

Justicia, Derechos Humanos y Corrupción:
Reflexiones para una Nueva Colombia

Erika Ximena Vargas Rodríguez
Editora

Corporación Excelencia en la Justicia
Bogotá, Colombia
Febrero de 2002

Corporación Excelencia en la Justicia
Calle 94 A No. 13 - 59 Of. 303
PBX: 623 7773
Fax: 623 7973
www.cej.org.co
E-mail: publicaciones@cej.org.co
Bogotá, Colombia

ISBN 958-96664-3-4

Diseño, diagramación e impresión
Doble punto publicidad

Primera edición, febrero de 2002
Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

USAID

La agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID, es el organismo responsable de los programas de ayuda económica exterior norteamericanos en forma de préstamos, asistencia de capital y asistencia técnica y, como tal, la principal institución de desarrollo del gobierno de los Estados Unidos en este campo. Las misiones de la USAID son activas en la mayoría de los países que reciben ayuda económica bilateral de los Estados Unidos. En América Latina, USAID tiene representación permanente en varios de ellos y sus programas están relacionados con agricultura y medio ambiente, promoción de exportaciones, salud y población, pequeña industria, vivienda y desarrollo urbano.

OIM

En 1951 el Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas (CIME) es creado para asistir en el reasentamiento de refugiados, personas desplazadas y migrantes desde Europa a países en Ultramar. En 1980 pasa a ser el Comité Intergubernamental para las Migraciones (CIM) en reconocimiento de su creciente papel mundial. En 1989 pasa a ser la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Medio siglo más tarde, la OIM es la principal organización internacional que trabaja con migrantes y gobiernos para proveer respuestas humanas a los desafíos que planea la migración. En Colombia, desde su establecimiento en 1956 se ha dado a la tarea de responder a los desafíos migratorios surgidos en medio de un contexto complejo. Con ese fin, ha realizado desde varios frentes numerosos avances que responden a la dinámica social en la que se desenvuelve en el país. La situación actual exige dedicar más tiempo y esfuerzos a plantear soluciones, por lo cual se han hecho más necesarias las permanentes consultas y enlaces de la OIM con los distintos organismos que trabajan en el país.

CORPORACION EXCELENCIA EN LA JUSTICIA

Mauricio González Cuervo

Director Ejecutivo

Marcela Moreno Santamaría

Secretaria General

Alfredo Rodríguez Montaña

Coordinador Area de Gestión

Ana Lucía Gutiérrez Guingue

Coordinadora Investigaciones

Luz María Tabares Villegas

Coordinadora de Veedurías

Erika Ximena Vargas Rodríguez

Coordinadora Area de Publicaciones y Comunicaciones

Germán Verdugo Rodríguez

Economista Investigador

Junta Directiva

Rafael Santos Calderón

Presidente

Yolanda Auza

Juan Sebastián Betancur

María Fernanda Campo

Ulises Canosa

Jorge Cárdenas Gutiérrez

Guillermo Carvajalino

Juan Alberto Castro

Jack Goldstein

Alfonso Cuellar

Leonidas López

Alejandro Martínez

Carlos Arcesio Paz

Ramiro Santa

Arturo Solarte

Luis Fernando Uribe

Contenido

PRESENTACIÓN

Rafael Santos

11

PRIMERA PARTE

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA

La atención al desplazamiento forzado de personas y la consolidación del espacio humanitario: un referente para la humanización del conflicto y la búsqueda de la paz 17

Leila Lima

Derechos humanos, corrupción y justicia 25

Fabiola Castillo

Juridicidad del derecho internacional humanitario 33

Augusto Ibañez

Derechos humanos y sistema penal 39

Jaime Granados Peña

Derecho internacional humanitario y código penal colombiano 53

Rosa Inés Altamiranda Camargo

Derechos humanos y fuerza pública 75

José Agustín Suárez Alba

Tribunal Penal Internacional 79

Gustavo Gallón Giraldo

SEGUNDA PARTE

CORRUPCIÓN Y JUSTICIA

Corrupción: prevenir, identificar y sancionar 89

Carlos Ossa Escobar

Normatividad penal y corrupción 97

Edgardo José Maya Villazón

Prevención de los delitos contra la administración pública 103

Virgilio Hernández

Normatividad penal y corrupción 117

Carlos Eduardo Mejía Escobar

Justicia y corrupción: el papel de la sociedad civil 125

Rosa Inés Ospina

<i>Balance del Programa Presidencial de la Lucha contra la Corrupción</i> Hugo Peñasfort	135
<i>Panorama general de la Fiscalía General de la Nación</i> Luis Camilo Osorio	145

Presentación

Justicia, derechos humanos y corrupción son los tres grandes problemas que enfrenta la Colombia contemporánea. A pesar de que estos tres temas han sido objeto de innumerables estudios, investigaciones, diagnósticos, protestas y hasta promesas: el debate en torno a la construcción de soluciones viables es álgido y el camino a recorrer, todavía muy largo. A través del seminario “Justicia, Derechos Humanos y Corrupción: reflexiones para una nueva Colombia”, la Corporación Excelencia en la Justicia pretende aportar a este debate proporcionando espacios donde los diversos actores responsables de la formulación de políticas intercambien opiniones y confronten los resultados de las diversas iniciativas adelantadas en estos tres aspectos. Así mismo, es esta una buena oportunidad para invitar a la sociedad civil a participar de forma activa en los proyectos e iniciativas que se vienen adelantando desde los ámbitos privados y estatales en la lucha contra la corrupción, la defensa y promoción de los derechos humanos y por una justicia eficaz y pronta para los colombianos.

