamente, a violaciones de derechos civiles y políticos que involucran la integridad o la libertad personal, y no a las violaciones de derechos económicos y sociales, incluyendo crímenes de corrupción de gran escala y expoliación. (Carranza, 2008, p. 310)

Así, se ha señalado que esta aproximación predominante es inadecuada, porque facilita impunidad, pues la investigación y la persecución penal de los actos de corrupción masiva queda a cargo de instituciones con marcos jurídicos aún débiles y en desarrollo, a pesar de los múltiples casos de violación masiva de derechos humanos cometidos por regímenes

caracterizados por corrupción a gran escala, como el de Abacha, en Nigeria; Mobuto, en la República Democrática del Congo; Suharto, en Indonesia, o Marcos, en las Filipinas (Carranza, 2008). Por ejemplo, en el caso específico de las víctimas de violaciones de derechos humanos y de actos de corrupción cometidos en Sudáfrica durante el régimen *apartheid*, “la evidencia de estos crímenes económicos desaparecerá con el tiempo y el dinero robado continuará enriqueciendo a los beneficiarios de los actos de corrupción” (Vuuren, 2006, p. 3).

Ahora bien, la violación de derechos humanos en contextos de corrupción sistémica no solo se ha dado en situaciones de regímenes dictatoriales. Actualmente se cuenta con evidencia empírica de casos de corrupción a gran escala, macrocorrupción y cooptación institucional asociados a daños sociales, colectivos y con masiva violación de derechos humanos, incluso en el contexto del funcionamiento de democracia formal sin ruptura del orden constitucional. Así se ha registrado en Brasil, con los daños sociales reconocidos en las compensaciones del caso Lava Jato (Piovesan et al., 2018; Moro, 2018); en Guatemala con varios casos investigados desde 2015 (Aldana, 2018), algunos de los cuales sucedieron en el sistema de salud y desencadenaron la muerte de pacientes (García, 2018); en Perú, con las últimas cuatro administraciones investigadas también por el caso Lava Jato (Salcedo-Albarán et al., 2019), y en México, con múltiples escándalos de corrupción durante la segunda mitad del siglo pasado. De hecho, la relación entre violación de derechos humanos y corrupción, en el marco de regímenes

formalmente democráticos, se observó en Colombia, por ejemplo, con los mencionados casos de la “parapolítica” y la “elenopolítica” (Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán y Duarte, 2017). En este sentido, casi por definición, la complejidad, extensión y alcance institucional de las redes de macrocorrupción y de cooptación institucional² implicarían la presencia de víctimas que deberían reconocerse y repararse ante la reproducción simultánea de las tres formas de daños, a saber: individuales, colectivos y sociales.

Actualmente se cuenta con evidencia empírica de casos de corrupción a gran escala, macrocorrupción y cooptación institucional asociados a daños sociales.

Un acto de corrupción, por definición, genera daños a la sociedad en conjunto como resultado del uso indebido o abuso de recursos públicos; esto quiere decir que independiente de la magnitud de los recursos públicos apropiados ilícitamente, un acto de corrupción conduce irremediablemente a daños sociales, incluso como resultado del pago de sobornos de baja escala. Adicionalmente, la gravedad y magnitud de los daños individuales, colectivos, y sociales causados por macrocorrupción es siempre mayor que los generados por hechos de corrupción a baja escala, como resultado de los efectos estructurales causados a la institucionalidad de un Estado.

2 A diferencia del uso común del concepto de *gran corrupción* (*grand corruption*), que se refiere a la magnitud de los montos económicos afectados, el término *macrocorrupción* considera también la extensión y complejidad de las redes involucradas y sus impactos institucionales; esto, porque un proceso de *macrocorrupción* puede estar específicamente orientado a lograr manipulación institucional no restringida al pago de sobornos para influir en licitaciones públicas, o a la apropiación directa de recursos públicos. Por este motivo, omitir el reconocimiento y la reparación integral de víctimas derivadas de estos procesos conduce a grados de impunidad que incentivan la comisión de nuevos actos de corrupción de índole sistémica.

VÍCTIMAS DE CORRUPCIÓN Y SU COMPENSACIÓN

Aunque el concepto de *víctima individual, colectiva y social*, específicamente resultante de actos de corrupción, aún se encuentra en desarrollo jurídico, legal e institucional, algunos países han avanzado en su definición como punto de partida para contar eventualmente con ordenamientos jurídicos que contemplen su reparación. Por ejemplo, en la nota preparada por el Secretariado de las Naciones Unidas (Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, 2016) en el marco de la conferencia de los Estados miembros de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, se recopilan buenas prácticas de los Estados para proceder a definir e identificar las víctimas de corrupción y los respectivos parámetros de compensación.

En lo que corresponde a la definición de víctima de corrupción se indica que la mayoría de los Estados no tienen una definición explícita de víctima; por el contrario, cuentan con provisiones generales en sus legislaciones nacionales acerca de víctimas de crimen y daños, que usualmente provienen en particular del derecho penal y de la responsabilidad civil. En este sentido, las siguientes aproximaciones legislativas son precisadas como las más comunes en el documento de buenas prácticas de los Estados (Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, 2016):

- a. Algunos Estados definen en sus leyes criminales quién es víctima de crimen y qué derechos le son otorgados, incluyendo el derecho de compensación.
- b. Aunque no refiriéndose explícitamente a las víctimas, algunos Estados establecen en sus leyes penales, el derecho a buscar compensación de las personas lesionadas, perjudicadas, agraviadas o dañadas.

- c. En algunos Estados, la posibilidad de solicitar compensación se otorga mediante las provisiones civiles de compensación o mediante leyes de responsabilidad civil (tort law).

10. Solamente algunos Estados abordan explícitamente el derecho a solicitar compensación en el contexto de ofensas de corrupción, ya sea otorgando una definición de quién es una víctima o regulando mecanismos de compensación disponibles para casos de corrupción. Dichas aproximaciones se incluyen usualmente en leyes anticorrupción, integrando provisiones criminales y civiles y contienen pequeñas variaciones de la frase “cualquier persona que sufra un daño como consecuencia de un acto corrupto” para referirse a víctimas de corrupción. (p. 5) (traducción libre)

En cuanto a la compensación por los daños, el artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece que cada Estado Miembro debe tomar las medidas, según los principios de sus leyes domésticas, para asegurar que las entidades o personas que han sufrido el daño, como resultado de un acto de corrupción, tengan el derecho de iniciar procesos legales contra los responsables del daño con el fin de obtener compensación (Naciones Unidas, 2004). Sin embargo, como se reitera en el documento de buenas prácticas de los Estados miembros (Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, 2016), a pesar de que la mayoría de los Estados cumplen con las disposiciones del artículo 35, muchas de las compensaciones analizadas durante el primer ciclo del mecanismo de revisión de la implementación, no trataban explícitamente la compensación de víctimas en casos de corrupción. Además, siempre que los Estados miembros consideren a personas naturales, personas legales y Estados extranjeros bajo la definición nacional de personas con derecho a reclamar compensación, la convención no requiere que los Estados tomen

un enfoque particular para definir las víctimas de corrupción y su derecho a solicitar compensación. Por lo anterior, solo unos pocos Estados, con un enfoque restrictivo de otorgar el estatus de víctima a personas naturales o que no tenían medidas relevantes aplicadas, fueron identificados por fuera del cumplimiento del artículo en mención.

El documento del Secretariado reitera que, si bien la mayoría de los Estados que tienen mecanismos de compensación cumplen con los requerimientos de la Convención, en el ámbito internacional hay muy poco conocimiento de cómo las víctimas son definidas, identificadas y compensadas en la práctica. De hecho, durante el proceso de revisión, el Secretariado reconoció un número relativamente bajo de Estados que han referido casos concretos de compensación relacionados con la definición e identificación de víctimas. Entre estos casos se encuentran las siguientes categorías de víctimas: i) una compañía, ii) un accionista, iii) un licitante, iv) un Estado extranjero, y v) la sociedad, incorporando el concepto de daño social.

Así como no hay unos parámetros específicos en términos definición, identificación y reparación de las víctimas de corrupción, los Estados tienen distintos enfoques con respecto a cuáles individuos tienen derecho a invocar la reparación de la conducta ilegal. Así, se han determinado dos grupos de Estados: aquellos con doctrinas restrictivas y aquellos considerados liberales (Open Society, 2019).

Entre los Estados con aproximaciones más restrictivas se destaca Estados Unidos, puesto que su Constitución requiere un demandante en una corte federal para establecer que dicho demandante sufrió una lesión concreta y particular que se puede rastrear y que se puede reparar mediante un fallo judicial; entonces, se deslegitima cualquier interés general como suficiente para demandantes privados. Países como Alemania y Nigeria se identifican con este mismo enfoque, y solicitan al demandante mostrar un daño directo, y no permite a grupos

privados demandar en nombre de intereses públicos o colectivos. De manera similar, en China se restringe el acceso a las cortes para litigantes de interés público y se requiere al demandante tener un interés directo. En Singapur, las cortes confieren este derecho únicamente a demandantes que puedan demostrar un daño a un derecho privado o algún *daño especial* al demandante (Stephenson, 2018, pág. 43).

Por su parte, España y Sudáfrica tienen doctrinas liberales. En el primero, la ley otorga el derecho a invocar la reparación a todos los ciudadanos españoles en asuntos que involucren el interés público, y los demandantes no necesitan demostrar un daño directo para iniciar una demanda de interés público. En Sudáfrica, la aproximación permite este derecho a todos los ciudadanos en asuntos públicos, ya sea que se demuestre un daño particular o un interés especial en el tema. Otros países como Colombia han adoptado enfoques similares, puesto que cualquier ciudadano puede interponer una demanda, incluso si no tiene intereses personales en el caso; o como Venezuela, donde un demandante puede interponer una demanda no solamente por un derecho o interés personal, sino por un derecho o interés público o colectivo (Stephenson, 2018).

Enfoques y métodos de compensación

Según el reporte sobre compensación de víctimas por el daño asociado a corrupción internacional, de las organizaciones inglesas Corruption Watch y Right Accountability in Development (Corruption Watch y RAID, 2018), el Reino Unido ha promovido la compensación como medio para ayudar a las víctimas de corrupción en el ámbito internacional. Así, en junio de 2017 la Oficina de Fraude (SFO, por su sigla en inglés) y la Agencia Nacional de Crimen (NCA, por su sigla en inglés) emitieron los principios de compensación que incluyen los siguientes compromisos:

- Considerar la compensación en todos los casos de corrupción internacional.

- Usar los mecanismos legales necesarios para lograr dicha compensación.
- Trabajar intergubernamentalmente para identificar las víctimas, evaluar el caso y obtener evidencia para compensar e identificar medios por los cuales esa compensación pueda ser pagada de manera transparente, responsable y justa, que evite riesgos adicionales de corrupción.
- Comprometerse, como sea posible, con el cumplimiento de la ley en los estados afectados.
- Publicar información sobre casos concluidos.

En lo que corresponde al procedimiento legal para la compensación, el enfoque más utilizado por los Estados, según la nota del Secretariado, incluye el derecho de las víctimas individuales para iniciar los procedimientos legales, incluyendo a personas naturales y legales de Estados extranjeros. Algunos Estados permiten acciones de clase o acciones de intereses colectivos (o difusos) por organizaciones o posteriormente por el fiscal. En general, los procedimientos de reparación de intereses colectivos son usualmente de naturaleza civil, en los cuales una o varias personas instituyen una acción legal en representación de un grupo (o colectivo) y en caso de que el acto corrupto haya afectado al Estado, la acción de compensación es llevada por el fiscal o procurador general en su nombre (United Nations Secretariat y Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, 2016).

Según lo establecido en el apartado de los procesos legales del documento del Secretariado de Naciones Unidas y Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery (2016), las tres vías legales principales para solicitar compensación se describen a continuación.

PROCESO CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL

Esta vía se considera la más rápida y menos costosa, y permite a las víctimas participar en los procesos penales como parte civil, tener mayores derechos mientras participan en la acción penal, y estar en mayor contacto con el magistrado o fiscal. Un Estado podría entonces unirse a este proceso como parte civil, al igual que cualquier otra entidad legal.

En algunos Estados se le podría otorgar a la víctima derechos para dar testimonio en el caso; enviar evidencia; participar en las audiencias; tomar copias de los documentos del caso; quejarse ante las órdenes o actos de la Corte, el fiscal u otros oficiales; mediar con el acusador o el defensor, si el daño no compromete a la sociedad, y recibir compensación por las pérdidas; entre otros. “Los prerequisites y el cálculo de la compensación son típicamente gobernados por reglas del procedimiento civil, mientras que la condena es gobernada por el derecho penal” (United Nations Secretariat y Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, 2016, p. 9).

Por otra parte, a pesar de que la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción habilita los insumos de las víctimas para ser presentados y considerados en etapas apropiadas en los procesos penales, no hay precedente de que esto ocurra en casos de corrupción internacional, incluso en el Reino Unido, que cuenta con algunas de las disposiciones que más posibilitan este escenario (Corruption Watch y RAID, 2018). De hecho, incluso en ese país se ha destacado la dificultad para identificar quién es una víctima de corrupción pues, en general, las cortes solamente reconocen a los Estados o competidores como víctimas en corrupción internacional, aunque los jueces han aceptado en varias oportunidades que las víctimas reales son las personas.

Algunos Estados permiten que casos civiles y penales sean presentados tanto por el Estado como por el individuo al mismo tiempo. En un Estado,

propiedades incautadas por el Estado en conexión con una investigación penal fueron otorgadas como resultado de una demanda civil exitosa contra el acusado, dando prioridad a las víctimas individuales de la corrupción sobre el Estado. (United Nations Secretariat y Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, 2016, p. 9)

PROCESO CIVIL

La mayoría de los Estados permiten a las víctimas instituir procesos civiles para compensar los daños; estos pueden basarse en estatutos, como licitación o adquisiciones, o teorías de derecho consuetudinario. También, posibilitan a las víctimas seleccionar entre vía civil o penal, y es posible instaurar procesos civiles en cualquier momento, independiente del progreso del caso penal.

