

ESTRATEGIAS PARA ENCARAR LA CORRUPCION

Dr. Virgilio Hernández

Abogado, Ex Magistrado - COLOMBIA

En las dos últimas décadas del milenio los países de América Latina, con pocas excepciones, impulsaron una serie de reformas judiciales tendientes a dar marcha a las recuperadas democracias tratando de dejar atrás los rastros de las dictaduras que socavaron el Estado de Derecho y las libertades individuales, con el ánimo de avanzar hacia sistemas judiciales pragmáticos, vistos por algunos como la panacea de la ineficiencia de los ortodoxos métodos de administrar justicia.

El sistema acusatorio, la abolición del proceso escrito y la implantación de los juicios orales, vinieron a convertirse en el vehículo idóneo para dar tránsito a un nuevo esquema jurisdiccional premonitorio de mayor eficacia para enfrentar las más variadas formas de criminalidad y por ende, generador de ambientes de tranquilidad y seguridad jurídicas de cara al progreso y bienestar económico de nuestras naciones. Las incipientes críticas no tuvieron la contundencia ni la respuesta para enervar el advenimiento del nuevo sistema judicial cuya visión de prosperidad sólo era palmaria en los sistemas anglosajones. Los breves juicios en Estados Unidos, y sus asombrosas condenas, invitaban a emular un esquema rápido y menos oneroso que nuestros tradicionales sistemas.

La comunidad internacional y algunos órganos multilaterales, decidieron entonces mirar con generosidad a los países de Centro y Suramérica, financiando largos y en no pocos casos lentos procesos de reforma judicial, fundamentados en la implantación del nuevo sistema acusatorio, buscando con esto cortar de una vez por todas el cordón umbilical del régimen positivo e inquisitorial. Las reformas integrales no se hicieron esperar en países como Guatemala o Costa Rica. En otras legislaciones, como en la colombiana y peruana, se obró con más cautela, y los avances en un nuevo sistema de justicia criminal no han ido más allá de la implementación del Ministerio Público con cierta redefinición en el ejercicio de la acción penal.

Para la mayoría han pasado más de diez años desde el momento en que se dio comienzo a la transición del sistema inquisitivo al sistema oral y –para la minoría-- un lustro ha sido necesario para impulsar y poner en marcha los nuevos esquemas judiciales.

El problema ahora es preguntarnos y determinar, a manera de reflexión, ¿cuál ha sido el resultado? Algunos considerarán necesario esperar mucho más tiempo para ver los primeros avances del proceso. Otros quizás harán la

misma reflexión, e invitarán a hacer un alto en el camino para analizar el porqué los resultados han sido tan exiguos¹.

Este prefacio es mi introducción al tema que se plantea con el fin de abocar el problema con la perspectiva que le corresponde, evitando caer en la tentación de considerar que los esquemas exitosos siempre darán importantes resultados en cualquier lugar donde se establezcan. Pues bien, así como el éxito del nuevo sistema penal en Latinoamérica ciertamente ha demandado lapsos más o menos prolongados para percibir resultados concretos, frente a grandes inversiones no sólo de los organismos multilaterales sino de las contrapartidas para sostener los ambiciosos proyectos, lo cierto es que el asunto es válido frente a las estrategias que se plantean para combatir eficazmente la corrupción administrativa.

Por tal razón, la experiencia enseña que el análisis de este fenómeno, tan antiguo como el hombre, y la implementación de herramientas para luchar con éxito en contra de sus prácticas, implica que cada uno de los pasos dados y las estrategias en acción respondan al mismo entorno social, cultural y económico. Visto desde otro ángulo, cualquier mecanismo foráneo que pretenda ponerse en práctica debe responder a unos patrones y parámetros de comportamiento similares. De esta manera intento responder al interrogante anterior, en relación con el sistema acusatorio en curso en los sistemas judiciales de América Latina, para concluir que nuestros sistemas criollos no están preparados para responder con éxito a esquemas foráneos cuya base sea ostensiblemente diferente.

La preparación filosófica de un juez en los Estados Unidos, o la preparación académica de un abogado ante las cortes federales, no responde al mismo talante ni de nuestros jueces ni de nuestros abogados, sin que tengamos necesidad de definir cuál tiene una mejor preparación. Del mismo modo ocurre con la criminalidad que se busca enervar, específicamente la de cuello blanco o de cuello gris, pues el modus operandi en este tipo de criminalidad responde a tipologías diversas sólo identificables por el ambiente cultural en que se desarrollan.

Enfrentar la corrupción, desde el punto de vista judicial, no es enfrentar el narcotráfico ni el terrorismo. El talante de la corrupción va mucho más allá que la base que generó el tráfico de estupefacientes, los delitos contra la vida o contra el patrimonio económico. Por tal razón es importante obrar estratégicamente si se quiere alcanzar éxito a mediano plazo, tratando de abarcar por todos los frentes el fenómeno que --a diferencia de otros delitos--

¹ Sobre este punto es importante remitirnos a los resultados del “Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002 – 2003”, realizado y publicado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA. Puede ser consultado en la web www.cejamericas.org

se enquista con bastante facilidad en la sociedad llegando a recibir en no pocos casos visos de aceptación social y política.

Cuando se aborda el problema de la corrupción es necesario partir por reconocer la naturaleza del fenómeno, con el fin de que las acciones que se promuevan para evitarlo o contrarrestarlo se acerquen a la solución. Por ello, partimos por considerar que la corrupción es un fenómeno social, cultural y económico.