El derecho, entendido como un ordenamiento de la vida social, inspirado en un conjunto de valores como la justicia, la equidad, la seguridad, el bien común y expresado en normas, toma su importancia en la forma de hacerse valer frente a los conflictos de la colectividad. Los procedimientos hacen operante el derecho que se estipula en la normatividad sustancial. Sin embargo, los asuntos procedimentales desplazaron a los aspectos de fondo en la forma de ver la utilidad práctica del derecho, lo que genera en los usuarios del sistema cierta desconfianza en la eficaz y expedita resolución de sus conflictos, al tiempo que implica un costo enorme de tiempo y dinero. Esta desconfianza generalizada en cuanto al sistema judicial actúa como un incentivo perverso para los ciudadanos, en cuanto no cumple con la tarea de regular, sancionar y persuadir a los individuos envueltos en conductas inadmisibles para la vida en sociedad. Es gracias a los altos niveles de impunidad que la Colombia de hoy, se ve envuelta en este remolino de violencias que se reproducen y en un círculo vicioso de corrupción política, administrativa y privada.

En este país se ha vuelto común escuchar escándalos sobre corrupción política y administrativa en el ámbito estatal. Las prácticas corruptas se han generalizado a tal punto que se han vuelto frecuentes las transacciones ilícitas entre los ciudadanos y el sector público, como también el aprovechamiento del poder político para obtener beneficios privados. Prácticas y costumbres que atentan directamente contra los tres principios que garantizan el buen desempeño del sistema de justicia: independencia, autoridad para aplicar las decisiones y una organización independiente. Esto hace impostergable la necesidad de combatir con mayor eficiencia y eficacia este flagelo que aqueja nuestras instituciones.

De igual forma, una justicia débil tiene un impacto negativo sobre la preservación de los bienes básicos intransferibles, propios de la condición humana. A través de los últimos años, el debate acerca de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario ha sido creciente gracias a que cada vez más se reconoce al individuo como pilar de las instituciones y se proponen políticas que buscan defenderlo. A medida que los

países carecen de fronteras gracias a la globalización, aumenta la conciencia en torno a la necesidad de igualar a los hombres en términos sociales, políticos y económicos.

En Colombia, la lucha por la defensa y promoción de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario está más que justificada en la desoladora situación que enfrenta el individuo colombiano al ser víctima permanente de agresiones injustificadas por parte de diversos actores, que no respetan los principios básicos de libertad, vida e integridad, protegidos desde la legislación nacional e internacional. En nuestro país, al igual que en el resto del mundo, deberá existir un adecuado equilibrio entre las instituciones y los individuos que las componen. Los principios de igualdad y libertad deberán ser comunes a todos los hombres del mundo y son éstos principios, a los que apela la carta de derechos humanos, suscrita por toda la humanidad.

La Corporación Excelencia en la Justicia, en congruencia con sus principios rectores de reconocimiento de la persona como eje vital del sistema de justicia y como organización de la sociedad civil responsable de generar acciones tendientes a influir y promover cambios en busca de la excelencia de la justicia y de las garantías de los individuos, se encuentra compelida a realizar un aporte por la construcción de una nueva Colombia. Sea ésta la oportunidad para resaltar la urgencia de contar con una administración de justicia que responda a las expectativas de servicios judiciales que tienen los ciudadanos y de rescatar los principios que le dan al Estado Social de Derecho su razón de ser. El poder judicial, debe velar por la fijación y cumplimiento de las reglas del juego y debe garantizar el respeto de las normas básicas de negociación y de forma primordial, de convivencia. Es el sistema judicial, el ente encargado de integrar esfuerzos encaminados a hacer frente a situaciones de corrupción y violaciones de los derechos humanos. En este seminario se abordaron estos temas desde una perspectiva integral siguiendo como hilo conductor la labor de la justicia colombiana en cuanto al manejo de la difícil situación de derechos humanos y corrupción que vivimos actualmente. Se pretendió también resaltar los ingentes esfuerzos que desde la sociedad civil y el Estado se han venido desarrollando con el fin de proponer soluciones y trabajar mancomunadamente en la formulación de salidas consensuales que contribuyan al allanamiento del largo camino hacia la reconciliación de nuestro país.

Rafael Santos
Presidente Junta Directiva
Corporación Excelencia en la Justicia

PRIMERA PARTE

Derechos Humanos y Justicia

*La atención al desplazamiento forzado de personas
y la consolidación del espacio humanitario:
un referente para la humanización del
conflicto y la búsqueda de la paz*

*Leila Lima**

De manera muy insinuante los tres temas referidos, justicia, acuerdos humanitarios y proceso de paz, combinan reflexiones sobre la protección de la persona humana, tanto en el campo del derecho como en aspectos políticos, propios de la concertación.