Algunos Estados cuentan con legislación que facilita que los resultados de los procesos penales puedan ser usados como evidencia en los

procesos civiles subsecuentes para acelerar el proceso. En otros, el derecho a reclamar compensación en procesos civiles está condicionado a una investigación exitosa o prueba de que el daño es resultado de una ofensa criminal. Varios establecen que las órdenes de compensación otorgadas en el contexto de procesos penales no deben perjudicar ningún derecho a recurso civil por los daños, pero las cortes deben considerar el monto de compensación ordenado en los procesos penales.

PROCESO ADMINISTRATIVO

Algunos Estados proveen vías administrativas para víctimas cuyos derechos han sido violados por las actividades ilegales de una autoridad. Aquella que causó el daño es requerida a compensar a la persona afectada y, si falla para emitir un acto administrativo o tomar las medidas apropiadas, es requerida para compensar el daño causado por no actuar.

CUANTIFICACIÓN

En cuanto a la compensación de los daños, la nota preparada por el Secretariado de las Naciones Unidas y Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery (2016) indica que, para determinar los daños, es necesario situar a la víctima tan cerca como sea posible a la posición en que hubiera estado si el acto corrupto que causó el daño no hubiera ocurrido, y su cuantificación normalmente queda a discreción de las cortes. En varios Estados este principio de justicia restaurativa tiene límites máximos de compensación que están establecidos por ley; por ejemplo, se determina que el monto de compensación no puede exceder el monto de activos obtenidos por corrupción, o se especifica que la compensación es fijada según el valor del daño o sufrimiento causado el día que la ofensa fue cometida o el día que la decisión sobre la compensación fue transmitida, tomando el mayor monto entre estas dos. Otros Estados otorgan adicionalmente

indemnizaciones en especie, como la emisión de una disculpa pública o una declaración para ayudar a restaurar la reputación de la víctima, o como la publicación del fallo de condena y la publicación del caso en un periódico.

Siendo el Reino Unido uno de los que ha abordado la compensación a víctimas de corrupción internacional, la cuantificación de las pérdidas ocasionadas por esta ha sido muy limitada en sus cortes y, adicionalmente, limitada al monto del soborno, mientras que “la cuantificación del daño, la cual impacta sobre el monto de la multa, está limitada a la ganancia bruta del contrato obtenido por una compañía” (Corruption Watch y RAID, 2018, p. 7).

Además, se reitera que para quienes han sido acusados de soborno, es atípico que el daño se cuantifique de manera más amplia, ya que debería incluir

elementos como: i) detrimento serio sobre los individuos; por ejemplo, incluyendo provisión de bienes o servicios por debajo del estándar como resultado del comportamiento corrupto; ii) impacto ambiental; iii) quebranto de la función propia de los gobiernos locales o nacionales, negocios o servicios públicos; iv) ganancia financiera sustancial actual, o prevista para el infractor u otro, o pérdida causada a otros.

Por su parte, el Banco Mundial y UNODC, en el marco de la Iniciativa de Recuperación de Activos Robados *STAR*, señalan que en lo relacionado a la compensación por daños, las ganancias de una compañía son una medida insuficiente, si el objetivo es fijar un grado de daños en la posición en la que hubiese estado ausente de corrupción, pues si el soborno afectó el proyecto objeto de corrupción, su tamaño o la forma en que fue desempeñado, la pérdida sufrida deberá aproximarse al costo total del proyecto (The World Bank y UNODC, 2015). Adicionalmente, el daño al Estado puede exceder la ganancia del pagador del soborno si se consideran los costos de las transacciones del Estado o si la Corte calcula los daños morales y reputaciones.

En este sentido, para cuantificar las ganancias resultado de corrupción, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Mundial señalan que hay diferentes tipos de beneficios resultado de esta práctica y que su cuantificación está sujeta a distintos métodos, según el marco legal (OECD y The World Bank, 2012). Entre dichas categorías, se encuentran beneficios provenientes de: i) contratos obtenidos mediante sobornos; ii) autorizaciones, permisos o licencias para operar; iii) gastos o pérdidas evitadas, como el pago de impuestos con la mediación de sobornos; iv) beneficios por la celeridad o evasión de trámites, procedimientos, con respecto a demoras, y v) aprovechar las oportunidades que abre la existencia de controles internos laxos y libros o registros inexactos o incompletos.

En el caso de los beneficios provenientes de contratos obtenidos mediante sobornos a

funcionarios públicos o terceros, cuya práctica es la más común en los casos de soborno internacional, los que usualmente incluyen sobrecostos o reajustes contractuales que favorecen a las empresas contratadas. Para este tipo de sobornos, la estimación podrá depender del remedio legal, ya sea confiscación, compensación por daños o restitución contractual.

En el segundo tipo de beneficios por autorizaciones, permisos o licencias para operar a una compañía a cambio de un soborno. Es el caso de autorizaciones de aduana, permisos de vehículos para cierto tipo de transporte o licencias para operar, entre otros. Los beneficios podrían también abarcar el establecimiento de un negocio que no sería posible de otra forma bajo la legislación local.

La OCDE y el Banco Mundial (2012) destacan la dificultad para cuantificar los beneficios cuando las respectivas licencias, permisos o autorizaciones obtenidas mediante soborno han expirado, en cuyo caso las autoridades podrían confiscar propiedades por un valor equivalente. Sin embargo, para ejemplos analizados por estos dos entes, las autoridades establecieron el valor del soborno para cuantificar y confiscar.

En el tercer tipo de beneficios, por gastos o pérdidas evitadas, como el pago de impuestos con la mediación de sobornos, es típico el pago de sobornos para evitar el pago de impuestos, el trámite de aduanas para eludir el pago de aranceles o para evitar pagar certificaciones que se requieran. En este caso, para el cálculo se utiliza el método del pago del beneficio derivado: “Bajo este método, las ganancias son calculadas agregando todos los beneficios que la compañía ganó por el pago del soborno” (OECD y The World Bank, 2012, p. 39).

En el cuarto tipo de beneficios, por la celeridad o evasión de trámites o procedimientos, con respecto a demoras, se contempla que la compañía

soborna a un funcionario para acelerar el proceso de obtención de autorizaciones, licencias o permisos, anticipando la obtención de utilidades por entrar al mercado antes y, posiblemente, para mejorar su posición frente a sus competidores. Para estos casos, los beneficios pueden ser calculados a partir del tiempo ahorrado por la compañía y los beneficios acumulados sobre dicho periodo.

Por último, en la quinta categoría de beneficios resultantes de controles internos laxos y libros o registros inexactos o incompletos, una compañía podría obtener un contrato mediante soborno, porque no tuvo adecuados controles internos para prevenir el pago de sobornos o porque los pagos fueron registrados de manera inadecuada en los libros y registros. En este caso, se podrían aplicar, entonces, los principios de beneficio contractual.

Ahora bien, considerando que los beneficios provenientes de contratos obtenidos mediante sobornos son la práctica más común, la OCDE y el Banco Mundial (2012) establecen los siguientes métodos de cuantificación según las respectivas acciones legales.

IDENTIFICACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE BENEFICIOS POR CONFISCACIÓN EN CONTRATOS OBTENIDOS POR SOBORNOS

- i. *El método del ingreso bruto o del valor bruto del contrato.* Todos los ingresos recibidos por el soborno a un oficial son beneficios del soborno y están, por tanto, sujetos a confiscación.
- ii. *El método del ingreso o utilidades netas.* Bajo esta aproximación, los beneficios sujetos a confiscación son los ingresos del contrato menos costos o gastos legítimos incurridos por la persona en el soborno durante la ejecución del contrato, como costos

debidamente justificados de proveer bienes y servicios. Algunas jurisdicciones adicionan el monto del soborno para calcular el beneficio sujeto a confiscación: “Algunos profesionales en Alemania consideran calcular el margen de beneficio esperado en la fecha de la firma” (OCDE y The World Bank, 2012, p. 30). Según la OCDE y el Banco Mundial, este método presenta dificultades en relación al juicio para establecer cómo asignar los costos fijos a un proyecto.

- iii. *El método de la ganancia adicional.* Este método introduce la necesidad de calcular los beneficios que se hubieran obtenido si el soborno no hubiera ocurrido. Algunas veces será necesario, por ejemplo, revisar contratos similares en los que no ocurrió soborno para compararlos con el contrato que involucró soborno, puesto que los beneficios podrían derivarse de un contrato con mejores términos que los esperados³.

IDENTIFICACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE SOLICITUDES BASADAS EN COMPENSACIÓN POR DAÑOS EN CONTRATOS OBTENIDOS POR SOBORNOS

Para casos de contratos gubernamentales, en la mayoría de jurisdicciones los daños del soborno se calculan como las ganancias adicionales obtenidas por el contratista. Las Cortes entonces cuantifican la diferencia entre la calidad y precio de los bienes y servicios que se ofrecieron, y la calidad y precio que el consumidor habría obtenido si el funcionario no hubiera aceptado el soborno. Para este fin, podría ser necesario revisar los precios ofrecidos por un licitante elegido por la mediación de soborno con respecto a los precios ofrecidos de otro que cotizó o que habría cotizado si hubiera tenido la oportunidad de hacerlo.

3 Según la OCDE y el Banco Mundial (2012), bajo este método se pueden presentar los siguientes tres escenarios: i) el contrato obtenido por soborno simplemente reemplaza otros que se habrían obtenido de todas formas. En este caso, a las cortes y autoridades competentes se les podría requerir calcular la ganancia adicional por quien pagó el soborno, comparando el contrato actual, o resultados estimados con contratos similares ejecutados por la compañía o los competidores. ii) El contrato obtenido

Ahora, cuando un licitante o competidor que no fue elegido demuestra que el contrato se le hubiera otorgado si el licitante exitoso no hubiera pagado el soborno, el daño no está asociado a las ventajas obtenidas por el contratista exitoso, sino a todas las pérdidas sufridas por el competidor por no haber sido seleccionado. En este caso, la compensación podría entonces ser cuantificada como las sobreganancias netas derivadas del contrato con el licitador deshonesto, si el competidor demuestra un margen de ganancia similar o podría ser calculada como las ganancias netas hipotéticas que hubiese obtenido el competidor que no fue elegido.

IDENTIFICACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE SOLICITUDES BASADAS EN RESTITUCIÓN CONTRACTUAL EN CONTRATOS OBTENIDOS POR SOBORNOS

Los gobiernos podrían tener derecho a anular o rescindir un contrato con una compañía que sobornó un funcionario público. El solicitante podría entonces recuperar todos los montos pagados por el contrato (ingreso bruto) o ingresos después de deducción de gastos incurridos por quien pagó el soborno (ingreso neto). Por otra parte, si el gobierno del funcionario sobornado se benefició del contrato, debería aportar cualquier beneficio que haya recibido por concepto del contrato.

REPARACIÓN INTEGRAL DE DAÑOS CAUSADOS POR PROCESOS DE CORRUPCIÓN

En el marco de las medidas de atención, asistencia y reparación integral a víctimas del conflicto armado, el Estado colombiano afirma que “la reparación integral es una obligación del Estado, cuya finalidad es devolver a la víctima al estado en el que se encontraba con anterioridad al hecho que originó tal condición” (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2017). Así, mediante el artículo 25 de la “Ley de Víctimas” se reitera el derecho de las víctimas a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido, y establece que la reparación comprende medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica (Ministerio de Interior y Justicia, República de Colombia,

2011, p. 15). Adicionalmente, “en cualquier acción judicial deben caber las formas no excluyentes de reparación, con lo cual se permite acumular en un mismo caso, verbigracia, indemnización pecuniaria, indemnización *in natura*, satisfacción, rehabilitación, etc.” (Henao, 2015, p. 352).

Ahora bien, esta reparación reviste especial dificultad en el caso de los daños causados por actos de corrupción ya que, a diferencia de la mayoría de actos ilícitos definidos en los códigos penales, los actos de corrupción que además de que no han sido suficientemente tipificados jurídicamente, se caracterizan porque sus consecuencias están alejadas espacio-temporalmente; es decir, los daños individuales, colectivos y sociales resultantes de un acto de corrupción por lo general están alejados

por soborno no reemplaza a otros contratos, sino que representa un negocio adicional que no se habría obtenido de otra manera, si no hubiera sido por el respectivo soborno. En este caso, la ganancia bruta o neta total del contrato podría definirse como beneficio del soborno. iii) El soborno fue pagado para asegurar ventajas o condiciones específicas y no para obtener el contrato. En este caso, las cortes tienen que calcular la diferencia entre las ganancias actuales derivadas del contrato y las ganancias que se habrían obtenido en ausencia de las condiciones específicas que se aseguraron con el pago del soborno.

espacio-temporalmente del agente corruptor y afectador que ejecutó el acto ilícito victimizante (Salcedo-Albarán, Zuleta, De Leon y Rubio, 2008). Adicionalmente, los actos de corrupción analizados para fines de reparación han de ser casos de macrocorrupción, cooptación institucional o de *gran corrupción*, con la intervención y uso de personas jurídicas en la comisión de los actos afectadores o victimizantes; por tanto, dicha intervención de empresas estatales, semiestatales o privadas que administran recursos públicos, requerirá un análisis detallado de roles de responsabilidad, como se discute en los siguientes apartados.

En cualquier caso, y con especial atención a estas tres condiciones particulares, se reconoce que procesos de corrupción usualmente reportan daños individuales, colectivos y a la sociedad en conjunto (Ndikumana, 2006; Department of International Development y UKAid, 2015). Por esto, para identificar a las víctimas de un proceso de corrupción es necesario ampliar la escala espacio-temporal de análisis, considerando los siguientes escenarios:

- a. *Daños individuales y colectivos originados directa e inmediatamente por las fallas en la prestación del servicio público en el corto plazo.* Estos pueden variar desde i) una gravedad relativamente leve, en términos de retrasos en el cumplimiento de una obra de infraestructura o de calidad insuficiente en la prestación de servicios públicos como de seguridad social; a ii) una gravedad relativamente media, en términos de mayores daños pecuniarios por el incumplimiento, o indebida calidad, de obras de infraestructura o la carencia injustificada en la prestación de servicios como de salud; hasta iii) una gravedad alta por falencias extremas en la prestación del servicio público.
- b. *Daños sociales originados en el mediano plazo por fallas en la prestación del servicio*

público. La acumulación de daños colectivos en el mediano plazo, por la indebida prestación del servicio público, puede llevar a afectaciones sociales de innegable importancia. Por ejemplo, la demora o retraso de una obra de infraestructura clave genera pérdidas de oportunidades de inversión que impactan el crecimiento económico y la creación de riqueza en su región de influencia e incluso de orden macro. Por otra parte, ya se ha señalado que los daños patrimoniales causados a una empresa estatal o semiestatal por la corrupción se reflejarán en daños sociales en el mediano y largo plazo, como resultado de la pérdida patrimonial –con la disminución del valor de sus acciones en mercado de capitales– y del valor de la marca (*good will*) de la empresa estatal. Adicionalmente, deben considerarse efectos macroeconómicos aún más graves, como el potencial encarecimiento de la deuda pública con la disminución de la calificación de riesgo país, en la medida que, por el tamaño de la empresa estatal afectada, su pérdida patrimonial afecte de manera directa las cuentas macroeconómicas. En este caso, los daños son de carácter social porque serían asumidos por la sociedad en general; es decir, por todos los ciudadanos.