La corrupción es un fenómeno social en la medida en que las sociedades, y aún las más avanzadas, han abierto las puertas a algunas de sus manifestaciones generando aceptación a prácticas que en mayor o menor grado generan los hechos que el sistema penal rechaza, llámense tráfico de influencias, asignación indebida de contratos, etc. Por esta razón creemos, que a diferencia de otro grupo de delitos, la corrupción ha sido permeable a los clubes, las asociaciones, los gremios y las organizaciones sociales.

Es un fenómeno cultural porque las prácticas que incentivan la corrupción han venido recibiendo aceptación tal que ya se reconocen como parte de la cultura de pueblos y regiones. Por ejemplo, en algunos lugares se llega a creer que el porcentaje que debe pagar el contratista por la adjudicación del contrato es un derecho del funcionario público. El problema es que quien pierde no es el contratista, es el Estado y es la sociedad, porque ese mayor valor que paga el contratista finalmente conduce a una obra de mala o deficiente calidad.

Y, es un fenómeno económico, porque quiérase o no, la mediación o intervención para recibir “porcentajes”, “coimas” o “mordidas” se ha convertido en una fuente de ingresos y un modo de supervivencia de muchas personas, quienes en algunos casos llegan a anunciarse publicitariamente como “tramitadores” o “gestores”.

I. MECANISMOS DE PREVENCIÓN

No puede plantearse una estrategia para luchar contra la corrupción, al menos eficazmente, si no introduce esquemas de prevención, que abarcan aspectos administrativos, personales, profesionales, laborales e informativos. No es fácil oponerse a quienes consideran que el primer paso para enfrentar el fenómeno es la prevención, misma que no sólo combate genéricamente la criminalidad y la comisión de nuevos hechos sino que le aporta al Estado un ahorro significativo en la puesta en marcha del engranaje de la represión.

La justicia en Latinoamérica, al menos en los países cuyos esquemas he tenido oportunidad de conocer, no sólo es costosa en términos económicos sino que nunca ha sido autosuficiente, pues los servicios que vende son escasos frente a los altos costos de funcionamiento del sistema judicial.

Ello explica que la prevención del hecho es doblemente favorable para el Estado antes que poner en movimiento la estructura institucional para combatir el fenómeno ya consumado, aun cuando para que sea una prevención eficaz es necesario que apunte a hechos y circunstancias que verdaderamente inhiban la consumación de nuevas conductas, realizables en el tiempo y en el espacio. Véase:

1. La información

El primer mecanismo de prevención es la información. Un Estado debe informar al ciudadano, al común de la gente, al profesional y al iletrado, al ejecutivo y al obrero, al funcionario y al particular, informar e informar bien. Con excepción de los asuntos que se relacionan directa o indirectamente con la seguridad nacional, o los juicios por consideraciones morales o de orden público, se debe procurar que la información fluya integral y simétricamente

2.

Las personas deben saber cuáles son sus derechos y cuáles son sus obligaciones, saber quienes son sus gobernantes, cuál es su perfil, cuánto dinero del erario gastan, a qué servicios tienen derecho, cómo acceder a los servicios, cómo acceder a la educación, a la salud, a la vivienda y al empleo, pero también deben saber cómo deben denunciar, ante quién y en qué casos. Es una campaña integral de información pública y veraz.

El acceso a la información a través de canales normales inhibe la intervención de terceros que venden la función pública entregando datos a quienes tienen derecho y lo hacen precisamente porque el estado no brinda los medios de información, pero adicionalmente, ese status de ignorancia pública que algunos de nuestros países pareciera patrocinar es el caldo que cultiva la inercia de los individuos para denunciar los hechos. En gran porcentaje la gente no denuncia porque no conoce, no sabe, no entiende, nos hallamos partiendo del segundo milenio y aún la gente ignora quién los gobierna como tampoco saben en qué se invierten sus tributos.

En materia judicial la gente no sólo debe conocer sus jueces, también debe saber quién es un juez, porqué esa investidura, e incluso saber cómo vive un juez, con el fin de que esté en capacidad de brindar un verdadero control social al elemento personal de la justicia. La justicia no es un código, ni es un expediente, la justicia es una persona, es un ser humano.

Yo invito a los jueces a que se den a conocer, a permitir que los conozcan, que el común no entienda que es el verdugo de los delincuentes, sino el ser

² Sobre las únicas restricciones a la información consúltese el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos véase la web http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

humano con una misión tan loable como importante, que además siente, piensa y eventualmente se equivoca.

En Colombia se implementó la justicia sin rostro hace quince años, como respuesta al asombroso número de muertes violentas por causa de investigaciones contra las mafias del narcotráfico. Los sindicatos pagaban a funcionarios de menor rango e incluso a terceros para conocer la identidad de sus jueces, a quienes no veían con ojos distintos de rencor y odio, y si bien esta figura logró evitar más consecuencias funestas, también promovió actos de corrupción al amparo de una justificación que a la postre sólo impedía que el inocente conociera a su juez natural, pues los más peligrosos delincuentes siempre lograron ese propósito.

2. El control de gestión

Una segunda herramienta dentro del ámbito de los mecanismos preventivos es el control de gestión. Las personas en general rechazan el control, desde el control familiar hasta el control gubernamental, y no podría atreverme a decir que es connatural a nuestra condición, pero ese rechazo es más palmario en la administración pública. Los empleados públicos en una gran proporción son reaccionarios al control de gestión, no aceptan con agrado la petición de informes, mucho menos la corrección de su trabajo, y en alto porcentaje ven con menosprecio tener que firmar actas de ingreso y salida. Y esa actitud combinada con un deficiente e insulso control de gestión sólo ha permitido generar mayores casos de corrupción en la medida en que ella sólo promueve la mediocridad en la administración.