En una situación como la colombiana, estos tres ejes temáticos deben ser abordados de manera concomitante, colocando énfasis en la responsabilidad de las autoridades nacionales de respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas, aun en tiempo de conflicto armado, y a su vez, remarcando la obligación de las partes en conflicto de respetar las normas humanitarias. Si bien el desplazamiento deberá ser objeto de análisis en el marco del proceso de paz, el proceso de negociación no es, ni debe ser visto, como la solución al problema. El proceso puede y debe contribuir a disminuir la incidencia del desplazamiento y mejorar la respuesta al mismo; sin embargo, la búsqueda y la consolidación de soluciones para las personas desplazadas requiere esfuerzos inmediatos.

Para abordar en mayor profundidad esta reflexión introductoria, en primer lugar, haré hincapié en la crisis humanitaria que se desprende del desplazamiento forzado de personas. En segundo lugar, enfatizaré en la responsabilidad estatal como eje central de la respuesta al desplazamiento. En tercer lugar, y en referencia al imperativo humanitario que debe regir en un conflicto armado, me referiré a la necesidad de consolidar el espacio humanitario en Colombia. Y, en cuarto lugar, y a manera de conclusión, haré referencia a los retos que se deben encarar tanto en el momento actual, como en una eventual etapa de pos conflicto para dar una respuesta integral al desplazamiento forzado de personas.

El desplazamiento forzado en Colombia: una crisis humanitaria desatendida

El desplazamiento interno de personas por causa de la violencia adquiere proporciones alarmantes, tanto por su incidencia continuada como por el efecto de acumulación de víctimas que no reciben una respuesta a sus necesidades. Esta situación ha generado una grave crisis humanitaria, en buena medida desatendida y que se agrava.

El desplazamiento en Colombia presenta uno de los peores cuadros en todo el mundo e, indudablemente, el peor en el continente. El desplazamiento forzado ha registrado un incremento constante desde 1995. Las fuentes no gubernamentales proyectan un crecimiento estimado por año de aproximadamente 300.000 personas, llegando a una suma acumulativa (entre 1985 y el presente) que sobrepasa los dos millones de personas¹. Por su lado, el gobierno nacional reconoció en 1999, la existencia de 400.000 personas que por razón del desplazamiento requerían algún tipo de atención². Desde ese año, y como consecuencia de mejoras en el sistema oficial de información, el gobierno estima que la población desplazada creció durante el año 2000 en 124.187 personas. Para el primer semestre del año 2001, un estimado preliminar del gobierno registra un crecimiento adicional de 72.000 personas³. Es decir, las cifras oficiales proyectan que, en el momento actual hay aproximadamente 600.000 personas que requieren atención del Estado por razón del desplazamiento forzado.

Uno de los aspectos más preocupantes del cuadro cuantitativo es la tendencia que se registra de incremento permanente. Por un lado, mes tras mes se siguen y se seguirán presentando incidentes de desplazamiento, tanto individuales como masivos. Esto se debe a la incapacidad del Estado de proporcionar protección en diversas partes del territorio nacional, como resultado, en parte, de la agudización del conflicto armado. Por otro lado, el efecto de acumulación de víctimas desatendidas vuelve más compleja la situación y agrava la crisis humanitaria. Dada la ausencia de condiciones mínimas de seguridad y de programas efectivos de restablecimiento, las víctimas del desplazamiento indican, en aumento, su intención de no retorno, muchas veces pasando a engrosar sectores marginales de ciudades capitales e intermedias. A su vez, las condiciones de dignidad y de seguridad de las personas que se asientan en las urbes son precarias.

Además de estas consideraciones generales, creo importante recordar los efectos sociales del desplazamiento, para hacer énfasis en la crisis de carácter humano que se está dando en Colombia: miles de campesinos se suman al anonimato de las poblaciones urbanas marginales; el campo en algunas partes queda despoblado; la cultura de muchas regiones se encuentra trastocada; los líderes comunales están desterrados y perseguidos; y la vida de muchos colombianos y colombianas debe tejerse en tierra ajena.

La cruda realidad se refleja en el rostro triste del desplazado que, con cartel en pecho, pide caridad en los semáforos de la ciudad; en el crecimiento de los asentamientos infrahumanos, como Calle Colombia, el Porvenir o la Esperanza; en las cosechas consumidas por la maleza o en los animales que merodean por el monte, sin dueños; en las casas y tiendas abandonadas, cerradas (para no volver a abrirse, al menos no por ahora); y en el doloroso recuerdo de una masacre. El desplazamiento es un hecho diario y las necesidades de sus víctimas son las angustias cotidianas, inaplazables, de miles de colombianos.

Si bien las imágenes del desplazamiento golpean día a día en los medios de comunicación y existe una difusión del problema hacia el exterior, la crisis no se ha encarado de una manera certera y la respuesta humanitaria no corresponde a la gravedad de la situación.

Ante este panorama, es imprescindible intensificar y perfeccionar la respuesta humanitaria al desplazamiento en Colombia. Por un lado, el Estado debe cumplir con sus obligaciones, dando respuesta a las necesidades de protección y asistencia de la población desplazada. Por otro lado es urgente consolidar el espacio humanitario en el país, incluyendo la ampliación de la respuesta humanitaria al igual que la adopción de mecanismos para lograr el respeto de las partes en el conflicto al imperativo humanitario⁴. A continuación se desarrollan estos dos aspectos.