Así, tanto los daños individuales y colectivos definidos como *medios* y *graves*, asumidos por una población, colectivo usuario, o beneficiarios determinados, como los daños sociales asumidos por los ciudadanos en conjunto, requerirán valoraciones patrimoniales y extrapatrimoniales en los que se evalúen las características de los daños a través del tiempo, de los agentes o colectivos perjudicados, de los agentes corruptores y beneficiarios involucrados, de la importancia relativa de las empresas estatales y de la prestación de bienes y servicios afectados. Esta valoración patrimonial y extrapatrimonial deberá considerar los efectos permanentes actualizados y proyectados.

Primer momento de reparación: daños sociales

Es indispensable que la reparación de los daños sociales causados por los actos de corrupción no se realice mediante reasignaciones del presupuesto público pues, en este caso, dicha reparación estaría a cargo de la sociedad en conjunto. Este escenario debería evitarse pues constituiría una revictimización de la sociedad en conjunto, la cual es inicialmente afectada por la suspensión o incorrecta prestación de servicios prioritarios, y luego por asumir la reparación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados.

El riesgo de *socializar* la reparación de los daños sociales –es decir, trasladarla a la sociedad en conjunto– aumenta cuando es necesario garantizar el funcionamiento de un sector prioritario como el de la salud. Interrumpir o suspender el funcionamiento de una empresa o entidad del sector salud como resultado de actos de corrupción, seguramente conducirá a una afectación individual, colectiva y social mayor –es decir, a una victimización integral–, por lo que es de esperar que el Estado deba intervenir oportuna y eficazmente para establecer condiciones idóneas para el adecuado funcionamiento de la empresa o entidad afectada y así se evite la reproducción o agravamiento de afectaciones –revictimización– de índole individual, colectiva y social.

Ahora bien, en el caso de corrupción en una empresa de carácter estatal, semiestatal o privada que administre recursos públicos, al afectar negativamente el correcto uso o rendimiento de los recursos públicos que nutren la operación de la empresa, reproduce daños a la empresa misma y a la sociedad que en conjunto ha proporcionado los recursos. Por este motivo, dichos daños sociales, causados a la empresa, deben repararse con

recursos que deben ser extinguidos a los agentes corruptores que se beneficiaron de los actos de corrupción. A su vez, el espíritu de dicha reparación abarca los daños sociales causados por las afectaciones patrimoniales a la operación y al valor de la empresa –estatal, semiestatal o privada que administra recursos públicos–, lo cual es indispensable si se tiene en cuenta el elevado riesgo de que la sociedad en conjunto asuma, mediante la estructura fiscal estatal, la reparación de los daños causados por los agentes corruptores que usaron, o abusaron de, la empresa o entidad.

Ahora bien, no basta con solo identificar y reparar los daños patrimoniales causados a una empresa de dicha categoría, pues es necesario también agotar la identificación y reparación de víctimas individuales y colectivas. Para este efecto, es indispensable reconocer el carácter simultáneo que la empresa tiene de afectada y afectadora por la corrupción; es decir, la empresa debería ser interpretada como víctima y victimaria en momentos distintos de reparación, con el fin de avanzar en la reparación de los daños sociales causados por el abuso de dicha estructura empresarial. De una parte, la empresa fue afectada por agentes naturales o jurídicos que abusaron de su estructura pero, de otra, la empresa también afectó a sus usuarios individuales y colectivos, los cuales deben ser reparados por esta

Segundo momento de reparación: daños a individuales y colectivos

Para continuar con la reparación integral, en un segundo momento es necesario identificar y reparar a los usuarios individuales y colectivos que resultaron afectados por la suspensión o incorrecta provisión de bienes y servicios prioritarios. Esta reparación, dada su naturaleza patrimonial, debe desarrollarse con cargo a la reparación de daños pagada por los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción, al recurrirse a la extinción de

dominio de activos y patrimonios de dichos agentes corruptores beneficiarios de la corrupción⁴, para así asegurar los recursos necesarios que garanticen la debida reparación a individuos y colectivos.

El orden propuesto en los momentos de la reparación es muy ilustrativo en el caso de empresas o entidades de carácter público, pues es necesario que la empresa asegure los recursos necesarios para proceder a las reparaciones individuales y colectivas, sobre todo, ante la ausencia de instancias institucionales que sean responsables de garantizar o verificar la reparación integral. Esto quiere decir que la reparación por el encarecimiento o pérdida de calidad de los bienes y servicios, provistos directa o indirectamente por las empresas afectadas por la corrupción, debe ser asumida en el menor tiempo posible por las mismas entidades o empresas, a menos que se cuente con una instancia estatal independiente encargada de la implementación de la reparación individual y colectiva.

Por este motivo, es indispensable garantizar que la adecuada y oportuna reparación integral de los daños patrimoniales –daño emergente y lucro cesante– y extrapatrimoniales causados a entidades o empresas estatales, semiestatales o privadas que administran recursos públicos, afectadas por corrupción, esté a cargo de la extinción de dominio de activos y patrimonios de los agentes corruptores, que son afectados y beneficiarios directos de los actos de corrupción.

Consideraciones acerca del daño extrapatrimonial

Para el caso de los daños sociales, el cálculo y reparación del daño extrapatrimonial requerirá valoraciones de los efectos permanentes que se traducen en el consecuente nivel subóptimo de la tasa de retorno social, en comparación con el

que se habría obtenido si el caso de corrupción no hubiera sucedido. Específicamente, se puede calcular un aproximado daño social definido como la diferencia entre la tasa de retorno social óptima esperada –expresada, por ejemplo, en potencial aumento del producto interno bruto (PIB) o de la renta media de la sociedad en conjunto– y la tasa de retorno social subóptima actual, a la que se llegó como resultado de la corrupción. Esta diferencia podría también ajustarse con indicadores sectoriales específicos de retorno social esperado –según, por ejemplo, estándares internacionales–, para identificar los daños macroeconómicos y macrosociales derivados de actos de corrupción en contra de entidades o empresas estatales o semiestatales en sectores prioritarios como salud, educación y saneamiento básico.

La corrupción contra una entidad estatal, semiestatal o privada que administra recursos públicos, deja de ser esporádica para transformarse en sistémica y planeada.

En general, se prevé que a medida que la corrupción contra una entidad estatal, semiestatal o privada que administra recursos públicos, deja de ser esporádica para transformarse en sistémica y planeada –como se constata en los casos de corrupción en el sector salud que se analizan en la tercera parte de este documento–, los daños patrimoniales y extrapatrimoniales no solo afectarán directamente a la respectiva entidad, sino también a los receptores o usuarios de sus servicios o bienes. Esta situación se agrava cuando la entidad o empresa es importante en términos de su valor patrimonial y su relevancia institucional

4 En el caso de un contrato ilícito típico de Petrobras se ha calculado que el valor del daño emergente y lucro cesante equivale a más de un 15 % del valor total del contrato, y que el valor de los sobornos representa menos de un 4 % del valor del contrato, por lo que la reparación integral requeriría que cerca de un 11 % del valor del contrato sea a cargo de los activos de los contratistas corruptores. En esta medida, cuando se trata de un conjunto de contratos cuantiosos es muy probable que sea necesario recurrir a la extinción de dominio de activos y patrimonios de los agentes corruptores.

en el orden *macroeconómico* o *macrosocial* en el país pues, *ceteris paribus*, tenderán a reproducirse daños permanentes y estructurales, con innegable impacto también macroeconómico y macrosocial. En el ámbito internacional, esto se ha observado, por ejemplo, en actos de corrupción que involucran a empresas estatales con relevancia macroeconómica, como aquellas afectadas en la operación de la red Lava Jato. En el país, los actos de corrupción que involucran entidades prestadoras y promotoras de servicios de salud, como institutos prestadores de salud (IPS) y entidades promotoras de (EPS), han tenido también una innegable afectación sobre los indicadores de calidad de salud, los cuales impactan negativamente el desempeño macrosocial en la sociedad colombiana.

Además de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales básicos, también posiblemente se generan otras afectaciones sociales importantes,

como la pérdida de confianza pública y la erosión de la calidad institucional (Anderson y Tverdova, 2003; Cho y Kirwin, 2007), cuya cuantificación es difícil en la práctica. Por esta razón, a diferencia de los daños patrimoniales básicos, se opta por calcular administrativamente los extrapatrimoniales de manera cualitativa, por lo general por rangos de penalización económica según la apreciación de la gravedad de los impactos macrosociales. Es decir, aunque se pueden considerar modelos que cuantifican el costo de la pérdida de confianza, a diferencia de la parametrización de los daños patrimoniales, los daños extra-patrimoniales, en especial de carácter social, no se pueden parametrizar cuantitativamente con un sustento empírico objetivo y único, sino acorde con la apreciación cualitativa de la gravedad de los daños, y cuya tasación se realiza desde lo administrativo por rangos de gravedad.

CONCLUSIONES

La reparación integral de los daños causados por actos de corrupción es una condición indispensable para que progresivamente se reconozca el verdadero impacto negativo de prácticas que, en la actualidad, reciben tratamientos laxos en la mayoría de jurisdicciones. En la práctica, este tratamiento laxo se traduce en el no reconocimiento de los efectos victimizantes que los actos de corrupción tienen sobre la realización del proyecto de vida de ciudadanos que son sujetos de derechos de asistencia y prestación social. En efecto, son casi inexistentes fallos judiciales en los que se reconozca que un acto de corrupción en una entidad prestadora de salud muy seguramente tuvo efectos victimizantes sobre aquellos beneficiarios que, como resultado, recibieron servicios de baja calidad o no los recibieron; en este mismo sentido, se destacan por su ausencia fallos que ordenen la debida reparación de los

daños causados por esa incorrecta o nula prestación de servicios de salud.

Por lo anterior, es indispensable que en los actos de corrupción objeto de potencial reparación integral se identifiquen rigurosamente los siguientes elementos mínimos orientados a garantizar la potencial reparación:

I. LOS DAÑOS:

- a. Patrimoniales y extrapatrimoniales.
- b. Macroeconómicos y macrosociales, tanto patrimoniales como morales, reproducidos directa e indirectamente por los actos de corrupción, que han de ser sufragados por la entidad o empresa estatal afectada por la corrupción a sus beneficiarios o usuarios, con cargo a la reparación integral recibida por esta,

a cargo de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.

II. LOS AFECTADORES:

- a. Las personas naturales o jurídicas corruptoras y beneficiarias, con sus respectivos grados de responsabilidad y extrarrentas percibidas ilícitamente, o aún con apariencia de legalidad, quienes deben proporcionar los recursos económicos para proceder a la reparación integral de los daños causados a la entidad o empresa estatal, semiestatal o privada que administra recursos públicos, que fue afectada.
- b. Las personas jurídicas de carácter público que en el segundo momento de la reparación son interpretadas como afectadoras de beneficiarios o usuarios individuales y colectivos, y que por tanto deben proceder a la reparación de sus beneficiarios o usuarios, con cargo a las reparaciones pagadas por las personas naturales o jurídicas identificadas en el anterior literal.

III. LOS AFECTADOS:

- a. Las entidades o empresas estatales, semiestatales o privadas que administran recursos públicos, que en el primer momento de la reparación son interpretadas como víctimas de daños por actos de corrupción cometidos por personas naturales o jurídicas. Como se ha especificado, estos daños no solo abarcan los perjuicios causados por interrupción de la operación normal de la entidad o empresa, sino también los efectos macroeconómicos y macrosociales derivados.
- b. Las personas naturales, usuarios individuales y colectivos de la entidad o empresa, que en el segundo momento de la reparación deben ser compensadas por parte de la entidad o empresa de carácter público afectada en actos de corrupción.