Por tal razón propugnamos para que el control de gestión sea integral, tanto como que a la gente se le entrene en verdaderos esquemas de autocontrol, a fin de que su actuación no esté supeditada a la presencia del supervisor, al coordinador o a una máquina que registra sus horas de entrada y de salida. Los empleados públicos deben estar formados en ambientes de autocontrol, a fin de que cada uno responda a sus obligaciones de acuerdo a sus propios criterios y responsabilidades, ofreciendo las mejores capacidades y fortalezas para responder a las exigencias del encargo.

El control de gestión no debe equipararse con la presencia de un policía junto al escritorio del empleado, ni el jefe a la zaga esperando que el trabajador llegue un minuto tarde, control de gestión es la promoción de la calidad del servicio, es la promoción de la eficacia, ese es el verdadero control de gestión, que impuesto adecuadamente trae como valores agregados mayor entrega, mayor compromiso y por ende mayor eficiencia en el servicio.

Todos los funcionarios públicos, desde el propio presidente de la república, deben estar sujetos a un régimen de control de gestión adecuadamente dimensionado, de tal manera que respondan a las expectativas con criterios de calidad y de servicio.

En la justicia debe haber control de gestión --no para que los jueces cumplan su horario—sino para que sus providencias sean de calidad, de la calidad que espera el destinatario de su acción y de la calidad que demanda su investidura; para que se obre con responsabilidad, y que la independencia de su rol no lo haga independiente también de las reglas de la transparencia y de la honestidad. También, para que sus decisiones tengan fundamento jurídico, para que sus fallos no desconozcan la Constitución Política y la Ley y para que la rigidez de sus decisiones no desconozca el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Los jueces de cortes superiores tienen control de gestión sobre los jueces de primera instancia, los jueces de juzgamiento sobre los jueces de instrucción, los jueces de instrucción sobre la actuación del Ministerio Público. En fin, debe ser un esquema de control de gestión integral dirigido hacia la calidad de las decisiones

3. El acceso

La mejora en el acceso a los sistemas de justicia es nuestro tercer elemento dentro de los mecanismos para prevenir la corrupción, y aunque en este punto debo confesar que por convicción el acceso está supeditado a otros elementos como la confianza de la sociedad en sus instituciones, lo cierto es que si no se incentivan, promueven y mejoran los canales para que la gente llegue a sus jueces, el trecho entre individuos y jueces será mucho más largo de recorrer.

Para esta finalidad es necesario partir por eliminar los paradigmas que anteponen barreras entre los usuarios del servicio y el sistema judicial. Esas tanquerías en no pocos casos son las mismas de la burocracia, de la tramitomanía, de las peticiones sin respuesta o de las largas colas y de las largas esperas. El esquema consiste en mejorar los canales de comunicación entre los usuarios del sistema judicial y los jueces.

Los sistemas judiciales no pueden imponer a ultranza reglas de comportamiento o de acceso socio-culturalmente distintas al lugar donde se establecen, es decir, los mecanismos que permiten que las personas acudan a los juzgados deben ser aquellos que responden al talante de la gente de la región. Por ese motivo los modelos foráneos, particularmente de sistemas totalmente disímiles, no siempre son los mejores, pues es posible que funcionen en el lugar donde se implementaron pero nada asegura los mismos resultados en otros ambientes.

En el rediseño de los modelos de despacho se debe tener cuidado en que las nuevas características respondan a las necesidades del lugar, al talante de la gente, a las expectativas de la sociedad. Refiriéndome a cualquier país del mundo, no podemos imponer los modelos de despacho judicial de Australia en el Perú, sólo porque hayan sido exitosos en ese país. Los jueces peruanos no son jueces australianos ni los abogados peruanos son

abogados australianos, son culturas, medios disímiles que deben responder a sus propias iniciativas y soluciones.

La primera vez que visité una corte en los Estados Unidos quedé impresionado por toda la parafernalia y de alguna manera rapidez como se deciden los casos menores; pensé que trasladar a mi país esa figura quizás se obtendrían importantes resultados en la medida en que se combatiría la impunidad y se obraría con celeridad. Lo propio seguramente habría pensado al visitar una Corte inglesa. Hoy estoy convencido en que la solución no está en el atuendo, ni en el martillo y mucho menos en el recinto de la corte sino en aspectos de mayor esencia.

Por esta razón el mejoramiento del acceso, como mecanismo de prevención de la corrupción, impone el establecimiento de parámetros perfectamente identificables en el medio donde se desarrollan y que respondan a las necesidades locales.

Entonces ¿Cómo mejorar el acceso en un sistema judicial para avanzar igualmente en la fórmula que previene la corrupción? La respuesta podrá darse si entendamos las razones por las cuales las personas no acuden a sus juzgados, no acuden al Ministerio Público, no acuden a la oficina del Procurador. En ese momento habremos avanzado hacia la solución del problema.

Se debe procurar que los individuos acudan a sus cortes, con el fin de esbozar sus problemas que no fueron posibles solucionar por otras vías, o presentar sus denuncias, conocer la respuesta a sus requerimientos y que la justicia responda pronta y eficazmente. Esto no necesariamente se logra multiplicando el número de jueces, o de asistentes, e incluso ni con la reubicación de juzgados. Es necesario identificar previamente las talanqueras que inhiben verdaderamente el acceso a la justicia para proponer fórmulas precisas.