Ejercicio de la responsabilidad estatal en la atención al desplazamiento

En el marco de un conflicto armado interno se hace especialmente importante una respuesta efectiva por parte de las autoridades nacionales al desplazamiento forzado. Aun en condiciones adversas, el Estado colombiano continúa y debe continuar cumpliendo con sus obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos, a través del de sus diversas ramas de poder e inclusive de los órganos de control.

En cuanto al desplazamiento, tanto las normas internacionales como las nacionales son contundentes al señalar las obligaciones y la responsabilidad del Estado de adoptar e implementar medidas contra los desplazamientos, atender y proteger a las personas desplazadas y garantizar su restablecimiento. El cabal cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones en estos campos contribuiría a la construcción de confianza en una sociedad dividida y fragmentada por el conflicto.

Las agudas crisis políticas, sociales y económicas que enfrentan los países en conflicto son un obstáculo en la configuración de una respuesta efectiva por parte de las autoridades; sin embargo estas condiciones no deben convertirse en una barrera para la acción. Tanto en etapas incipientes de pos conflicto como en situaciones en las cuales las hostilidades no han cesado, la acción estatal en favor de las víctimas puede propiciar un ambiente constructivo, basado en la tutela efectiva de los derechos humanos.

Contando con la compleja institucionalidad del Estado colombiano y del marco normativo y político para la atención a la población desplazada por la violencia⁵, el establecimiento de claras líneas de responsabilidad y control en la respuesta estatal sería un importante aporte a la búsqueda de la paz, paralelo al proceso de negociación. Ciertamente el cumplimiento de las responsabilidades está ligado al compromiso de hacer disponible los recursos requeridos y a la actuación oportuna y adecuada de las autoridades competentes. El ejercicio de la responsabilidad estatal en situaciones de crisis puede llegar a ser un factor determinante en la consolidación de valores que conlleven a una cultura de convivencia y de paz.

La atención al desplazamiento es impostergable. La respuesta debe contemplar la puesta en marcha por parte de las autoridades de medidas destinadas a hacer frente a sus causas, atender de manera oportuna a las víctimas, brindar medidas de protección y procurar el restablecimiento de la población desplazada por la violencia.

El espacio humanitario: un imperativo en el conflicto colombiano

Otro componente primordial en la respuesta al desplazamiento en el país es la consolidación del espacio humanitario, entendido como la existencia de las condiciones mínimas que deben primar para la protección de la población y las personas civiles contra los peligros de las hostilidades, y de las garantías para el desempeño de la misión humanitaria en el país.

La construcción de este espacio es un proceso dinámico que busca reducir los hechos de guerra contra la población y proporcionar niveles básicos de protección y de asistencia. A la vez la consolidación del espacio humanitario contribuye a propiciar condiciones conducentes a la búsqueda de la paz, en la medida en que introduce una ética humanitaria en el día a día, mientras persista el conflicto.

El espacio humanitario busca la primacía de los principios humanitarios y de protección sobre otros intereses, en particular los bélicos. La construcción del espacio humanitario ha permitido, “en medio de dificultades, (...) mantener niveles mínimos de protección y asistencia a partir de los cuales se pudieron concebir los programas de autosuficiencia, el acercamiento al desarrollo y la integración local...”⁶. El espacio humanitario busca penetrar las decisiones y comportamientos con concepciones humanitarias para procurar “neutraliz(ar) corrientes ajenas al cauce humanitario” e influir de manera positiva en el conjunto de soluciones a situaciones de desarraigo⁷.

En el contexto del conflicto armado colombiano y el proceso de negociación en curso, se hace imprescindible elevar y desarrollar la agenda humanitaria. Por un lado, el gobierno debería facilitar el espacio humanitario y conceder garantías para las organizaciones humanitarias, como su reconocimiento jurídico y protección legal. Por otro lado, se debería avanzar con los actores armados en la adopción de un acuerdo humanitario que además de ofrecer un marco general para el respeto del derecho humanitario, podría apuntalar el libre e ininterrumpido acceso a las poblaciones desplazadas y demás poblaciones afectadas por el conflicto armado.

La crisis humanitaria colombiana requiere la puesta en marcha de una respuesta vigorosa e integral. En consecuencia y de manera complementaria a los esfuerzos gubernamentales, la comunidad internacional debería elevar su perfil y encarar de manera decidida y coordinada la respuesta al desplazamiento forzado. Indudablemente, es necesaria la ampliación de las labores humanitarias en el país.

En este orden de ideas, la respuesta a la crisis centroamericana puede servir como un importante referente, puesto que implicó un largo y arduo proceso de concertación y acción entre gobiernos nacionales y extranjeros, organizaciones no gubernamentales, organizaciones intergubernamentales y la sociedad y comunidades de cada uno de los países concernidos para dar respuesta a las situaciones generadas por el desarraigo en la región. En particular, cabe resaltar la labor desarrollada por la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, CIREFCA, en la atención integral a las diversas víctimas del desarraigo, refugiados, repatriados y desplazados, y su contribución a los procesos de paz en la región.