De no contarse con esta identificación mínima de elementos, se corre el riesgo de generar, en el mejor de los casos, una grave impunidad social y moral encubierta por vía de indebidas reparaciones o insuficiente identificación de responsables y beneficiarios de la corrupción, así como de los individuos, colectivos y ámbitos de la sociedad afectados por ese fenómeno. He ahí la necesidad de procederse secuencialmente así:

- i. *Primer momento de reparación.* Comenzar con la reparación integral tanto patrimonial como extrapatrimonial de la entidad o empresa estatal o semiestatal afectada por la corrupción, con cargo a la reparación integral recibida por parte de los agentes corruptores que han sido beneficiados por las prácticas de corrupción.
- ii. *Segundo momento de reparación.* Continuar con la reparación patrimonial de los individuos, colectivos y ámbitos de la sociedad que fueron receptores o usuarios de los bienes o servicios públicos provistos de manera indebida por la entidad o empresa, y que, por tanto, fueron *dañados* bajo la responsabilidad de la entidad o empresa afectada –en su condición de réplica hacia sus individuos o colectivos receptores o usuarios afectados indirectamente– y con cargo a la reparación integral recibida por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.
- iii. Finalmente, avanzar hacia las formas complementarias de reparación simbólica que faciliten una reparación integral de los daños macrosociales y macroeconómicos, con cargo a la reparación integral recibida por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

- Aidt, T. (2009). Corruption, Institutions, and Economic Development. *Oxford Review of Economic Policy*, 25(2), 271-291.
- Aldana Hernández, T.E. (2018). Corrupción y derechos humanos. Guatemala. En C. Tablante y M. Morales Antoniazzi (eds.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos* (pp. 221-238). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Alemu, A.M. (2012). Effects of Corruption on FDI Inflow in Asian Economies. *Seoul Journal of Economics*, 25(4), 387-412.
- Anderson, C.J. y Tverdova, Y.V. (enero de 2003). Corruption, Political Allegiances, and Attitudes Toward Government in Contemporary Democracies. *American Journal of Political Science*, 47(1), 91-109.
- Bhargava, V. y Bolongaita, E. (2004). *Challenging Corruption in Asia: Case Studies and a Framework for Action*. Washington, D.C.: World Bank.
- Carranza, R. (2008). Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes? *The International Journal of Transitional Justice*, 2, 310-330.
- Chêne, M., Clench, B. y Fagan, C. (2010). *Corruption and Gender in Service Delivery: The Unequal Impacts*. Berlín: Transparency International.
- Chetwynd, E., Chetwynd, F. y Spector, B. (2003). *Corruption and Poverty: A Review of Recent Literature*. Londres: Management Systems International.
- Cho, W. y Kirwin, M.A. (2007). Vicious Circle of Corruption and Mistrust in Institutions in Sub-Saharan Africa: A Micro-Level Analysis. Working Paper. *Afrobarometer.org*.
- Corruption Watch y Right Accountability in Development (RAID) (2018). *Compensating Victims for the Harm of Overseas Corruption*. Londres.
- Corte Constitucional de la República de Colombia (2017). *Sentencia T-083/17*. Bogotá.
- Deininger, K. y Mpuga, P. (2005). Does Greater Accountability Improve the Quality of Public Service Delivery? Evidence from Uganda. *World Development*, 33(1), 222-239.
- Department of International Development y UKAid (2015). *Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them*. Londres.
- Garay, L.J. y Salcedo-Albarán, E. (2012). *Redes ilícitas y reconfiguración de Estados: El caso Colombia*. Bogotá: ICTJ, Fundación Vortex.
- Garay-Salamanca, L. J., & Salcedo-Albarán, E. (2010). Crimen, captura y reconfiguración cooptada del Estado: cuando la descentralización no contribuye a profundizar la democracia. En 25 años de la descentralización en Colombia (págs. 89-138). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Garay-Salamanca, L. J., & Salcedo-Albarán, E. (March de 2012a). Institutional Impact of Criminal Networks in Colombia and Mexico. *Crime, Law and Social Change*, 57(2), 177-194.
- Garay-Salamanca, L., Salcedo-Albarán, E. y Beltrán, I. (2010). Redes de poder en Casanare y la Costa Atlántica. En C. López (ed.), *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos*

- reconfiguraron el Estado colombiano (pp. 251-302). Bogotá: Debate.
- Garay-Salamanca, L.J., Salcedo-Albarán, E. y Duarte, N. (2017). *Elenopolítica: Reconfiguración cooptada del Estado en Arauca, Colombia*. Bogotá: Fundación Vortex.
- Garay Salamanca, L., Salcedo-Albarán, E. y Macías, G. (2018). *Macro-Corruption and Institutional Co-optation: The "Lava Jato" Criminal Network*. Bogotá, Colombia: Fundación Vortex.
- Garay-Salamanca, L., Salcedo-Albarán, E., De León, I. y Guerrero, B. (2008). *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia.
- García, J. (27 de septiembre de 2018). La sentencia del caso de corrupción que mató a 51 pacientes deja tranquilos a acusados y acusadores. *Nómada.gt*. Recuperado de <https://nomada.gt/pais/la-corrupcion-no-es-normal/la-sentencia-del-caso-de-corrupcion-mas-letal-igss-pisa-deja-tranquilos-a-acusados-y-acusadores/>
- Gupta, S. y Holmquist, F. (2012). Reform and Political Impunity in Kenya: Transparency without Accountability. *African Studies Review*, 55(1), 53-74.
- Henao, J.C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, 28, 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10
- López, C. (ed.) (2010). *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Bogotá: Debate.
- Ministerio de Interior y Justicia de la República de Colombia (2011). *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y Decretos Reglamentarios*. Bogotá.
- Moro, S.F. (2018). Preventing Systemic Corruption in Brazil. *Daedalus*, 147(3), 157-168.
- Naciones Unidas (2004). *Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: penalización y aplicación de la ley y cooperación internacional*. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Nueva York.
- Ndikumana, L. (2006). *Corruption and Pro-Poor Growth Outcomes: Evidence and Lessons for African Countries*. Amherst: University of Massachusetts.
- Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery (2016). *Good Practices in Identifying the Victims of Corruption and Parameters for their Compensation*. Viena.
- Open Society (2019). *Legal Remedies for Grand Corruption, The role of civil society*. Nueva York.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) y The World Bank (2012). *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*. París.
- Piovesan, F., Dias Rodrigues, A., Alonso Olmos, E., Fernandes de Lima Lira, L. y Mesquita Nunes, T. (2018). La corrupción y los derechos humanos en Brasil. En C. Tablante y M. Morales Antoniazzi (eds.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos* (pp. 83-140). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Salcedo-Albarán, E., Garay-Salamanca, L.J., Macías, G., Velasco, G. y Pastor, C. (2019). *Lava Jato Perú*. Lima: Proética & Vortex Foundation.
- Salcedo-Albarán, E., Zuleta, M.M., De León, I. y Rubio, M. (2008). Feelings, Brain and Prevention of Corruption. *International Journal of Psychology Research*, 3(3), 173-190.

Stephenson, M. (2018). Standing Doctrine and Litigation: A Survey. En *Legal Remedies for Grand Corruption: The Role of Civil Society* (pp. 38-52). Nueva York: Open Society Foundations.

The World Bank y United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2015). *Public Wrongs, Private Actions Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets*. Washington D.C.

Ugur, M. y Dasgupta, N. (2011). *Evidence on the economic growth impacts of corruption in low-income countries and beyond: a systematic review*. Londres: EPPI-Centre, Social Science

Research Unit, Institute of Education, University of London.

United Nations Secretariat y Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery (2016). *Good Practices in Identifying the Victims of Corruption and Parameters for their Compensation*. Viena.

Vuuren, H.V. (2006). *Apartheid Grand Corruption: Assessing the Scale of Crimes of Profit in South Africa from 1976 to 1994*. Cape Town: Institute for Security Studies.

REPARACIÓN INTEGRAL DE DAÑOS CAUSADOS POR CORRUPCIÓN EN EL SECTOR SALUD DE COLOMBIA

FUNDACIÓN VORTEX

Luis Jorge Garay Salamanca

Director de proyecto

Eduardo Salcedo-Albarán

Sonia Vanegas Castellanos

Investigadores

INTRODUCCIÓN

Los efectos económicos, políticos, sociales e institucionales de la corrupción han sido ampliamente investigados y sustentados con evidencia empírica durante, al menos, las últimas dos décadas, desde los que se han considerado individuos, comunidades y la sociedad en conjunto (Ndikumana, 2006; Department of International Development y UK Aid, 2015). Aunque la corrupción puede ser benéfica para los agentes corruptores, hay evidencia empírica y consenso en que afecta a individuos, comunidades específicas o incluso a la sociedad en conjunto (Ndikumana, 2006; Department of International Development y UK Aid, 2015). En términos macroeconómicos, por ejemplo, se ha encontrado que el aumento de una unidad en el *índice de percepción de la corrupción* estaría asociado con una disminución de 0,07 % del producto interno bruto (PIB) en países de ingreso bajo, mientras que el efecto sería de 0,12 % para un conjunto de países de medio y alto ingreso (Ugur y Dasgupta, 2011). Adicionalmente, en países que se encuentran en proceso de consolidar su gobernanza, la corrupción tiende a generar mayores efectos negativos sobre el crecimiento económico (Department of International Development y UK Aid, 2015). Incluso si no observaran efectos negativos sobre el PIB, la corrupción contribuiría a adoptar modelos insostenibles de desarrollo (Aidt, 2009).

Por otra parte, también se han evidenciado efectos microeconómicos de la corrupción, por ejemplo, sobre el sector privado, en la medida en que se adoptarían esquemas ineficientes de producción (Department of International Development y UK Aid, 2015). Adicionalmente, se ha encontrado que el aumento de un punto en el *índice de percepción de la corrupción* podría reducir los flujos de inversión extranjera directa entre un 9 % y un 14 %, lo que afectaría el desarrollo de mercado interno (Alemu, 2012).

Sin embargo, los principales y más graves efectos sociales de la corrupción tienden a recaer sobre los sectores más empobrecidos (Department of International Development y UK Aid, 2015), situación que afecta los grados de desigualdad y pobreza (Gupta y Holmquist, 2012). De hecho, aunque no se acepte una relación causal directa entre corrupción y pobreza, se ha encontrado que “la corrupción tiene consecuencias directas en factores económicos y de gobernanza que producen pobreza” (Chetwynd, Chetwynd y Spector, 2003), entre ellas, su reconocido efecto negativo en el crecimiento económico. Cuando los sectores más pobres de la sociedad se ven compelidos a pagar sobornos, deben destinar una mayor proporción de sus ingresos que en el caso de las clases media y alta; de esta manera se constituye en un impuesto regresivo (Bhargava y Bolongaita, 2004; Chêne, Clench y Fagan, 2010). Otro de los impactos más perversos de la corrupción resulta de la desviación y usurpación de recursos públicos destinados para la prestación de servicios sociales como educación y salud a favor de los grupos poblacionales más desaventajados. También, países con alta corrupción registran mayor analfabetismo, menor desarrollo humano y mayores tasas de mortalidad; con el agravante de que “comparados con países con baja corrupción, los de alta corrupción tienen tasas de mortalidad que alcanzan el doble y un abandono de escuela primaria cinco veces más altas” (Ndikumana, 2006, p. 20).

En los países afectados por altos grados de corrupción, los gobiernos y los empresarios corruptos tienden a privilegiar la ejecución de obras de infraestructura y la realización de negocios militares en los que hay más oportunidades de soborno y de aumentar injustificadamente sobrecostos, debido a restricciones de transparencia por la existencia de información reservada por supuestas razones de seguridad nacional; así, se reducen las posibilidades de

inversión social directamente orientada a solucionar las carencias de los sectores sociales más empobrecidos (Ndikumana, 2006, p. 20), como el acceso equitativo a educación y salud de calidad (Gupta, Davoodi y Alonso-Terme, 1998). A su vez, a medida que la corrupción afecta negativamente el acceso a servicios públicos por parte de los sectores más pobres (Deininger y Mpuga, 2005), se daña la confianza y expectativa en las instituciones, agravando problemas de gobernanza y falta de confianza en la democracia e, incluso, en las instituciones políticas (Chetwynd, Chetwynd y Spector, 2003).

En general, hay consenso sobre una causalidad circular entre corrupción y falta de confianza en las instituciones. En cualquier caso, se argumenta que la baja confianza pública en las instituciones aumentaría la incidencia de prácticas de corrupción (Anderson y Tverdova, 2003; Cho y Kirwin, 2007), tanto real como percibida (Lavalley, Razafindrakoto y Roubaud, 2008).

También, los efectos sociales negativos que resultan de la incorrecta asignación de recursos, y de los obstáculos para el acceso a servicios públicos, afectarían diferencial y más gravemente a las mujeres, pues muchas de ellas son jefes de hogar monoparentales en grupos de bajos ingresos, que las hace usuarias de esos servicios para sus familias (Chêne, Clench y Fagan, 2010). De hecho, los sobornos pedidos a mujeres tienden a ser mayores que los exigidos a los hombres, o los pagos tienden a convertirse en favores sexuales desde temprana edad, en especial cuando las mujeres cuentan con menos recursos que los hombres, como suele suceder en economías débiles (Chêne, Clench y Fagan, 2010)¹.

Ahora bien, aunque en la literatura científica son comunes los análisis de los efectos en términos del agregado *social*, los análisis tanto individuales y como colectivos son escasos. El reconocimiento de

los efectos sociales negativos de la corrupción ha conducido a la necesidad de adoptar instrumentos multilaterales que armonicen la legislación de los países para prevenir y sancionar actos de corrupción. Sin embargo, aunque se reconocen dichos efectos negativos, o daños, los desarrollos legislativos e institucionales para repararlos son escasos, incipientes y disímiles entre sí. Esto quiere decir que en la actualidad no existe una metodología reconocida, validada o promovida multilateralmente para cuantificar los daños de la corrupción, y mucho menos para repararlos; solo se cuenta con experiencias aisladas que difícilmente pueden considerarse como sistemáticas o institucionalizadas en una jurisdicción. Además, esas escasas experiencias se concentran en la reparación de algunos daños sociales causados por actos de corrupción que por definición atentan contra el patrimonio público y, por tanto, contra derechos transindividuales garantizados con ese patrimonio.

Con frecuencia, no se reconstruye la verdad histórica ni los contextos de vulneración sistemática de derechos fundamentales como resultado de la corrupción.

Dado que los derechos sociales no son los únicos tutelados en un Estado, son insuficientes para configurar mecanismos, herramientas y procesos orientados a garantizar la reparación de daños sociales causados por actos de corrupción. Así, los principios de justicia restaurativa y anamnética para la restauración integral no aplicarían, al menos hasta ahora, a los actos de corrupción. Esto quiere decir que, con frecuencia, no se reconstruye la verdad histórica ni los contextos de vulneración sistemática de

¹ En la región de África occidental, por ejemplo, hay términos populares para referir “la compensación sexual que profesores esperan de estudiantes mujeres” (Chêne, Clench y Fagan, 2010, p. 4).

derechos fundamentales como resultado de la corrupción; por el contrario, esta reconstrucción se limita a la verdad judicial casuística y mutuamente segmentada entre casos (incluyendo investigaciones y sentencias condenatorias), lo que impide reconocer la sistematicidad y dinámica reticular en que se desarrollan actos complejos de corrupción y cooptación institucional. En esta medida, ante la reconstrucciones de la verdad judicial –no histórica ni social– que emerge de sentencias judiciales mutuamente segmentadas, sin conexidad alguna, las posibilidades de garantizar la no repetición de dichos actos son también reducidas. Como se verá en el caso aquí analizado, esa verdad judicial puede implicar una simplificación exagerada del reconocimiento de los daños, hasta el punto de eliminarlos como elemento relevante de la decisión judicial, incluso contándose en Colombia con el espacio judicial provisto, por ejemplo, por

el desarrollo de incidentes de reparación en el marco de procesos de macrovictimización.