En algunos casos seguramente las deficiencias del acceso están ligadas a la ubicación de los juzgados, o al número de jueces en el lugar. Nuestra propuesta gira en torno a priorizar inicialmente las verdaderas causas por las cuales las personas no utilizan sus servicios de justicia o los utilizan irregularmente, para identificar verdaderamente la raíz del problema y de esa manera ofrecer las soluciones precisas.

4. La Transparencia

En términos generales la administración pública debe obrar con transparencia de cara al servicio y a su razón de ser en el Estado, pero cuando nos referimos al servicio de justicia creemos que la transparencia debe ser mayor no sólo por la calidad de las personas que administran este servicio sino por los derechos y obligaciones que se debaten a diario en juicios y providencias. La transparencia debe estar en toda la estructura del sistema judicial, esto es,

en la gestión de jueces y administradores, en la información al público y usuario, en la selección de sus dignatarios y en los servicios que ofrece. En la gestión, porque cada uno de los actos que se realizan, sea desde el punto de vista de la administración de sus recursos o desde el punto de vista de las decisiones jurisdiccionales, la actuación no puede estar supeditada a intereses distintos al cumplimiento de sus fines. Una decisión judicial no podrá ser transparente cuando el juez en su decisión responde a los intereses personales de los involucrados o de terceros, antes que al imperio de la ley.

En la información porque el usuario del servicio de justicia, esto es, los sujetos procesales, los sindicatos, defensores y auxiliares de la justicia deben recibir la información necesaria para el ejercicio de su rol. No se entendería la vigencia del debido proceso y del derecho a la defensa si un defensor no tiene acceso al expediente o a la práctica de las pruebas.

En la selección debe haber transparencia porque sólo de esa manera se asegura la prestación de un servicio eficiente y calificado por personas competentes, y cuando hacemos referencia a la selección entendemos en su género toda la estructura de la administración de personal, que incluye la promoción y la ratificación. Al juez no se le puede designar por su amistad con quien tiene la responsabilidad de su nombramiento, pero tampoco se le debe separar del cargo por la simple animadversión con el nominador. Una justicia que se mueve en estos criterios no puede ofrecer un verdadero servicio al usuario.

Pero la transparencia también debe estar en la ratificación, y para ello los procedimientos y requisitos deben estar perfectamente normados a fin de evitar que la permanencia en el cargo esté supeditada a aspectos subjetivos que riñen con la misma naturaleza del servicio. En algunos países, como en Guatemala, los juristas critican la falta de conocimiento de los criterios de evaluación de los jueces, con lo cual se crea un ambiente de inseguridad laboral que en mayor o menor grado termina afectando el servicio.

En los servicios, porque ellos irradian el funcionamiento interior del sistema judicial. No se podría esperar transparencia en una decisión judicial cuando el nombramiento del perito tuvo una motivación distinta a sus capacidades. O cuando los criterios de atención están precedidos de la camaradería o amistad con los funcionarios.

II. MECANISMOS DE INTERACCION

En casi todos los países de América Latina los órganos creados por sus constituciones para luchar contra la corrupción, trabajan en forma aislada e independiente. No hay intercambio de información, no hay flujo de datos y mucho menos trabajo en equipo, en general podríamos decir que los órganos de control no interactúan. Y aunque no es fácil precisar la razón de ser de este comportamiento, es posible que ello se deba a celos profesionales en

unos casos, en otros a paradigmas legales más fundamentados en una ciega interpretación de la Ley que en desarrollo de verdaderos principios de hermenéutica y, en tercer lugar, porque definitivamente no hay voluntad para enfrentar con éxito esos fenómenos, o no es una prioridad en la política del Estado.

Cualquiera que sea la razón, el problema es el mismo, un sólo común denominador llamado impunidad, y la impunidad trae a corto o mediano plazo inseguridad, deslegitimación institucional, bajos incentivos a la inversión y por ende aumento de la pobreza.

Nuestra estrategia en este punto consiste en que cada una de las instituciones que desde diversos ángulos combaten la corrupción interactúen en función de su responsabilidad legal. Que el responsable de la acción penal del Estado, el titular del control fiscal del erario, y quienes fungen como veedores de la función pública o los defensores del Estado, trabajen mancomunada y coordinadamente para responder con éxito no todas sus obligaciones legales.

No se entiende cómo a la falta de recursos logísticos suficientes, a un escaso número de material humano y frente a una gran demanda de intervenciones se responde en forma aislada e independiente.

¿Porqué no afrontar el fenómeno, complejo en muchos casos, con un criterio de unidad, de interacción, de trabajo en equipo? ¿Porqué no sentar en la misma mesa al procurador, al fiscal, al auditor y en algunos casos al juez instructor para definir y desarrollar una estrategia unívoca que permita enfrentar con éxito los problemas de la corrupción? La delincuencia de cuello blanco sí coordina sus actividades, planifica sus pasos, hay división de tareas y responsabilidades y finalmente logra el objetivo. ¿Porqué quienes se hallan al lado extremo, es decir, al lado de la ley, no obran con el mismo criterio de unidad y de equipo precisamente para que la unión enerve las debilidades y fortalezca la capacidad de respuesta?

Esta invitación a implementar mecanismos de interacción entre las instituciones oficiales cuya misión se encuentra ligada al descubrimiento y sanción de los hechos de corrupción es sin duda una gran responsabilidad en el proceso de reforma. Reformar las instituciones no implica sólo hacerlas más operativas y eficaces para el cumplimiento de su misión, implica también reorientar sus esquemas de trabajo para responder con mayor éxito a su misión.