La respuesta a la crisis colombiana requiere la adopción de un mecanismo similar, que permita incrementar la respuesta al desplazamiento en Colombia, aunar esfuerzos, e incrementar la capacidad de protección de los derechos básicos de las personas desplazadas en el país.

Finalmente, para cerrar estas consideraciones sobre la consolidación del espacio humanitario en el país, destaco el aporte que hacen varias experiencias comunitarias a su concreción. Experiencias, como las comunidades de paz en la región de Urabá, la comunidad de La India en Santander, al igual que las diversas formas organizativas de los pueblos indígenas, entre otras, representan manifestaciones concretas de esfuerzos que buscan la primacía del cauce humanitario en regiones afectadas por el conflicto armado. Estos son espacios reales, en medio de la intensificación del conflicto, que cumplen un rol vital en la mitigación del sufrimiento y la defensa de la vida de sus miembros. Ciertamente todas son experiencias que presentan debilidades y que tienen aun muchos aspectos por resolver, como la relación misma con el Estado colombiano y la viabilidad y sostenibilidad de sus proyectos productivos a largo plazo, sin embargo, representan una esperanza de que en medio de la fragmentación es posible la acción colectiva en procura de la defensa de los derechos humanos.

La búsqueda de soluciones: un reto durante el conflicto y el pos conflicto

La búsqueda de soluciones para las personas desplazadas en Colombia es uno de los más complejos e importantes retos del momento. Las soluciones frente al desplazamiento implican un proceso integral de atención, protección y restitución de los derechos de las personas afectadas, que exige el concurso de variadas y coordinadas intervenciones. Dado que las víctimas del desplazamiento han ido conformando un cúmulo creciente, la respuesta es aun más difícil.

Las diferentes modalidades de solución en los casos de El Salvador y en Guatemala indican claramente que cuando el desplazamiento es engendrado por un conflicto, es solamente a través de la restauración de la paz acompañada de programas de desarrollo que se pueden tener retornos y reasentamientos seguros y duraderos. Por lo tanto, en el marco de la negociación al conflicto colombiano, es ineludible la discusión sobre la adopción de medidas para atender de manera masiva los retornos y reubicaciones que tendrán lugar como consecuencia de un eventual cese de hostilidades o un eventual acuerdo de paz. Al igual que en otros países, será preciso planificar y ejecutar complejos programas de retorno y reubicaciones, lo cual implicará abordar discusiones sobre: las modalidades de las soluciones, el acceso a la tierra, formas de producción y comercialización para hacer viable los retornos, medidas de protección, mecanismos de resolución de conflictos derivados de los retornos, medidas de reparación y garantías de no repetición, entre otros.

Si bien la paz es el escenario ideal para la adopción de soluciones duraderas, la búsqueda de estas soluciones no se puede supeditar al éxito o fracaso del proceso de paz. Es cierto que el logro de la paz proporcionará las condiciones de seguridad y estabilidad ideales para la consolidación de soluciones; sin embargo, es necesario no abandonar la búsqueda de soluciones como propósito actual. En distintos lugares del mundo, la búsqueda y consolidación de soluciones (en condiciones de seguridad a veces adversas) tuvieron un efecto catalizador sobre procesos de paz que estaban en curso.

La búsqueda de soluciones es un reto impostergable. Como lo establecen las normas internacionales: “las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o a su lugar de residencia habitual, o a su reasentamiento voluntario en otra parte del país”. El régimen nacional reitera este principio y define de manera particular competencias y responsabilidades de las diversas

autoridades en los procesos de retorno, reubicación o integración de población desplazada por la violencia.

En el desarrollo de estas acciones el respeto y la protección de los derechos humanos debe ser un componente central en la planeación y consolidación de las soluciones para las poblaciones desarraigadas. A su vez, es imperante adoptar mecanismos efectivos para la defensa del espacio humanitario en el país y propugnar por su ampliación. El espacio humanitario, en este sentido, sirve como imperativo de respeto de la dignidad humana mientras persista el conflicto, como un campo para el desempeño de acciones que favorezcan el disfrute de los derechos de las personas afectadas por el conflicto armado y como un referente ético para los actores, en la conducción de las hostilidades y en el desarrollo del proceso de paz.

* *Representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, en Colombia.*

¹ *Véase informes periódicos producidos por CODHES.*

² *Véase Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES No. 3057, Bogotá, 10 de noviembre de 1999.*

³ *Ibidem.*

⁴ *Estos dos aspectos son coincidentes con una resolución reciente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en la cual "urge a los Estados y partes en un conflicto armado proveer protección y asistencia a los refugiados y a los desplazados internos que, además son en mayoría mujeres y niños". Resolución. No. 1324 de 2000, número 6.*

⁵ *El más claro ejemplo es la compleja estructura sistémica establecida por la Ley 387, a través de la cual se constituye el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, Ley 387, Título II, artículos 4-25.*

⁶ *Jorge Santiestevan de Noriega, Cinco ideas-eje sobre la experiencia con los refugiados guatemaltecos, en Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Presencia de los Refugiados guatemaltecos en México, 1999, p. 107.*