De esta manera, el objetivo de esta tercera parte es proponer algunos principios teóricos y metodológicos para promover el objetivo de la reparación integral de daños causados por actos de corrupción en Colombia; es decir, la reparación de los daños individuales, colectivos y sociales.

Esta parte consta de cuatro secciones. Después de esta introducción, en la segunda sección se revisa literatura internacional y doméstica acerca de los efectos negativos de la corrupción sobre el funcionamiento de los sistemas de salud. En la tercera, se proponen y discuten los lineamientos que debería contemplar una reparación integral de los daños individuales, colectivos y sociales, derivados de corrupción en el sector salud. En la cuarta parte se discuten las conclusiones.

FORMAS Y COSTOS DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR SALUD

La Unión Europea identifica seis formas de corrupción que afectan el correcto funcionamiento del sector salud: i) soborno en la provisión de servicios médicos, ii) corrupción en el proceso de adquisiciones, iii) mercadeo inadecuado, iv) uso indebido de cargos de alto nivel, v) solicitudes injustificadas de reembolsos, y vi) fraude y malversación de medicamentos y dispositivos médicos. Además, según el Observatorio Europeo en Sistemas de Salud, la corrupción en este sector se clasifica en cuatro categorías: i) sobornos a funcionarios públicos para garantizar servicios que deben proveerse sin pago, para garantizar servicios de mayor calidad o para eludir tiempos de espera o procesos de licitación; ii) robo de suministros médicos, uso de recursos públicos como equipos, suministros y tiempo para atención privada, y desviación de dinero público a gran escala; iii) corrupción política y burocrática mediante

decisiones tomadas por razones financieras o por motivos políticos, y iv) desinformación a los pacientes para obtener ganancia privada, fraude colusorio o confabulación entre pacientes y médicos para engañar a otro agente², prescripciones falsas y reclamos falsos a las aseguradoras (Enzor y Durán-Moreno, 2002).

En lo relacionado con la corrupción que afecta la prestación de servicios de salud, Transparencia Internacional (2019) identifica seis formas:

1. Ausentismo de empleados públicos.
2. Pagos informales de pacientes por servicios.
3. Malversación y robo de dinero, medicinas y equipo y suministros médicos.

² Comúnmente se trata de confabulaciones para engañar a entidades del Estado.

4. Prestación de procedimientos innecesarios y con sobrecargos, prestación de servicios con cobertura y calidad inferior, y reclamos de reembolsos por tratamientos falsos³.
5. Favoritismo o trato preferencial a pacientes.
6. Manipulación de resultados médicos, manipulación de facturas fraudulentas por bienes o servicios, creación de pacientes *fantasma*, o reembolsos de tratamientos más costosos que los que se proveen.

En Colombia, por su parte, según el Superintendente de Salud, Fabio Aristizábal, el desvío de recursos del sector salud sucede mediante acuerdos, operaciones y esquemas sofisticados entre los actores que participan en el sistema (Revista Semana, 2019). Según la Superintendencia, se han identificado más de cuarenta modalidades para desviar recursos del sector salud, entre las que destacan:

1. Transferencias de EPS a IPS por montos superiores a los causados⁴.
2. Facturación de servicios a pacientes fantasma⁵ por servicios inexistentes⁶.
3. Pagos o giros indebidos a particulares.
4. Desvío de recursos para patrocinar concursos de belleza o equipos de fútbol.

De manera similar, el procurador General de la Nación, Fernando Carrillo Flórez, denunció en 2019 que los recursos de la salud son utilizados

para financiar campañas y partidos políticos, en los cerca de siete *carteles* que se han descubierto en el sector de la salud, como el de la Hemofilia, el del síndrome de Down, el de VIH/sida, y el de las cajas dentales, entre otros (Procuraduría General de la Nación, 2019b).

Como es de esperarse, estas formas de corrupción tienen efectos negativos en el funcionamiento de los sistemas de salud en cada país y, por tanto, en la calidad y eficiencia de los servicios prestados para garantizar el bienestar de los usuarios. Por ejemplo, en el marco de la agenda de cobertura universal de salud, la Organización Mundial de la Salud ha reiterado en varias oportunidades el impacto que la corrupción tiene en el sector salud, ocasionando pérdidas significativas de recursos públicos, con costos elevados en términos de vidas perdidas y recursos malgastados que limitan la capacidad de los Estados para adoptar los enfoques adecuados y transformar los sistemas de salud (World Health Organization, 2019).

A pesar de los esfuerzos en varios países, el sector salud continúa siendo particularmente vulnerable a la corrupción.

De hecho, se ha señalado que “la corrupción en el sector salud causa pérdidas de más de 500 billones cada año, más de lo que costaría proveer cobertura de salud universal en todo el mundo” (Transparency International, 2019, p. 1). En este sentido, Gee y Button (2015), en una investigación

3 En casos extremos, los médicos pueden cobrar a los pacientes por cirugías innecesarias o falsas, placebos vendidos como medicamentos, o pruebas de diagnóstico no realizadas.

4 Ejemplo de este caso se detectó en el departamento de Córdoba, donde un hospital facturó COP 1200 millones a una EPS, cuando el promedio mensual era de COP 149 millones (Revista Semana, 2019).

5 Pacientes muertos, que no existen, o identificados con cédulas falsas para cobrar por atenciones que también son inexistentes (Revista Semana, 2019).

6 Como sucedió con los carteles de la hemofilia, el sida o de los pañales (Revista Semana, 2019).

sobre el costo financiero del fraude en el sector salud, estiman que la tasa global de pérdida por fraude en este sector equivale a 6,19 % del gasto total en salud, en el mundo. Para dimensionar la magnitud de esta pérdida, los autores señalan que este porcentaje equivaldría a i) tres veces el presupuesto de GBP 109,7 billones del Sistema Nacional de Salud del Reino Unido para el periodo 2013-2014; ii) más de dos veces el gasto en salud de Canadá para 2013; iii) casi 15 veces el gasto en salud de Sudáfrica en 2011; iii) aproximadamente una sexta parte del gasto total de Estados Unidos para 2013, o iv) una cuarta parte del gasto total en salud de los países de la Unión Europea para el mismo periodo. Adicionalmente, se estima que si las entidades de salud redujeran estas pérdidas en 40 %, cifra que ya algunas de estas han logrado, se aprovecharían más de GBP 120 billones que tendrían un impacto significativo en términos de mayor cobertura o mejora en la provisión de servicios (Gee y Button, 2015).

Acerca de la cuantificación de la corrupción en el sector salud por países, en el Reino Unido se ha estimado que GBP 115 millones corresponden solamente a crímenes relacionados con falsas prescripciones, aproximadamente 0,2 % del presupuesto general (Ensor y Durán-Moreno, 2002). Por su parte, en Estados Unidos, se considera que se pierden USD 60 billones cada año por corrupción, lo que equivale aproximadamente a 3 % del gasto anual total de salud en Estados Unidos. En la Unión Europea, la corrupción en el sector salud afecta EUR 50 billones cada año, y en Camboya a más del 5 % del presupuesto de salud debido a corrupción en el orden central del Gobierno (Rispel, De Jager y Fonn, 2016).

A su vez, en África, el Fondo Global para la Lucha contra el VIH, la Tuberculosis y la Malaria ha

reportado que la corrupción en el sector salud en Mali, Mauritania, Djibouti y Zambia genera unos USD 34 millones en recursos faltantes, lo que corresponde aproximadamente a 1 % del portafolio total de donaciones del Fondo (Mackey, Kohler, Lewis y Vian, 2017). También, y a pesar de las medidas anticorrupción adoptadas por el Fondo, se han descubierto, por ejemplo: USD 9 millones en fraude en Burkina Faso y USD 3 millones perdidos en Nigeria. En general, se estiman USD 104 millones en gastos que no cumplen con el propósito para el que fueron asignados entre 2008 y 2016, correspondientes a 13 investigaciones en 32 países diferentes (Mackey, Kohler, Lewis y Vian, 2017). En Sudáfrica, por su parte, se encontró que aproximadamente el 6,3 % del gasto en las provincias fue clasificado como gasto irregular⁷ para el periodo fiscal 2012-2013 (Rispel, De Jager y Fonn, 2016).

A pesar de los esfuerzos anticorrupción en varios países, el sector salud continúa siendo particularmente vulnerable a la corrupción (European Commission, 2017). Según el Instituto de Evaluación y Métrica en Salud, el crecimiento global de la financiación en salud, la proliferación de fuentes de financiación e implementadores de dichos fondos han creado vulnerabilidades particulares en países con sistemas débiles de gobernanza e instituciones frágiles (Mackey, Kohler, Lewis y Vian, 2017).

Entre las particularidades que hacen vulnerable al sector salud se destacan i) la combinación de proveedores de salud públicos y privados, y una elevada cantidad y categorías de personas involucradas, como pacientes, proveedores, aseguradoras, administradores y formuladores de política; ii) la naturaleza globalizada de la cadena de suministro de los productos de la salud, lo que incrementa la cantidad de puntos en el sistema que son susceptibles a corrupción; iii) las altas sumas de gasto público y

7 El gasto irregular se define como el gasto que no cumple con las reglas y regulaciones, que puede implicar, aunque no necesariamente, actividades corruptas.

privado involucradas⁸, y iv) la asimetría en la información entre los distintos agentes del sistema, que impacta negativamente la toma de decisiones en el sector (Mackey, Vian y Kohlerc, 2018).

Al afectar múltiples dimensiones de la salud a nivel global, la corrupción incluso se traduce en reducción de la capacidad de repuesta a pandemias. Por ejemplo, durante el brote del virus del Ébola en Liberia y Sierra Leona en 2014, se registraron irregularidades como corrupción en la compra de suministros médicos, solicitud de reembolsos de trabajadores *fantasma*⁹, y desembolsos efectuados sin ningún tipo de documentación como soporte (Mackey, Kohler, Lewis y Vian, 2017). Según Transparency International (2019), a menos que se frenen las formas más dañinas de corrupción en este sector, es poco probable alcanzar cobertura universal de salud; de hecho, se estima que por la corrupción aproximadamente 140 000 niños mueren al año, se aumenta la resistencia global a los antimicrobianos y se dificulta la lucha contra el VIH/sida y otras enfermedades virales que se agravan por el mal funcionamiento de los sistemas de salud.

Con respecto a los efectos en el sistema de salud colombiano, Ortiz-Benavides (2012) desarrolla un modelo econométrico para evaluar el impacto sobre la cobertura y calidad en los servicios de educación y salud, usando como variables la tasa de mortalidad infantil, la cobertura general de vacunación, la cobertura neta de educación secundaria y los resultados de la Prueba Saber. Según el autor, la corrupción afecta en mayor medida la calidad antes que la cobertura en la prestación de servicios como salud y educación. Específicamente, en el sector salud se estima que el 5 % de municipios con mayores grados de corrupción en Colombia tienen una tasa de mortalidad infantil 2 veces mayor y una cobertura en vacunación 1,1 veces menor

que el 5 % de municipios con menores niveles de corrupción, de manera que “por cada punto que incrementa la corrupción en el país, medida por el ITM¹⁰, 400 niños (nacidos vivos) aproximadamente morirían anualmente antes de cumplir su primer año de edad” (p. 30).

Según el tercer informe del observatorio Monitor Ciudadano de la Corrupción, que recopila hechos de corrupción reportados y sancionados entre enero de 2016 y julio de 2018, mediante consulta y análisis de fuentes de prensa nacional y regional, 56 % de los hechos de corrupción registrados por los medios de comunicación afectaron los sectores de educación, infraestructura y transporte, salud y función pública (Transparencia por Colombia, 2019). En el reporte se señala también que, según los presupuestos generales de la Nación, entre 2016 y 2018 los sectores en los que se invirtieron más recursos fueron salud y educación, motivo por el que se registran riesgos elevados de corrupción en estos sectores (Transparencia por Colombia, 2019). De hecho, según el Ministerio de Salud, del Presupuesto General de la Nación se asignaron COP 24,6 billones para el sector salud en 2018 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018), y COP 32,3 billones en 2019 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2019).

Considerando que los sectores en los que más se registraron hechos de corrupción son aquellos en los que se asignan más recursos del Presupuesto General de la Nación, según el proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación para 2020, los sectores con las mayores asignaciones serán educación, con COP 43,1 billones; trabajo, con COP 31,5 billones; y salud y protección social, con COP 31,8 billones (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2019). En esta medida, serán indispensables medidas estructurales para enfrentar y mitigar los

8 Incluidos altos costos de administración e incremento de la asistencia internacional para el desarrollo en programas de salud.

9 Trabajadores o personal que falsificaron identidades para recibir compensación o pagos adicionales.

10 *Índice de transparencia municipal*.

futuros riesgos de corrupción en los sectores con mayores asignaciones presupuestales.

Transparencia por Colombia (2019), en su reporte de Monitor Ciudadano¹¹, también analiza los montos de dinero involucrados en los 207 hechos de corrupción que contaban con esta información por sector y departamento en 2018. En este sentido, se destaca que en el sector salud, el total de los hechos registrados comprometió COP 3,2 billones de recursos, y que los departamentos con mayor porcentaje de hechos de corrupción registrados en salud fueron Sucre y Córdoba, con 14 % cada uno, y Valle del Cauca, con 11 %, hallazgo que se refleja en casos de corrupción como el que aquí se analiza.

En términos de los grupos de derechos vulnerados por la corrupción, Transparencia por Colombia (2019) señala que 59 % de los hechos registrados afectan derechos sociales, económicos y culturales, como educación (28 %) y salud (23 %). Ahora bien, en la afectación de grupos de derechos por región, resaltan los siguientes hallazgos:

1. En la región Caribe, 41 % de los hechos registrados afectan derechos sociales, económicos y culturales que incluyen salud y educación; 29 % afectan derechos colectivos y de medio ambiente, y 26 % derechos fundamentales, civiles y políticos.
2. En la región Centro Oriente, 28 % de los hechos registrados afectan derechos sociales, económicos y culturales que incluyen salud y educación; 38 % afectan derechos fundamentales, civiles y políticos, y 14 %, derechos colectivos y de medio ambiente.