1. Interacción con la sociedad civil

Los mecanismos de interacción, como estrategia de lucha contra la corrupción, no sólo deben buscar el acercamiento entre las instituciones del Estado, ellos también deben encontrar respuesta en las relaciones entre el Estado y la sociedad civil. En los procesos de reforma en América Latina

hemos visto con preocupación el temor a hacer pactos o acuerdos con la sociedad civil. Ese temor es, a mi modo de ver las cosas, una tergiversación del verdadero rol de la sociedad en los sistemas democráticos. Ese papel, entendido a la inversa es el que trata a la sociedad civil con desdén o menosprecio, como si cada una de las personas que representan al Estado en cualquiera de sus poderes, no hubieren sido parte de la sociedad civil.

La sociedad civil, ni sus organizaciones y gremios, son el enemigo, en ella se funda la razón de ser del Estado. Percibirla en su justa dimensión, es decir, como un aliado del Estado para enfrentar los flagelos de la humanidad, es darle lo que le corresponde. Tampoco hay que temerle, se debe asociar con ella, celebrar pactos, compromisos, acuerdos, y permitir que ejerza su función controladora sin límites, cortapisas ni talanqueras.

Históricamente se ha aceptado el papel de la sociedad civil cuando está de acuerdo con los funcionarios y sus instituciones y se ha rechazado cuando desaprueba el comportamiento de los primeros. Lamentablemente nuestras democracias, luego de luchar contra prolongadas dictaduras, no han podido derrotar algunas de sus filosofías, como que “quien no está conmigo está contra mí” y las Organizaciones No Gubernamentales, que han nacido precisamente para representar los derechos de las personas no sólo en los regímenes totalitarios sino en las incipientes democracias, se ven marcados por esa tesis cuando exigen la protección de los derechos humanos o cuando requieren de las autoridades el cumplimiento de su misión constitucional.

2. Experiencias en la región

La Constitución de 1.991 de Colombia abrió las puertas a la institucionalización de sociedades civiles, inspirando la creación de las “veedurías ciudadanas”, entendidas como colectividades sin ánimo de lucro que se asocian y obtienen personería jurídica para intervenir ante los órganos del Estado con el fin de exigir el cabal cumplimiento de su misión³.

Las veedurías ciudadanas han sido vistas positivamente por la sociedad pero no por los órganos de poder central y mucho menos por los funcionarios destinatarios de su rol de control social. Algunos de sus dirigentes, que aún se resisten al exilio, han tenido que adoptar posiciones en no pocos casos de complacencia o de aceptación tácita ante el temor de verse abocados a serias amenazas y peligros inminentes.

Se creyó erróneamente que la legalización o institucionalización del control de la sociedad civil eliminaba los resquicios y estigmas contra las asociaciones de civiles que velan por el cumplimiento de los fines del Estado.

³ Para ampliar información sobre las veedurías ciudadanas en Colombia se sugiere consultar el siguiente link: <http://www.anticorrupcion.gov.co/colombiemos/>

Lamentablemente sus primeros dirigentes tuvieron que correr la misma suerte de sindicalistas y miembros de ONGs en razón del grave riesgo al que fueron sometidos, precisamente porque la creación de la figura no modificó ni alteró las ortodoxas concepciones acerca del control social, ni las instituciones fueron preparadas para ser vigiladas por los civiles organizados.

Por esta razón, antes que legislar sobre figuras de esta naturaleza las instituciones del Estado deben asumir que el rol social es fundamental en el mantenimiento de la democracia, aceptar la oposición reflexiva y objetiva, y permitir que quienes no son parte de la nómina oficial opinen y denuncien los actos de corrupción.

En el mismo país, y durante los últimos años de la década del noventa, la Procuraduría General de la Nación institucionalizó la realización de foros con la sociedad civil, para que estos en forma pública y abierta denunciaran los actos de corrupción al paso que ella asumiera compromisos públicos para moralizar la gestión pública con la imposición de sanciones condignas y ajustadas a los hechos.

Los resultados no se vieron por muchas razones, pero fundamentalmente porque la misma sociedad es tímida para denunciar cuando no encuentra consecuencias favorables a sus querellas, o cuando no percibe resultados positivos en la lucha contra el flagelo, y se limitaron a señalar a funcionarios del menor rango. Los grandes casos de corrupción no encontraron fuente de información en estos foros públicos. No es usual que en nuestros sistemas cualquier ciudadano, a menos que no esté en sus cabales, tome un micrófono y denuncie públicamente a un funcionario con un alto poder político, económico o militar.

Ni los países han germinado un ambiente propicio para que las personas denuncien los hechos de corrupción, ni los gobiernos han preparado a sus instituciones para recibir, canalizar, asumir y procesar las denuncias contra altos funcionarios del Estado. Por ello, el problema no se resuelve legislando, podría ser una forma de empezar, pero también podría ser una forma de truncar las posibilidades.

Para motivar a la población a denunciar y darle a conocer la estructura de las instituciones encargadas de investigar los actos de corrupción, en Bolivia se fomentó la creación de las Brigadas Móviles Anticorrupción, en las cuales funcionarios de la Secretaría de Lucha contra la Corrupción, órgano que depende de la Vicepresidencia de la República, recoge y canaliza la información hacia las instituciones encargadas de procesarla y tomar las decisiones correspondientes. Aunque es muy temprano reconocer un avance concreto, pensamos que el resultado puede ser el mismo de Colombia en la medida en que el enervamiento del problema requiere más que buenas intenciones.