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Entre otros documentos véase, "Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina", en la publicación del ACNUR, San José de Costa Rica, diciembre de 1994 y Evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones de los Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina, CIREFCA/REF/94/1, 28 de junio de 1994.*

⁹ *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, Principio 28.1.*

Derechos humanos, corrupción y justicia

Fabiola Castillo

A primera vista no parece encontrarse un nexo claro entre corrupción y derechos humanos. Sin embargo, es evidente que su práctica trae consigo graves consecuencias para el desarrollo de los pueblos, toda vez que la primera se traduce generalmente en la malversación y pérdida de fondos de la cosa pública y, por tanto dilata e impide la ejecución de planes de inversión social, desborda la administración de justicia, aumenta el abismo entre quienes demandan servicios básicos y aquellos que los administran, entre otros. Tales factores conducen en gran medida a elevar los índices de impunidad y, en el caso particular de Colombia, conductas como el narcotráfico, la extorsión y el secuestro, generalmente permeadas por la corrupción, desbordan la capacidad punitiva del Estado, haciendo aún más evidente la grave situación de violación a los derechos humanos por la que atraviesa el país.

Corrupción y violación a los derechos humanos que en Colombia y en el mundo se constituyen en dos de los principales estigmas que signan la historia de la humanidad y respecto de los cuales ha venido prestando especial atención la comunidad internacional, la institucionalidad y la sociedad civil, para entender y enfrentar su compleja dinámica, siendo ejemplo de tan dedicada tarea el voluminoso y variado esquema de instrumentos internacionales, en los ámbitos regional y universal, y de legislación interna que se ocupa de tales temas.

Una de las características propias del mundo contemporáneo es el reconocimiento de los derechos humanos como atributos inherentes a los hombres. Estos se han constituido, en las últimas décadas, en elementos fundamentales para el desarrollo de las sociedades modernas y en una herramienta privilegiada para la legitimación del poder, razón por la cual su respeto y garantía corresponde preminentemente al Estado.

Prever las entronizadas prácticas corruptas así como los hechos constitutivos de violación a los derechos humanos no ha sido ni será tarea fácil. Muestra de ello, es que llevamos más de dos décadas buscando el camino para que quienes trabajan con el estado o se relacionan con él, no vean en la corrupción y en la vulneración de la dignidad humana el camino más idóneo para satisfacer necesidades personalísimas ni para lograr que el Estado funcione.

Sin embargo, la tarea de velar por los derechos fundamentales de los individuos se ve gravemente obstaculizada por el fenómeno de la corrupción, fuertemente enraizado en el sistema político de nuestro país.

La corrupción, entendida como el aprovechamiento de los recursos y decisiones públicas en beneficio propio, por parte de quienes detentan posiciones económicas, administrativas, sociales y políticas, haciendo que predomine el lucro personal o privado sobre el público o nacional, degrada la economía, socava el gobierno e impide el desarrollo sostenible, resta credibilidad al sistema democrático, distorsiona las funciones del Estado y pone en tela de juicio la eficiencia del funcionamiento del poder judicial.

Colombia, al igual que otros países, ha sufrido estos efectos, pero a diferencia de otros contextos se han presentado algunas particularidades que terminaron agravando la situación. La corrupción en el país es un actor con raíces históricas que se acentúa a partir de la década de los ochenta, como lo demuestran estudios sobre el tema.

Una larga convivencia con el narcotráfico y el afán por el enriquecimiento fácil se convirtieron en una constante de la vida política nacional y en una forma de ascenso social. Podría decirse, que el inusitado auge de la corrupción en Colombia durante los últimos años, se explica en alguna medida por ser una sociedad en transición, fuertemente impactada por los acelerados procesos de modernización económica y social, así como por la incapacidad de construir claras fronteras entre lo público y lo privado, y la imposibilidad de desarrollar una ética de lo público.

Ante fenómenos como el narcotráfico, el secuestro y la extorsión, se evidenció la precariedad del Estado, la ineficiencia e incompetencia del aparato judicial y por lo tanto la impunidad y la debilidad institucional se constituyeron en facilitadores de las problemáticas hoy abordadas, convirtiéndose no sólo en causa sino también en consecuencia de tales fenómenos.

Un reciente estudio realizado por la Fiscalía General de la Nación encontró que la impunidad es del 53% en la etapa preliminar, del 2.1% en el sumario o etapa de investigación, y del 10% en el juicio, para un total del 65.9%. Por su parte el DANE, registró una cifra del 64%. Igualmente, es lugar común de los analistas el planteamiento según el cual, es mayor la tasa de impunidad en los delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, que la tasa general de impunidad en toda clase de delitos penales.

Los preocupantes niveles de impunidad existentes aún en la administración de justicia colombiana, contribuyen en gran medida a profundizar la crisis institucional que padece el país. La ausencia de sanciones ejemplarizantes a los sujetos activos en casos de flagrantes violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, desprestigian las instituciones y minimizan ante la comunidad nacional e internacional los enormes esfuerzos realizados por éstas, las cuales se han planteado como un propósito la reducción de la magnitud de este fenómeno.

Colombia debe consolidar los cambios constitucionales de 1991, tales como el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, al debido proceso, al cumplimiento de los términos procesales, la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, la transparencia en todas las fases y niveles del sistema de justicia penal, etc.