3. En la región Pacífica, 13 % de los hechos registrados afectan derechos sociales, económicos y culturales que incluyen salud y educación, y 13 % derechos fundamentales, civiles y políticos.

En términos de la cuantificación oficial de los efectos o costos de la corrupción en el sector salud en Colombia, la Fiscalía General de la Nación anunció en febrero de 2018 que los desfalcos en el sector ascendían a un billón de pesos en todo el país (RCN Radio, 2019). Luego, en agosto de 2018 esta información fue ratificada por el procurador General de la Nación, quien a partir de cifras de la Comisión Nacional de Moralización y la Fiscalía General de la Nación, cuantificó también en un billón de pesos el valor de la corrupción en el sistema de salud, a lo largo de 2018 (El Heraldó, 2019). Teniendo en cuenta que el monto asignado al sector salud en 2018 fue de COP 24,6 billones (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018), y según lo estimado por la Fiscalía y la Procuraduría, los costos de la corrupción en el sistema de salud estimados equivaldrían al 4,16 % del Presupuesto General de la Nación asignado al sector salud.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos institucionales y de las acciones de los organismos de control en Colombia, se requiere mayor análisis para cuantificar de manera fidedigna la afectación social, colectiva y potencialmente individual de la corrupción en el sector, integrando más información institucional. Por ejemplo, en entrevista de diciembre de 2018, el ministro de Salud, Juan Pablo Uribe, señaló que aunque se sabe que la corrupción ha impactado gravemente el sistema de salud, no estaba en capacidad de

¹¹ El reporte de Monitor Ciudadano (Transparencia por Colombia, 2019) analiza los hechos de corrupción según la siguiente clasificación de derechos: a) económicos, sociales y culturales: incluyen el acceso a la educación, a la salud, a la vivienda digna, al agua potable y servicios públicos de calidad, al deporte y a la cultura, principalmente; b) fundamentales, civiles y políticos: incluyen el derecho a la vida, a la igualdad, la seguridad, la libertad de expresión, de culto, de acceso a la propiedad privada, de asociación y movilización, de acceso a la justicia y de derechos de participación en la vida civil y política del Estado; c) colectivos y del medio ambiente, que incluyen el uso adecuado de los recursos naturales.

dimensionar la cuantía o dimensión de dicha afectación (La Opinión, 2018). Sin embargo, la dificultad para medir o cuantificar la corrupción no es exclusiva de Colombia, pues se ha reconocido que la misma naturaleza de este fenómeno

hace que sea difícil cuantificar sus efectos, de manera que se recurre usualmente a encuestas de percepción pública porque no aplican sistemas formales de medición de corrupción (Rispel, De Jager y Fonn, 2016).

REPARACIÓN INTEGRAL DE DAÑOS CAUSADOS POR LA PRIVACIÓN DE TRATAMIENTOS A PACIENTES

Según la Ley 1448 de 2011, o Ley de Víctimas, la reparación integral comprende medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Esta reparación tiene el objetivo fundamental de retornar a la víctima al estado en que se encontraba antes del hecho que originó la condición objeto de la reparación. Sin embargo, el reconocimiento del estatus de víctima depende de un daño *cualificado* restringido a “infracciones al DIH o violaciones a los derechos humanos, con ocasión del conflicto armado interno” (Procuraduría General de la Nación y Transparencia por Colombia, 2019).

Adicionalmente, como es común, el ordenamiento jurídico colombiano contempla la reparación de los daños que se derivan de hecho jurídico, esto es, el daño antijurídico, interpretado como aquel que no debe “ser soportado por la víctima” (Procuraduría General de la Nación y Transparencia por Colombia, 2019). Esto quiere decir que el Estado colombiano cuenta con herramientas jurídicas, y con los respectivos arreglos institucionales, para garantizar la reparación integral frente a la vulneración sistemática de derechos fundamentales. Sin embargo, dichas consideraciones jurídicas no contemplan reparación específicamente orientada a daños causados por actos de corrupción, de manera que sería necesario que estos daños sean revestidos con un carácter de antijuridicidad para que sea

debidamente reparado (Procuraduría General de la Nación y Transparencia por Colombia, 2019). Teniendo en cuenta esto, a continuación se analizan los elementos de dicha reparación, en torno a daños causados por la no prestación de tratamientos como resultado de actos de corrupción en servicios de salud.

Reparación de daños causados por la incorrecta prestación de servicios de salud

Se ha señalado que la reparación integral de daños causados en el marco del funcionamiento del sector salud, no exclusivamente asociados a corrupción, debe contemplar los siguientes elementos: i) atender con servicios de salud a la víctima para rehabilitarla, y para superar las enfermedades, lesiones o efectos psicológicos para resarcir los daños físicos y morales ocasionados; ii) reparar económicamente para indemnizar a la víctima por el daño material causado, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, y iii) adoptar medidas simbólicas para concientizar a la población, transformar la estructura, administración y los procesos del ente que ocasionó el agravio, para garantizar la no repetición de la violación (Mejía, 2011).

Según Mejía Escobar (2011), tras analizar marcos de reparación integral a violaciones del derecho a la salud, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones, en cada forma de reparación:

1. *Atención en salud.* Se trata de medidas de rehabilitación de las víctimas para ayudar a superar las enfermedades, los efectos en la salud, el deterioro en las condiciones de vida, la tensión y el estrés causado por las violaciones al derecho afectado. Las medidas se pueden dar en forma de servicios públicos de salud, servicios privados especializados, servicios con organizaciones no gubernamentales (ONG), reembolso de gastos médicos o compensaciones económicas para pagos de atención en salud.

Complementariamente, Mejía Escobar (2011) destaca la importancia de adecuar los planes de atención para otorgar la cobertura, las prestaciones y la dotación necesarias para grupos o colectivos, porque en dichos casos puede requerirse un programa estructural para atender la reparación, a diferencia de las reparaciones individuales. En este sentido, la atención en salud debe considerar las dimensiones individuales y colectivas.

Hay medidas individuales simbólicas orientadas a reconocer la dignidad de la víctima y a configurar una sanción moral hacia los perpetradores.

2. *Reparación material.* Implica la indemnización por daños materiales e inmateriales sufridos, es decir, por la pérdida o por detrimento de los ingresos de la víctima, y sus familiares. Así como se contempla en la reparación de daños sociales, Mejía Escobar (2011) subdivide la reparación material individual y colectiva en daño emergente y lucro cesante, entendidos como las pérdidas económicas y las ganancias que se han dejado de percibir desde el momento del daño. Reitera que este tipo de reparación debe acompañarse de i) mejoras en las condiciones de vida de la víctima y aumento de la seguridad para el futuro; ii) solución de problemas graves de salud; iii) reconocimiento de la responsabilidad del Estado; iv)

reconstrucción del proyecto de vida del afectado; v) investigación y enjuiciamiento de quienes incurrieron en la violación del derecho afectado, y vi) identificación de las situaciones de riesgo que puede generar la misma reparación.

Reparación del daño moral. Se refiere a los daños a los sentimientos y las afectaciones sobre la víctima y sus allegados, al menoscabo de los valores o a las alteraciones en las condiciones de vida de la víctima o su familia. Las medidas pueden incluir entrega de bienes o servicios apreciados por la víctima o su familia, incluso de manera simbólica, así como actos u obras de repercusión o reconocimiento público, siempre que ello no implique sentimientos de revictimización para el afectado.

4. *Restitución, satisfacción y garantía de no repetición.* Implica medidas para restablecer la dignidad de las víctimas, para asegurar la preservación de la memoria histórica, y para así garantizar la no repetición de los hechos victimizantes. Esta restitución incluye también medidas para i) esclarecer la verdad de los hechos, ii) publicar sentencias en diarios de circulación nacional, iii) expresar disculpas públicas por parte del Estado, iv) construir monumentos o muestras simbólicas con impacto social y colectivo, o v) para brindar tratamiento médico y psicológico gratuito a los colectivos e individuos afectados.

Hay también medidas individuales simbólicas que deben ser consideradas, orientadas a reconocer la dignidad de la víctima y a configurar una sanción moral hacia los perpetradores. Estas medidas incluyen, por ejemplo, i) cartas personales con disculpa, ii) referir informes de comisiones de la verdad, o iii) acciones colectivas simbólicas como celebración de actos de conmemoración, establecimiento de museos, nombramiento de calles o lugares donde ocurrieron los hechos victimizantes, y de otros lugares públicos.

Reparación integral a pacientes víctimas de corrupción

A partir de estos elementos, se proponen las siguientes reparaciones:

1. *De carácter individual, proveer servicios de salud oportunos y de calidad para i) garantizar la adecuada rehabilitación de cada paciente víctima, cuando la rehabilitación sea posible, y ii) tratar de manera eficiente las enfermedades, lesiones y efectos secundarios de carácter físico, psicológico o moral, resultantes de no haber proporcionar el tratamiento legal y esperado, requerido para atender la enfermedad originaria.*

i. La evaluación pecuniaria de una adecuada rehabilitación, cuando sea posible, consistiría en pagar el costo de la estricta aplicación del tratamiento que se dejó de prestar para atender la enfermedad originaria durante el tiempo necesario para cumplir con el protocolo de atención especializada.

La valoración pecuniaria del tratamiento eficiente de enfermedades y efectos secundarios derivados de haber privado de la debida atención oportuna y de calidad, según los protocolos de atención especializados. Esta valoración residiría en los costos de atención requeridos para superar o paliar las enfermedades y efectos secundarios, durante el periodo de tiempo que sea necesario y recomendable.

ii. Los costos pecuniarios i) y ii) han de ser expresados en valor presente, tomando en consideración la distribución de probabilidades tanto de duración de vida de cada paciente como de ocurrencia y duración de cada eventual enfermedad secundarias, según la edad actual y el estado de avance de las condiciones o enfermedades generadas, para así contabilizar la totalidad del costo pecuniario

(en pesos corrientes actuales) de la *reparación en atención en salud* para cada paciente individual afectado.

2. *De carácter individual, reparar económicamente para indemnizar el daño pecuniario causado al paciente víctima y a su familia, en términos del daño emergente y el lucro cesante de los ingresos dejados de percibir por razones de la enfermedad originaria y de las enfermedades o efectos secundarios causados por la no atención legalmente requerida de la enfermedad originaria. En la medida en que el avance de la enfermedad originaria y de las secundarias sea tal que incapacite parcial o totalmente al paciente y le impida el desarrollo normal de sus actividades, dejará de recibir parte o todos los ingresos previsible según su edad, nivel de educación, destrezas y experiencia laboral durante el periodo de incapacidad.*

En la medida en que el nivel de incapacidad sea tan avanzado que requiera una atención personalizada de tiempo parcial o completo, algún familiar tendría que dedicarse a desempeñar esa labor de cuidado, por lo que renunciaría a parte o a todos sus ingresos previsible durante el periodo de incapacidad, o bien, en su desmedro, se tendría que contratar a una tercera persona para realizar las labores de cuidado con el pago de un determinado salario como remuneración, a cargo del paciente o de su familia.

Entonces, la valoración pecuniaria de la reparación económica debería ser expresada en valor presente, tomando en consideración: i) el flujo de ingresos previsible del paciente víctima y de algún miembro del hogar responsable de su cuidado, o en su desmedro, de los salarios que se pagarían a una tercera persona para el cuidado del paciente afectado, y ii) la distribución de probabilidades tanto de duración de vida de cada paciente como de ocurrencia y duración de cada una de las eventuales

enfermedades secundarias, según su edad actual y el estado de avance de las enfermedades, para así contabilizar la totalidad del costo pecuniario (en pesos corrientes presentes) de la *reparación económica por concepto de daños pecuniarios* infligidos a cada paciente individual afectado y su familia.

3. *De carácter individual, reparación transformadora de las condiciones y proyectos de vida* del paciente víctima de una falta o una inadecuada atención legalmente requerida para su enfermedad originaria, consecuente con ir más allá de la *reparación económica de los daños económicos directos* mediante un mejoramiento en las condiciones de vida de la víctima y su familia, buscando una mayor seguridad en su atención social por parte del Estado o una prestadora privada de salud, según el caso, y una consolidación del proyecto de vida para su familia.

Esta es una visión comprehensiva de reparación integral de daños para el caso de víctimas en condiciones de manifiesta vulnerabilidad con anterioridad del hecho victimizante. El estado de vulnerabilidad de la víctima se agrava aún más por la victimización, consecuente con su progresiva pauperización no solo económica, sino social y ciudadana, dada la posterior y consecuente disminución del ejercicio de los derechos civiles. En estas circunstancias, la reparación transformadora busca garantizar una situación vital posreparación *más allá de una de vulnerabilidad extrema de la víctima, por ejemplo.*

El costo pecuniario de la reparación transformadora en valor presente es el costo necesario (en pesos corrientes actuales) para asegurar un ingreso mínimo vital que garantice una situación posreparación de menor vulnerabilidad que la de previctimización, en el caso de pacientes víctimas de elevada vulnerabilidad socioeconómica.

4. *De carácter colectivo, reparación patrimonial y simbólica de los daños morales* causados a los pacientes víctimas y sus familias por la no atención legalmente requerida de su enfermedad originaria. En términos patrimoniales, se puede financiar programas y medidas de reestructuración al sistema de salud para aumentar el conocimiento y mejorar la atención del colectivo de pacientes víctimas. Por su parte, la reparación extrapatrimonial puede consistir en el desarrollo de una justicia anamnética con la reconstrucción de una memoria acerca de los hechos victimizantes (Garay y Vargas, 2016), de sus responsables y de los terceros beneficiarios de las conductas ilícitas, en este caso, del desvío y apropiación de recursos públicos destinados a proveer tratamientos, como resultado de corrupción. Esta reconstrucción de hechos debería incluir las fallas alrededor de la gestión de servicios públicos de salud según los pacientes víctimas de la inatención legalmente requerida, las acciones ilegales victimizantes de las instituciones involucradas por acción, omisión o indebida diligencia para prevenir, corregir y encauzar la gestión pública en el sector salud.