En Honduras se puso en marcha una figura muy particular, para velar por el cumplimiento de la misión del Ministerio Público, denominada el Consejo Ciudadano, compuesta por una serie de personas representantes de las instituciones civiles y sociales, tales como los medios de comunicación, las universidades, los sindicatos, etc. Aunque sus facultades no van más allá de las recomendaciones creemos que es un avance importante hacia el reconocimiento del papel de la sociedad civil en el control de los sistemas judiciales.

En este mismo país, el rol de la sociedad civil frente al funcionamiento de las instituciones judiciales fue tan significativo como que ellas fueron protagonistas del impulso de la Ley Orgánica de la Junta Nominadora para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, avanzando hacia la total separación de la intervención del poder político en la elección de estos altos dignatarios.

3. Interacción con los medios de comunicación

El tema de los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción no sólo es complejo sino mal entendido, fundamentalmente en los países donde los medios son patrimonio de los grupos económicos, generalmente cercanos a las élites de poder político. Para hablar de sólo un ejemplo, la empresa que redacta y edita El Tiempo de Colombia, uno de los cinco diarios de mayor tiraje en Latinoamérica, es propiedad del vicepresidente de la República. Es difícil pensar que en esas condiciones el medio pueda obrar en forma totalmente independiente, imparcial y objetiva, fundamentalmente cuando la información está ligada a presuntos actos de corrupción en los cuales han participado funcionarios cercanos al Gobierno.

Se trata de buscar el equilibrio entre las reglas del debido proceso y el derecho a la información, a fin de que el primero no esté sometido al capricho de los informadores, principalmente cuando se pretende ventilar las pruebas en periódicos y emisoras, y el segundo no sea menguado por el desconocimiento de los funcionarios judiciales.

La estrategia de la interacción entre justicia y medios de comunicación gira sobre bases totalmente transparentes e independientes: la primera acepta el derecho a informar de los medios y los segundos admiten las limitaciones a esa información por parte de la primera. Empero, ni la justicia condiciona la información a sus intereses particulares, ni los medios evitan informar lo que afecte al grupo económico o político al que eventualmente estén representando.

Así las cosas, los medios cumplen un papel fundamental en la sociedad al dar publicidad no sólo a los grandes casos de corrupción, sino de las acciones concretas que adelantan los órganos del sistema de justicia, incluyendo los controles fiscal y disciplinario. Información oportuna, información precisa e información veraz. El logro de estos objetivos avanza

hacia el establecimiento de las relaciones que deben existir entre medios e instituciones de justicia.

Sobre el particular se sugiere no sólo formar a los comunicadores en ciertas áreas de la justicia sino que a los funcionarios judiciales se les forme en el derecho a la información, en el papel de los medios de comunicación y en las bondades de una correlación transparente e independiente.

Cuando los medios cumplen ese rol con objetividad, en no pocos casos se convierten también en fuente importante de información y de activación de los órganos de control ya que sus reportes e investigaciones periodísticas dan soporte a la acción represora del Estado. No pocos escándalos de corrupción en Colombia han tenido como fundamento los reportes de valerosos comunicadores.

III. MECANISMOS DE REACCION

1. Fortalecimiento de las estructuras de control

Cuando no hemos logrado avanzar en la superación de los paradigmas que enervan los mecanismos de prevención de la corrupción, así como los mecanismos de interacción institucional y social, debemos activar el tercer y quizás último mecanismo para enfrentar este flagelo: la reacción.

La reacción, como estrategia para enfrentar eficazmente el problema de la corrupción, equivale a poner en marcha los órganos oficiales encargados de encarar el problema desde los puntos de vista disciplinario, fiscal y penal, fundamento de la política represiva del Estado, contra los actos que afectan los intereses que tutela el legislador.

No obstante la precisión de esta noción, la reacción del Estado no sólo va encaminada al establecimiento de responsabilidades y la imposición de un efecto concreto a sus actores. La reacción es también la implementación de mecanismos capaces de dar respuesta oportuna y suficiente a cada uno de esos hechos que el Estado debe enfrentar, incluyendo el apoyo tecnológico y logístico.

En este orden de ideas, el fortalecimiento de las estructuras de control es el primer mecanismo de reacción para enfrentar la corrupción como estrategia general.

Nuestras democracias están provistas de tres estructuras del poder para hacer frente, desde diversos ángulos, a este fenómeno.

El poder disciplinario, encargado de sancionar al servidor público que contraría sus deberes éticos, inherentes al encargo que se le ha encomendado, y cuya consecuencia no va más allá de la imposición de multa

o separación de su investidura. En algunos sistemas como en el colombiano la separación del cargo por destitución genera inhabilidad para ocupar cargos similares, lo cual tiene sentido ya que la administración no sólo reacciona contra un hecho en sentido individual sino frente a una conducta que no puede aceptarse, en sentido general. Es una forma de llamado colectivo a no incurrir en la misma práctica porque su consumación acarreará la misma respuesta.

El poder fiscal activa su funcionamiento cuando la conducta del servidor no sólo contraviene los principios éticos de la administración pública sino que afecta patrimonialmente el erario, sea porque se apodera de unos bienes, ora porque permite que otros lo hagan, o porque con su conducta esos bienes desaparecen del control oficial. Esa lesión al patrimonio del Estado es, ni más ni menos, lo que explica que un órgano se encargue de su recuperación a través de una acción llamada comúnmente fiscal. Este rol lo ejerce la Contraloría de la República, en unos países, o de Cuentas, en otros.