Un Estado democrático debe ser capaz de garantizar a sus ciudadanos el respeto por sus derechos, en especial los de la vida, la libertad y la integridad personal, a través de la prevención y de la labor disuasiva y resocializadora de su aparato judicial. Ello no es posible sino en la medida en que los procesos sean llevados con toda imparcialidad, celeridad y eficacia, de tal manera que la impunidad se reduzca en forma significativa.

Como avances particularmente importantes, es de resaltar que en el año 2000 se aprobó la ley que reforma la justicia penal militar con el ánimo de contribuir a evitar la impunidad de los actos ilícitos cometidos por miembros de la fuerza pública; permitiendo que las víctimas de tales hechos actúen en los procesos penales militares como parte civil, e igualmente establece que los delitos de genocidio, desaparición forzada de personas y tortura sean de conocimiento de los jueces civiles.

Igualmente, la inclusión de 34 nuevos tipos penales referidos a crímenes de lesa humanidad e infracciones graves al DIH, en el recién entrado en vigencia código penal, así como la aprobación de la Ley 589 de 2000 por medio de la cual se penaliza el delito de desaparición forzada de personas y se crea la Comisión Nacional de Búsqueda de personas desaparecidas, son una muestra del interés del gobierno en tales materias.

Sin embargo, es evidente que la sola tipificación de las conductas delictivas y la aclaración de las competencias no son suficientes para acabar con la impunidad. Es necesario adelantar campañas de prevención que tengan por finalidad dar a conocer a los ciudadanos los distintos mecanismos, generados desde el Estado, para que sean atendidas las quejas y denuncias por violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

De otra parte, conviene también profundizar en el funcionamiento de los mecanismos alternativos de administración de justicia y en el fortalecimiento de las instituciones estatales encargadas de la pedagogía, asesoría, acompañamiento y defensa de los derechos humanos, tales como las personarías, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría en su función preventiva, los Centros de Conciliación, los Jueces de Paz, los Jueces Indígenas, el Comisionado para la Policía Nacional y las Comisarías de Familia.

De primordial interés ha sido para el gobierno nacional diseñar e implementar mecanismos que permitan el fortalecimiento de la administración de justicia en el campo de los derechos humanos y el DIH, así como expandir el acceso de los ciudadanos al sistema formal de justicia. Infortunadamente, hoy, aquí, debemos reconocer que las investigaciones y los juicios no son siempre llevados en forma objetiva e imparcial, por ser los derechos humanos un tema que puede comprometer diversos intereses personales y políticos.

Como un problema de particular significación en la lucha contra este tipo de delitos, se plantea el tema de la protección de las víctimas, testigos, servidores públicos e intervinientes procesales, que son objeto de amenazas y atentados contra su integridad personal, su vida y las de sus familias. Por ello, es urgente evaluar a fondo los sistemas de protección para una mejor proyección de los mecanismos de administración de justicia.

Otro aspecto que también debe tenerse en cuenta es la inaplicabilidad de ordenes de captura contra los presuntos autores de violaciones a los derechos humanos o al DIH, aún en procesos importantes, por la dificultad de encontrar a estas personas, máxime si se tiene en cuenta que en la mayoría de tales casos se ocultan al amparo de los grupos al margen de la ley.

Ante la irrefrenable globalización se hace indispensable el fortalecimiento y la modernización del sistema interno de justicia, única vía que impedirá la intervención de organismos internacionales para la protección de los derechos humanos. En particular, antes de que entre a regir la Corte Penal Internacional, es indispensable tal fortalecimiento, pues no puede olvidarse que por definición, es de la naturaleza de la Corte la complementariedad. De ninguna manera se pretende que ésta reemplace las jurisdicciones nacionales.

Eventos como la prescripción de procesos, la falta de neutralidad y objetividad en las distintas etapas procesales, no pueden continuar la línea de las condenas internacionales a nuestro sistema judicial, en particular en lo relativo a las investigaciones y juzgamientos en casos de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Es importante apoyar, aún más, a la Defensoría Pública, adscrita como área prioritaria de trabajo de la Defensoría del Pueblo, con el objeto de contar con defensores públicos calificados, que puedan asistir a los procesados en todas las instancias y jurisdicciones.

Colateralmente, como una forma de hacer eficaces los recursos de las víctimas, se deben poner en marcha medidas encaminadas a la salvaguarda de sus derechos mediante la constitución de la parte civil en los procesos penales y propender por la aplicación de medidas nacionales de reparación e indemnización a las víctimas y sus familiares por las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Ya en este punto, debo retomar el tema de la corrupción, ya que las teorías en torno a la democracia resaltan la importancia del gobernante como canalizador de los intereses y demandas de la sociedad. Sin embargo, el sistema subterráneo de corrupción propio del sistema político de nuestro país, no sólo en el ámbito estatal sino también en el privado hace aún más difícil que los derechos humanos sean promovidos y respetados y que se pueda atacar de manera frontal y radical el problema de la corrupción.