Esta memoria no es solo una forma de reparación simbólica en el marco de una concepción sobre las injusticias cometidas que deben ser reparadas integralmente –justicia anamnética–, sino que se trata de un mecanismo idóneo para velar por las garantías de no repetición, fiscalización de la gestión pública y concienciación ciudadana.

5. *De carácter social, reparación de los recursos públicos* destinados a la prestación de servicios de salud para la atención de pacientes de una determinada enfermedad cubierta en los planes de salud que fueron desviados y apropiados ilícitamente por parte de agentes públicos y privados, impidiendo la oportuna atención requerida de pacientes

con la enfermedad de referencia. En este caso, la evaluación pecuniaria del daño causado por la desviación de recursos públicos equivale al valor presente del monto de los recursos apropiados ilícitamente por agentes públicos y privados para la oportuna atención requerida de la enfermedad originaria.

Ahora bien, considerando la amplia evidencia empírica que soporta la diagnosis y prognosis de cada enfermedad, deben considerarse los siguientes factores cuantificadores en el orden individual:

- La variación (Δdm) que expresa el factor de aumento del daño irreversible en la calidad funcional del paciente como resultado de posibles complicaciones o disminuciones de facultades motrices o mentales, por ejemplo, y por tanto en la capacidad funcional del individuo en todos los aspectos de su vida.
- La variación (Δrh) que expresa el factor de aumento del riesgo de complicaciones y dolencias que comprometen cualquier sistema vital del paciente.
- Tanto Δdm como Δrh se definen individualmente según el nivel de gravedad de la enfermedad del paciente que dejó de recibir el tratamiento. En esta medida, el paciente puede demandar la reparación patrimonial y extrapatrimonial de los daños específicos causados, proporcionales a Δdi y Δrh .

Por otra parte, debe también considerarse como factor cuantificador el tamaño del colectivo de pacientes que ha resultado potencialmente *dañado* por no recibir el debido tratamiento. Dicho colectivo TC , cuyo tamaño equivale a la proporción de pacientes que no recibieron tratamiento con respecto al tamaño de la cantidad total de potenciales pacientes registrados o estimados en el departamento donde sucedieron los

hechos victimizantes, podría congregarse en una asociación departamental, en caso de que no exista, para exigir las reparaciones patrimoniales y extrapatrimoniales de los respectivos daños causados. TC es entonces un factor multiplicador de la reparación colectiva:

$$TamC = PvHA/PHA$$

$PvHA$ = Cantidad de pacientes de HA víctimas

PHA = Cantidad total estimada de Pacientes de HA.

Debe también considerarse como factor cuantificador el tamaño del colectivo de pacientes que ha resultado potencialmente dañado por no recibir el debido tratamiento.

Por último, el componente patrimonial del daño social es tal vez el más evidente, dada la posibilidad de cuantificar el presupuesto público afectado, que estaba inicialmente destinado a proporcionar los tratamientos que no fueron prestados. En esta medida, el sujeto afectado es la sociedad colombiana en conjunto, por la vulneración de los derechos transindividuales y abstractos de sus ciudadanos, por lo que el Estado colombiano, que puede ser representado por un apoderado de la Contraloría General de la República o del departamento cuyo presupuesto fue afectado por los hechos de corrupción, puede demandar las reparaciones patrimoniales y extrapatrimoniales de los daños causados en términos del daño emergente y el lucro cesante actualizado por factores cuantificadores como la tasa de interés interbancaria, previamente utilizada en análisis de reparación del daño social.

Los elementos de reparación y sus respectivos factores cuantificadores pueden expresarse como se indica en la tabla 1, según su correspondiente matriz de reparación integral:

TABLA 1. MATRIZ DE REPARACIÓN INTEGRAL

	Reparación individual (Ri)	Reparación colectiva (Rc)	Reparación social (Rs)
Patrimonial	RiP	RcP	RsP
Extrapatrimonial	RiExp	RcExp	RsExp

Reparación integral = [*Reparación individual (Patrimonial + Extrapatrimonial)*]+[*Reparación colectiva (Patrimonial + Extrapatrimonial)*]+[*Reparación social (Patrimonial + Extrapatrimonial)*]

Considerando que:

Ri = reparación individual.

Rc = reparación colectiva.

Rs = reparación social.

P = patrimonial.

Exp = extrapatrimonial.

$$\text{Reparación integral} = [Ri (P + Exp)] + [Rc (P + Exp)] + [Rs (P + Exp)]$$

$$\text{Reparación integral} = [RiP + RiExp] + [RcP + RcExp] + [RsP + RsExp]$$

En este sentido, considerando los siguientes elementos de daño individual:

Ceo = costo rehabilitación por inatención a enfermedad originaria.

Ces = costo rehabilitación y atención de enfermedad y efectos secundarios derivados de inatención de enfermedad originaria.

DiEmLc = daño individual emergente + lucro cesante actualizado, de los ingresos dejados de percibir por razones de la enfermedad originaria no atendida y de la enfermedad y efectos secundarios derivados por la inatención inicial.

Rt = reparación transformadora ante condiciones iniciales o previas de vulnerabilidad.

Δdm = incremento del daño irreversible en la calidad motriz funcional del paciente como resultado de complicaciones secundarias.

Δrh = incremento del riesgo de complicaciones en cualquier sistema vital del paciente.

Entonces, la reparación individual patrimonial (RiP) debería incluir, como mínimo, los siguientes elementos:

$$RiP = \text{Reparación individual patrimonial} = [CEo + CEs + DiEmLc + Rt] * (1 + Ddm) * (1 + Drh)$$

En lo cual, también debe considerarse que:

$$DiEmLc = \text{Valor actual daño individual emergente} + \text{Valor actual lucro cesante individual}$$

$$\text{Valor actual daño individual emergente} = \text{Valor nominal daño individual emergente}$$

* Factor índice de precios al consumidor

Valor actual daño individual emergente = Valor nominal daño individual emergente
 * Factor por índice de precios al consumidor

Valor actual daño individual emergente = Valor nominal daño individual emergente

$$* \prod_{(n=t0)}^{t1} (1+IPC_n)$$

Por otra parte, considerando los siguientes elementos de daño colectivo:

Cit = costo de proyectos de investigación para aumentar conocimiento acerca de la enfermedad originaria.

Coa = costo de reestructurar y optimizar del sistema de atención a pacientes de la enfermedad originaria.

PvHA = cantidad de pacientes víctima.

PHA = cantidad total estimada de pacientes en el departamento donde sucedieron los hechos victimizantes.

$$TamC = PvHA/PHA$$

Entonces, la reparación colectiva patrimonial podría expresarse así:

$$RcP = \text{Reparación colectiva patrimonial} = [(Cit+Coa)*(1+(PvHA/PHA))]$$

Por último, considerando los siguientes elementos de daño social:

CbServMedic: costo bruto del contrato de prestación de servicios de asistencia o medicamentos, incluyendo los aditivos.

CaServMedic: costo actuarial, o costo del contrato de prestación de servicios de asistencia o medicamentos, efectiva y realmente prestados.

Tibe_n: tasa anual de interés interbancario de equilibrio o su equivalente.

Ti_n: tasa anual inflación observada en la economía colombiana en el año *n*.

i: tasa anual interbancaria promedio de la economía colombiana en el año *n*.

t0: periodo inicial del año según el caso específico.

t1: periodo final del año según el caso específico.

Entonces, la reparación patrimonial del daño social debe contemplar:

$$RsP = \text{Reparación social patrimonial} = \text{Valor actual daño social emergente} + \text{Valor actual lucro cesante social}$$

$$RsP = \text{Reparación social patrimonial} = VaDSE + VaLCS$$

En lo cual, el valor actual del daño social emergente se define así:

Valor actual daño social emergente = VaDSE = valor nominal daño social emergente * Factor tasa de inflación

$$VaDSE = (CaServMedic - CbServMedic) * \text{Factor por tasa de inflación}$$

$$VaDSE = (CbServMedic - CaServMedic) * \prod_{(n=t0)}^{t1} (1+Ti_n)$$

Mientras que el valor actual del lucro cesante social se define así:

$$\text{Valor actual lucro cesante social} = \text{VaLCS} = \text{Daño emergente nominal} * \text{Factor tasa de inflación} * \text{Factor tasa interbancaria}^{12}$$

$$\text{VaLCS} = [(\text{CbServMedic}-\text{CaServMedic}) * \prod_{n=t_0}^{t_1} (1+T_{i_n})] * \prod_{n=t_0}^{t_1} (1+\overline{T_{i_{e_n}}})$$

Así, una vez definidos el valor actual del daño social emergente y el valor actual del lucro cesante social, la reparación patrimonial social se expresa de la siguiente manera:

$$\text{RsP} = \text{Reparación social patrimonial} = \text{Valor actual daño social emergente} + \text{Valor actual lucro cesante social}$$

$$\text{RsP} = \text{VaDSE} + \text{VaLCS}$$

$$\text{RsP} = \{(\text{CbServMedic}-\text{CaServMedic}) * \prod_{n=t_0}^{t_1} (1+T_{i_n})\}$$

$$+ \{[(\text{CbServMedic}-\text{CaServMedic}) * \prod_{n=t_0}^{t_1} (1+T_{i_n})] * \prod_{n=t_0}^{t_1} (1+\overline{T_{i_{e_n}}})\}$$

De esta manera, una vez definidos los elementos y expresiones de la reparación patrimonial en el orden individual, colectivo y social, de los daños causados a pacientes por la no provisión de tratamientos como resultado de la corrupción, la reparación patrimonial integral se expresa así:

$$\text{Reparación patrimonial de pacientes} = \text{Rp} = \text{RiP} + \text{RcP} + \text{RsP}$$

$$\text{Rp} = [(\text{CEo} + \text{CEs} + \text{DiEmLc} + \text{Rt}) * (1 + \Delta \text{dm}) * (1 + \Delta \text{rh})] + [(\text{Cit} + \text{Coa}) * (1 + (\text{PvHA}/\text{PHA}))]$$

$$+ \{(\text{CbServMedic}-\text{CaServMedic}) * \prod_{n=t_0}^{t_1} (1+T_{i_n})\}$$

$$+ \{[(\text{CbServMedic}-\text{CaServMedic}) * \prod_{n=t_0}^{t_1} (1+T_{i_n})] * \prod_{n=t_0}^{t_1} (1+\overline{T_{i_{e_n}}})\}$$

Esta sería entonces una taxonomía básica de referencia de los daños individuales, colectivos y sociales que se derivan de procesos de corrupción en el sector salud, consecuente con el desvío y la apropiación ilícita de recursos públicos para la atención requerida y legalmente estipulada en los planes oficiales de salud. Ahora bien, una cuestión indispensable a dilucidar es a cargo de quiénes debe sufragarse la reparación de esos daños a i) pacientes víctimas; ii) colectivos de pacientes, familiares y terceros directa e indirectamente afectados, y iii) Estado por la apropiación y desviación indebida de recursos públicos y por la necesidad de atender la

enfermedad originaria, y sus efectos secundarios derivados. Esta reparación debe ejercerse desde el gobierno local, regional o nacional, y la sociedad en su conjunto, por las anomalías reproducidas en el sistema de salud ante fallas en el sistema y ausencia de buenas prácticas para fiscalizar, detectar, subsanar oportunamente este tipo de anomalías, y sancionar eficazmente a los agentes responsables directos y a los agentes beneficiarios (Garay, 2014). De esta manera, algunas opciones mínimas que deberían contemplarse en este caso de reparación integral se expresan en la correspondiente matriz de reparación integral (tabla 2).

12 El cálculo del lucro cesante social incluye el factor de la tasa interbancaria en su actualización, pues este es el valor mínimo de rendimiento que habría obtenido el Estado si no hubiera invertido dichos recursos y, por el contrario, estos hubieran sido objeto de rendimiento mínimo de intereses.

Es importante señalar que el Consejo de Estado reconoce la tasación económica de los perjuicios inmateriales, de manera que la reparación extrapatrimonial no excluye el pago económico a la víctima. Así, la reparación del daño moral

en caso de muerte, lesiones, privación injusta de la libertad o para el daño a la salud, se calcula en un máximo de 100 SMLMV (Procuraduría General de la Nación y Transparencia por Colombia, 2019).

TABLA 2. MATRIZ DE REPARACIÓN INTEGRAL DE PACIENTES VÍCTIMAS DE CORRUPCIÓN

	Reparación individual (Ri)	Reparación colectiva (Rc)	Reparación social (Rs)
Patrimonial	<p>RiP:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rehabilitar el paciente por avance de enfermedad originaria, cuando sea posible. • Pagar al menos una persona dedicada a cuidar al paciente afectado por el avance de la enfermedad originaria y por las enfermedades secundarias. • Rehabilitar el paciente por enfermedades secundarias, derivadas de la inasistencia a la enfermedad originaria. • Mejorar condiciones de vida de la víctima y su familia, asegurando su atención social por parte del Estado o una prestadora privada de salud. • Pagar daño emergente, y lucro cesante de ingresos dejados de percibir por razones de la enfermedad originaria no atendida y de efectos secundarios. 	<p>RcP:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Financiar programas especiales para garantizar atención óptima al colectivo de pacientes. • Financiar programas de investigación para mejorar comprensión y atención de las enfermedades que afectan al colectivo. 	<p>RSP:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pagar al Estado local, regional y nacional, el daño emergente y el lucro cesante actualizado, derivados de montos afectados, originalmente orientados a financiar el sistema de atención en salud.
Extrapatrimonial/moral	<ul style="list-style-type: none"> • RiExp: • Emitir cartas personales de disculpa. • Referir en informes de comisiones de la verdad. • Nombrar calles y lugares públicos, en honor a la víctima. • Pagar las indemnizaciones económicas contempladas en la legislación. 	<p>RcExp:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Garantizar actualización del censo de pacientes potenciales que conforman el colectivo. • Celebrar actos públicos en honor al colectivo de pacientes. • Establecer museos que resalten la capacidad de resiliencia del colectivo afectado. • Nombrar calles o lugares públicos donde ocurrieron los hechos victimizantes. • Divulgar información para prevenir que se repita la victimización colectiva. 	<p>RsExp:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Emitir disculpas públicas al Estado local, regional y nacional. • Garantizar la no repetición de los hechos, mediante arreglos institucionales o legislativos, según sea necesario, que aseguren la fiscalización, prevención y sanción de los hechos de corrupción.