El poder penal se ejerce por más de una institución, respondiendo al sistema acusatorio, en mayor o menor grado establecido en casi todos los países de la región, en el sentido que la acción penal la ejerce una institución: el ministerio público, y el juzgamiento corresponde a la rama judicial o jurisdiccional, totalmente independiente del primero. Su función es la respuesta más represiva del Estado, toda vez que ella se traduce en la imposición de sanciones que gravan derechos fundamentales como la libertad individual.

El fortalecimiento de estas estructuras del poder implica que el Estado debe prever su funcionamiento en condiciones de eficacia y oportunidad, esto es, que estén en capacidad de reaccionar en el momento en que ocurran los hechos, y que su reacción sea adecuada y proporcional al hecho del que se ocupan.

2. Implementación de unidades especiales

A partir de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción, firmada en Caracas el 29 de marzo de 1.996⁴, algunos de los países que signaron el acuerdo y que posteriormente lo ratificaron en su derecho interno, han impulsado la creación de unidades especiales para hacer frente al fenómeno de la corrupción, respondiendo de esta manera al numeral 9 del artículo 3, que recomienda la implementación de órganos de control superior para desarrollar mecanismos modernos para prevenir detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.

Para los propósitos de detección y sanción de los hechos de corrupción se han implementado unidades anticorrupción, conformadas por funcionarios

⁴ Para una consulta integral de la Convención Interamericana contra la Corrupción consúltese el link: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html>

encargados de la instrucción del proceso o de activación de la acción penal del Estado. Y para los propósitos de prevención y erradicación se han forjado oficinas de alto nivel, adscritas a la presidencia o vicepresidencia de la república, encargadas de coordinar la política de promoción de la ética en la administración pública y campañas para detectar los casos de corrupción.

Aunque no conocemos un órgano que haya agrupado todas las finalidades consideradas en la Convención (prevención, detección, sanción y erradicación) difícilmente podría esperarse este resultado ya que si es el ejecutivo el impulsor de este órgano es claro pensar que no podría incluirle objetivos de represión, y si es el judicial, las funciones de prevención y erradicación no se acoplarían a la naturaleza de esta rama del poder público.

Por esta razón, lo que se ha reflejado en cierta medida es competencia entre poderes del Estado para liderar o abanderar la lucha anticorrupción, sin medir que con esta actitud el único que está sacando provecho es quien se enriquece poniendo en venta la moral pública.

La filosofía que en mayor o menor grado ha fundamentado la conformación e impulso de estas unidades, es la especialización de un grupo de funcionarios investidos de facultades para encarar la acción penal o en el mejor de los casos para abrir formalmente el proceso, frente a casos de corrupción pública o privada.

Aunque su existencia no sólo está fundamentada en la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción, sino en el advenimiento del sistema acusatorio, por lo cual habrá que reconocerse que en pocos casos han alcanzado los diez años de funcionamiento, es importante advertir las fallas que hemos detectado, tanto en su estructura como en su funcionamiento, las cuales reclaman vías expeditas de ajuste y fortalecimiento.

Las debilidades que no se han podido evitar son las siguientes:

- Los fiscales o jueces que hacen parte de estas unidades especiales no recibieron entrenamiento especial, lo cual condujo a que las investigaciones por hechos de corrupción amparados en operaciones complejas como las del sistema bancario o de las del mercado bursátil, fueran mandadas al archivo o en el mejor de los casos se mantuvieran paralizadas. Para referirme sólo a un ejemplo, directivos de la Comisión Nacional de Valores en Colombia fueron investigados porque presuntamente sacaron al mercado títulos oficiales a un bajo precio para luego favorecer a quienes los adquirieron con precio de reventa superior, aprovechando las reglas de la oferta y la demanda, en una operación cuyo costo para el erario fue una suma cercana a los USD 40 millones. Independientemente del tipo de culpabilidad, los funcionarios tardaron cerca de dos años para entender la naturaleza de la operación. En ese tiempo cualquiera estrategia defensiva logra el archivo del proceso mientras el fiscal o el juez se ocupa de entender el problema.

- Las unidades no se conformaron bajo criterios de equipo de trabajo sino como un grupo de funcionarios judiciales, por lo tanto no tienen subunidades operativas como tampoco fueron dotadas de unidades de análisis contable, tributario o financiero. La consecuencia de ello es que a la falta de especialización en estas disciplinas por parte de fiscales y jueces se suma la falta de verdaderos analistas, peritos o auditores que fungieran como verdadero soporte técnico para el esclarecimiento del hecho.

El mensaje se centra en que la simple conformación de la Unidad no es la solución del problema, el asunto estriba en hacer que ella no sólo sea competente para entender los hechos que investiga sino que esté amparada por subunidades especiales para que las labores propias de operación como de análisis de documentos no queden a la deriva.

- En la conformación de la mayoría de estas Unidades no se establecieron criterios de selección de las investigaciones para el conocimiento de sus funcionarios, por lo cual en breve se vieron abocadas a grandes niveles de congestión de casos de toda índole, y con la congestión se esfumaron las pocas posibilidades de sacar adelante los hechos más relevantes. En mis intervenciones públicas siempre he abogado por el establecimiento de criterios o parámetros de selección de las investigaciones con el fin de que estas unidades se ocupen de los casos de mayor connotación, sea por la cuantía de la defraudación o por la calidad de los autores y partícipes. Con ello no pretendo desconocer que el delito, cualquiera sea su entidad, merece un reproche penal, no obstante, razones de política criminal deben procurar que los hechos que generan mayor rechazo social y mayor afectación patrimonial tengan una respuesta más oportuna, de otro modo no se explica la existencia del Principio de Oportunidad o de Conveniencia vigente en sistemas como el americano u hondureño.

- El número de funcionarios destinados a conformar estas unidades siempre fue inferior a las expectativas generadas para su funcionamiento, y aunque esto no puede atribuirse a una voluntad dirigida a aminorar sus efectos, lo cierto es que como unidades especiales encargadas de hacer frente a extensos y complejos hechos de corrupción, es de suponer que el recurso humano debe ser suficiente. Para referirme a sólo dos ejemplos, entre Fiscales y Asistentes de fiscal miembros de la Unidad Especial de la República de Guatemala no hay más de 14 funcionarios de este nivel, en Honduras el número de fiscales especiales es ligeramente superior a 10.

Similar situación acontece con el respaldo que en materia de policía judicial deben gozar los funcionarios de las unidades anticorrupción. Un equipo especial de jueces o fiscales a quienes corresponda la misión de investigar los grandes casos de corrupción requiere todo un equipo de expertos, técnicos y operativos capaces de hacer frente a la demanda de necesidades.

- Finalmente, creemos que tampoco se previó que como unidades especiales para enfrentar los delitos en los cuales se ven involucradas élites del poder, las unidades anticorrupción no están facultadas para conocer y adelantar investigaciones o antejuicios contra funcionarios aforados o con fuero constitucional y legal, generando fenómenos como la ruptura de la unidad procesal, y la eventualidad de decisiones contradictorias.

3. Otras unidades especiales

Paralelamente a las unidades anticorrupción y de cara a las falencias advertidas, nuestra propuesta estriba en la puesta en marcha de subunidades especiales encargadas de tres misiones específicas para atacar con éxito el problema y cumplir con el mecanismo adecuadamente:

1. De análisis de la información: Es cierto que los jueces deben estar en capacidad de entender la información contenida en minutas de contratos, operaciones bancarias o tributarias, en el presupuesto y en los libros de contabilidad, no obstante su entrenamiento técnico no los puede llevar al grado de convertirse en autoridad en el tema, pues para los efectos probatorios del documento en algunos casos se requiere del conocimiento de ciencia que sólo lo puede expresar el perito.

Por esta razón es necesario que los fiscales o jueces de la Unidad Especial tengan un soporte técnico en cada una de estas disciplinas, capaz de presentar conceptos acerca de cada una de estas complejas figuras, conceptos tan bien fundamentados como que se hallen a prueba de las objeciones correspondientes. Estas unidades, llamadas en algunos países Unidad de Análisis Financiero, están conformadas por analistas financieros, analistas bancarios, analistas tributarios y contadores.

2. De seguimiento Patrimonial: El problema de la corrupción no radica sólo en la pérdida de valores éticos o en el desconocimiento de los deberes oficiales, ella esconde también un detrimento patrimonial al Estado que debe ser objeto de investigación en procura de su restablecimiento. Por ello se deben especializar funcionarios con la misión de hacer seguimiento concreto al patrimonio de los empleados y ex-empleados públicos, con el fin de ubicar o detectar el destino de los bienes del Estado o de los bienes obtenidos con la venta de la función pública.

No puede olvidarse que la auscultación del patrimonio de los funcionarios fue otro importante avance de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Sobre este punto, en el numeral Cuarto del artículo Tercero se acordó el establecimiento de sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos de quienes desempeñan funciones públicas y para la publicación de tales declaraciones.

3. Unidades Operativas: Finalmente, enfrentar el delito también implica la capacidad de responder al hecho de una forma oportuna y adecuada, y sólo

es posible cuando se está en posibilidad de responder en el acto, sea para aprehender a los infractores o para preconstituir medios de prueba idóneos para el enjuiciamiento, y ello no ocurre en la oficina del fiscal o del juez. Usualmente sucede en los clubes sociales, en los restaurantes, en los bancos o en oficinas públicas. Por esta razón se requiere de un equipo de personas profesionalmente habilitadas para reaccionar en breve, poniendo en funcionamiento la tecnología y los avances de la ciencia para preconstituir medios de prueba idóneos para la sanción de los responsables.

4. Asistencia técnica

Un órgano de control eficaz en el descubrimiento de grandes casos de corrupción, fundamentalmente aquellos que se esconden detrás de operaciones mercantiles con apariencia de validez, requiere de medios técnicos indispensables para clasificar, cruzar y analizar la información.

Cuando el hecho ya no está en la simple adulteración de firmas, o en la abierta sustracción de un bien público, y más aún, en el dinero que se entrega a un servidor público para que tome una decisión contraria a sus deberes, sino en operaciones complejas, como las de negociación de títulos valores o encargos fiduciarios, las herramientas no son sólo los códigos y la máquina de escribir, los funcionarios requieren de complejos software para entender el problema y descubrir la modalidad del hecho.

Paralelo a la necesidad de dotar las estructuras de control de nuevas herramientas de trabajo se encuentra la necesidad de asistir académicamente a los jueces, no en dogmática penal ni en normas de control interno, en materias como las operaciones mercantiles, mercado tributario y sistema bancario, con el fin de que se hallen a la vanguardia de las nuevas formas de delinquir en la administración pública. Logrando que nuestros jueces y fiscales entiendan la naturaleza de estas operaciones habremos avanzado en forma ostensible hacia el establecimiento de responsabilidades.