REFLEXIÓN FINAL: LA IMPORTANCIA DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y EL OBJETIVO DE RESTAURAR LA CONFIANZA INSTITUCIONAL

La jurisprudencia vigente contempla sancionar a los responsables de esquemas de macrocorrupción y cooptación institucional, con penas restringidas a la detención penitenciaria y, en algunos casos, a la devolución de los recursos públicos originalmente apropiados de manera ilícita; sin embargo, se requieren penas que incluyan la dimensión individual, colectiva y social de la reparación patrimonial/pecuniaria y extrapatrimonial/moral. Esta reparación integral y comprehensiva de todos los daños reproducidos de índole individual, colectiva y social, le corresponderá al Estado –y a la sociedad en conjunto–, dada la naturaleza del Estado social como responsable en última instancia de la garantía del bien común, y en consecuencia de los intereses públicos y colectivos. Esta situación de *socialización* de la reparación, en que la sociedad en conjunto asume y financia la reparación integral por vía fiscal del Estado, podría interpretarse como una revictimización de la sociedad en su conjunto.

Se requieren penas que incluyan la dimensión individual, colectiva y social de la reparación patrimonial/pecuniaria y extrapatrimonial/moral.

Por esto, es indispensable contar con jurisprudencia coherente en el marco de una nueva concepción sistémica de la criminalidad en sentido amplio (Garay, 2014; Salcedo-Albarán y Garay-Salamanca, 2016), que permita sancionar a los agentes responsables y terceros beneficiarios –públicos y privados, personas naturales y jurídicas–, reparando obligatoria e integralmente todos los daños generados, con cargo a sus patrimonios, por su decisiva

participación en la planeación, implantación y desarrollo de un esquema de macrocorrupción y cooptación institucional. Estas penas que incluyen la reparación integral de los daños individuales, colectivos y sociales causados por la corrupción son complementarias a las que prevén la detención domiciliaria y la exigencia de devolución de los recursos públicos apropiados directamente en esquemas de macrocorrupción. A medida que se adopte y aplique jurisprudencia de este tipo, *ceteris paribus*, menor será la penalidad impuesta al Estado –y a la sociedad en su conjunto– para cumplir con la reparación integral de las víctimas del proceso, pues dicha reparación estará a cargo de los agentes responsables y terceros beneficiarios. Al respecto, considerando la jurisprudencia disponible y las facultades legales de la Procuraduría General de la Nación, se considera que esta “debe ser llamada a visibilizar y reconocer el verdadero impacto negativo de las prácticas de corrupción, en muchas ocasiones, estructural, pues el daño que se genera erosiona notoriamente el patrimonio público, la moralidad y la confianza institucional” (Procuraduría General de la Nación y Transparencia por Colombia, 2019, p. 28).

Ahora bien, para asegurar suficiente efectividad de la jurisprudencia disponible y de la jurisprudencia adicional comprensiva que se que se requiere, se recomienda fortalecer:

- i. La intervención oportuna y sustentada, posiblemente bajo el liderazgo de la Procuraduría General de la Nación, para llamar la atención acerca de las víctimas individuales y colectivas afectadas por actos de corrupción sistémica, macrocorrupción y cooptación institucional (Procuraduría General de la

Nación y Transparencia por Colombia, 2019). Esta labor es indispensable, sobre todo, considerando actuaciones institucionales contradictorias en detrimento de los intereses de las víctimas de corrupción, que pueden aparecer en el marco del proceso penal que en la actualidad ofrece la posibilidad de iniciar incidentes de reparación. En esta medida, es indispensable contar con coordinación institucional, tal vez bajo el liderazgo de la Procuraduría General de la Nación, para evitar situaciones de contradicción entre entidades de control, investigación y sanción de la corrupción. Esta posibilidad, sin embargo, requerirá armonización institucional y organizacional al interior de la Procuraduría General de la Nación, considerándose que el objetivo de reparación integral no aparece aún como un elemento misional de la entidad (Procuraduría General de la Nación y Transparencia por Colombia, 2019, pág. 35).

- ii. La normatividad de extinción de dominio y expropiación de activos con eventuales disposiciones preventivas como el congelamiento temporal de activos de aquellos agentes sobre los cuales hayan evidencias razonables sobre su responsabilidad en hechos ilícitos contra intereses y recursos de índole pública o común.
- iii. La eficiente coordinación interinstitucional entre entidades y agencias públicas especializadas en inteligencia financiera y recuperación de activos ilegales, como la UIAF, la DIAN y otras encargadas de seguimiento en tiempo real de transacciones y movimientos de dinero y activos, por parte de agentes sospechosos de participar directa o indirectamente en esquemas ilícitos de corrupción y de blanqueo de activos y capitales generados en el desarrollo de estos.

He ahí la conveniencia societal de avanzar hacia la implementación de una jurisprudencia de esa naturaleza como requisito esencial para combatir y penalizar debidamente a los responsables y beneficiarios de procesos complejos y sistémicos de corrupción. Solo en esta medida se puede, consecuentemente, impedir que la corrupción sistémica tenga la alta rentabilidad económica e incluso social para los agentes corruptos y corruptores que hoy la caracteriza; sobre todo, en estadios avanzados de ilegalidad como el colombiano (Garay-Salamanca, 2018).

El objetivo de reparar integralmente a las víctimas individuales, colectivas y sociales se vuelve indispensable para restablecer la confianza en las reglas del juego social.

A medida que la corrupción propicia un círculo vicioso entre desconfianza y debilitamiento institucional, el objetivo de reparar integralmente a las víctimas individuales, colectivas y sociales se vuelve indispensable para restablecer la confianza en las reglas del juego social y detener este círculo perverso. Aunque los daños sociales causados por la corrupción son los analizados y resaltados como susceptibles de reparación, debido al carácter transindividual y abstracto de los causados en un caso como el de la salud, la reparación exclusivamente del daño social muy seguramente carecerá del efecto de restaurar la confianza institucional entre ciudadanos victimizados por agentes corruptos. Por este motivo, la reparación integral de las víctimas de los actos de corrupción adquiere un carácter protagónico en el fin último de garantizar el funcionamiento de las instituciones democráticas, con ciudadanos que restauran su confianza sociopsicológica en instituciones garantes de sus deberes y derechos.

REFERENCIAS

- Aidt, T. (2009). Corruption, institutions, and economic development. *Oxford Review of Economic Policy*, 25(2), 271-291.
- Alemu, A.M. (2012). Effects of Corruption on FDI Inflow in Asian Economies. *Seoul Journal of Economics*, 25(4), 387-412.
- Anderson, C.J. y Tverdova, Y.V. (enero de 2003). Corruption, Political Allegiances, and Attitudes Toward Government in Contemporary Democracies. *American Journal of Political Science*, 47(1), 91-109.
- Bhargava, V. y Bolongaita, E. (2004). *Challenging Corruption in Asia: Case Studies and a Framework for Action*. Washington, D.C.: World Bank.
- Chetwynd, E., Chetwynd, F. y Spector, B. (2003). *Corruption and Poverty: A Review of Recent Literature*. Londres: Management Systems International.
- Chêne, M., Clench, B. y Fagan, C. (2010). *Corruption and Gender in Service Delivery: The Unequal Impacts*. Berlín: Transparency International.
- Cho, W. y Kirwin, M.A. (2007). *Vicious Circle of Corruption and Mistrust in Institutions in Sub-Saharan Africa: A Micro-Level Analysis*. Working Paper. Afrobarometer.
- Deininger, K. y Mpuga, P. (2005). Does Greater Accountability Improve the Quality of Public Service Delivery? Evidence from Uganda. *World Development*, 33(1), 222-239.
- Department of International Development y UK Aid (2015). *Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them*. Londres.
- El Heraldo (24 de agosto de 2019). *Corrupción en la salud en 2018 costó \$1 billón: Procuraduría*. Recuperado de <https://www.elheraldo.co/politica/corruption-en-la-salud-en-2018-costo-1-billon-procuraduria-660125>
- Ensor, T. y Durán-Moreno, A. (2002). Corruption as a challenge to effective regulation in the health sector. En R. Saltman, R. Busse y E. Mossialos (eds.), *Regulating entrepreneurial behaviour in European health care systems* (pp. 106-122). Philadelphia: Open University Press.
- European Commission (2017). *Updated Study on Corruption in the Healthcare Sector. Final Report*. Bruselas.
- Garay, L.J. (2014). Una reflexión en torno a faltas y omisiones Estado-corporativas causantes de daño social desde la perspectiva de una nueva epistemología de la criminología. A propósito de la búsqueda de una justicia socioecológica transnacional. En L.J. Garay, *Minería en Colombia. Control público, memoria y justicia socioecológica, movimientos sociales y posconflicto* (pp. 15 - 42, Vol. 4). Bogotá: Contraloría General de la República.
- Garay, L.J. y Vargas, F. (2016). La política administrativa de reparación colectiva a la luz del goce efectivo de derechos. En L.J. Garay, F. Vargas y C. Salgado (eds.), *Daño, verdad, reparación colectiva y construcción de paz en Colombia* (pp. 41 - 82). Bogotá: Codhes-USAid.
- Garay-Salamanca, L.J. (2018). *Una génesis de la ilegalidad: Corrupción, captura del Estado, cooptación institucional y macrocorrupción*. Bogotá: Fundación Vortex.
- Gee, J. y Button, M. (2015). *The financial cost of health-care fraud 2015. What data from around the world shows*. Portsmouth, Reino Unido: University of Portsmouth.
- Gupta, S. y Holmquist, F. (2012). Reform and Political Impunity in Kenya: Transparency without Accountability. *African Studies Review*, 55(1), 53-74.
- Gupta, S., Davoodi, H. y Alonso-Terme, R. (1998). *Does Corruption Affect Income Inequality and Poverty?* Washington, D.C.: International Monetary Fund.
- La Opinión (09 de diciembre de 2018). *Entrevista a Minsalud, Juan Pablo Uribe*. Recuperado de <https://www.laopinion.com.co/colombia/entrevista-minsalud-juan-pablo-uribe-167344#OP%20Page%201%20of%209>

- Lavallee, E., Razafindrakoto, M. y Roubaud, F. (2008). *Corruption and Trust in Political Institutions in Sub-Saharan Africa*. París: IRD-DIAL.
- Mackey, T., Kohler, J., Lewis, M. y Vian, T. (2017). Combating corruption in global health. *Science Transnational Medicine*, 9(402), 1-3.
- Mackey, T., Vian, T. y Kohler, J. (2018). The sustainable development goals as a framework to combat health-sector corruption. *Bulletin World Health Organisation*, 96(9), 634-643.
- Mejía Escobar, A. (2011). *La reparación del daño por violaciones al derecho a la salud*. México: Flacso.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (29 de julio de 2019). *Educación y salud, las prioridades del presupuesto para 2020*. Boletín No. 23. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Salud y Protección Social (2018). *Informe de ejecución presupuestal sector salud y protección social. Enero de 2018*. Bogotá.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2019). *Documento informe de ejecución presupuestal del sector salud y protección social. Enero 2019*. Bogotá: Oficina Asesora de Planeación y Estudios Sectoriales (OAPES).
- Ndikumana, L. (2006). *Corruption and Pro-Poor Growth Outcomes: Evidence and Lessons for African Countries*. Amherst: University of Massachusetts.
- Ortiz-Benavides, E. (2012). Efectos de la corrupción sobre la calidad de la salud y la educación en Colombia 2004-2010. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño*, 13(1), 9-35.
- Procuraduría General de la Nación y Transparencia por Colombia (2019). *Ruta de Actuación para la Procuraduría en Materia de Reparación de Daños por Corrupción (Borrador - Segunda entrega)*. Bogotá.
- Procuraduría General de la Nación (09 de julio de 2019b). *Recursos de la salud están siendo utilizados para financiar campañas y partidos políticos: Procurador*. Boletín 507. Recuperado de https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria_recursos-salud_Carrillo.news
- RCN Radio (01 de febrero de 2019). *La corrupción le ha robado un billón de pesos a la salud: Fiscalía*. Recuperado de <https://www.rcnradio.com/colombia/region-central/la-corrupcion-le-ha-quitado-1-billon-al-sector-salud-revelo-la-fiscalia>
- Revista Semana (8 de noviembre de 2019). *“Hay que parar el de sangre de la salud”: Superintendente de Salud*. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/fabio-aristizabal-superintendente-de-salud-hablo-sobre-como-se-roban-la-plata-de-la-salud/627161>
- Rispel, L., De Jager, P. y Fonn, S. (2016). Exploring corruption in the South African health sector. *Health Policy and Planning*, 31(2), 239-249.
- Salcedo-Albarán, E. y Garay-Salamanca, L. (2016). *Macrocriminalidad: complejidad y resiliencia de las redes criminales*. Bloomington: iUniverse, Vortex Foundation, Small Wars Journal.
- Transparencia por Colombia (2019). *Así se mueve la corrupción. Radiografía de los hechos de corrupción en Colombia 2016-2018*. Bogotá.
- Transparency International (2019). *The ignored pandemic. How corruption in healthcare service delivery threatens Universal Health Coverage*. Londres.
- Ugur, M. y Dasgupta, N. (2011). *Evidence on the economic growth impacts of corruption in low-income countries and beyond: a systematic review*. Londres: EPPI-Centre, Social Science Research Unit, Institute of Education, University of London.
- World Health Organization (2019). *Reinforcing the focus on anti-corruption, transparency and accountability in national health policies, strategies and plans*. Ginebra, Suiza.



La corrupción ha sido abordada de una manera en extremo limitada por la normatividad e institucionalidad colombianas, lo cual, de manera paradójica, ha facilitado no solo la reproducción sino la sofisticación de acciones, métodos y prácticas de macrocorrupción en distintos niveles. Para avanzar en el debate acerca de la necesidad de reparar los daños generados por la corrupción, la Procuraduría General de la Nación y Transparencia por Colombia realizaron un convenio mediante el cual se exploró el diseño de una ruta de actuación en materia de reparación de daños por corrupción, tomando como referencia para el análisis la experiencia exitosa de la intervención de este ente de control en el caso Odebrecht. Esa ruta, más otras reflexiones sobre la reparación de los daños generados por la corrupción, se presentan en esta publicación.