La responsabilidad del Estado de generar las políticas públicas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos; así como aquellas que prevengan, enfrenten y persigan la corrupción se constituye en un reto para que su aplicación, desarrollo y seguimiento, genere las condiciones apropiadas para una vida digna. Dignidad humana que no sólo se ve afectada en el marco de las confrontaciones armadas, se ve también alterada en situaciones donde se presenta un regateo de los principios de equidad y libertad. La ausencia de políticas públicas eficientes y eficaces en materia de salud, de educación, de seguridad, entre otras; significa entonces una respuesta inapropiada del gobierno a las demandas de la sociedad y un rompimiento claro con los principios del sistema democrático.

Como respuesta a tales fenómenos, el gobierno nacional, consciente de los efectos que trae consigo la corrupción y la violación a los derechos humanos, ha creado en cabeza del señor Vicepresidente de la República el Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción. Igualmente, ha propendido por el fortalecimiento de las instituciones ya existentes, en concreto la Fiscalía y la Procuraduría General de la Nación, haciendo imprescindible que se continúen adelantando nuevos esfuerzos, más allá de los eminentemente legislativos, para erradicar o por lo menos disminuir a su mínima expresión la problemática que hoy nos convoca.

Aunado a ello, insiste en la urgente necesidad de hacer más eficaces, transparentes y democráticas las estructuras de gobierno a través de la profesionalización del servicio público y la introducción de nuevos esquemas de gerencia pública. Es crucial fortalecer el aparato de justicia, de tal forma que se ofrezcan rápidos y contundentes resultados a las investigaciones por casos de corrupción y violación a los derechos humanos, exigir la publicidad de los actos públicos, así como endurecer las sanciones a los corruptos y a quienes afectan y vulneran nuestros derechos fundamentales; aumentar el control político mediante una bien delineada cooperación interinstitucional y trabajar por la construcción de verdadera una ética institucional.

En tal dirección, la labor del gobierno ha sido ardua tal como lo expresara el Presidente de la República, Andrés Pastrana, con ocasión de foro sobre competitividad, "*Quiero también hoy reafirmar la determinación de mi*

gobierno de continuar combatiendo la corrupción, que es uno de los mayores enemigos de la competitividad de nuestro país y que carcome la moral y los recursos de los colombianos.

El Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción ha recibido desde noviembre de 1998 hasta la fecha 2.901 acusaciones, de las cuales 1.281 se han convertido en denuncias concretas ante la Fiscalía, la Procuraduría General y la Contraloría General de la Nación. Hasta ahora 300 de estos casos tienen dictada medida de aseguramiento en contra de los implicados y el valor de estas investigaciones supera los 110.000 millones de pesos.

Adicionalmente, estamos firmando con los gobernadores y alcaldes del país los llamados Pactos por la Transparencia, de los cuales ya tenemos suscritos los primeros 35, los que fundamentalmente convocan a la sociedad civil y a los mandatarios locales para trabajar para que sus gestiones sean eficaces y transparentes.

Todos estos esfuerzos y muchos otros que sería largo enumerar le han significado a Colombia una mejoría significativa en su calificación dentro del listado que elabora cada año en Berlín Transparencia Internacional sobre el índice de percepción sobre corrupción en el mundo. Mientras en 1998 nos encontrábamos entre las 10 naciones más corruptas del mundo, en los últimos lugares de esta lista, en el año 2000 fuimos ubicados prácticamente en la mitad de la escala. De hecho, Colombia fue puesta como ejemplo de mejoría en este índice ante el mundo.

Para asegurarnos que los ladrones de cuello blanco paguen de sus bolsillos por sus crímenes, vamos a expedir próximamente unas normas que le permitan al Ejecutivo hacerse parte en los procesos para garantizar la devolución de los dineros robados a la sociedad. Así mismo buscaremos que estos delincuentes cumplan sus penas en los sitios ordinarios de reclusión, como todos los demás, sin privilegios especiales. ¡No hay ni habrá ladrones de mejor familia en nuestro país! ¡Todos deberán pagar de su bolsillo y con su libertad lo que le están quitando a los colombianos!”

Las soluciones para combatir la corrupción y para impedir las violaciones a los derechos humanos vienen entonces de la mano. Debemos continuar empeñados en la construcción de una ética de lo público; en una administración pública transparente y al servicio de la ciudadanía; en una administración de justicia eficiente y eficaz y, en un sistema político fortalecido con una sociedad participativa y vigilante, para que la búsqueda de alternativas claras para garantizar una mejor calidad de vida a todos los colombianos, apunte no sólo a poner en práctica políticas en materia de derechos humanos, sino a generar las condiciones propicias para que de hecho, estas se cumplan a cabalidad. Y en este punto, la lucha contra la corrupción juega un papel fundamental.

** Coordinadora del Área de Políticas, Programa Presidencial para los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, Vicepresidencia de la República de Colombia.*

Juridicidad del derecho internacional humanitario

Augusto Ibañez*

Los planteamientos iniciales para abordar la problemática a propósito de la violación de los derechos humanos

y derecho internacional son los siguientes: primero se debe tener en cuenta el planteamiento de la llamada “globalización”, y este tema es de especial importancia no solamente para Colombia, sino para el continente americano, especialmente para el sur de América porque la globalización no es un tema que se pueda negociar, es un hecho. Y es un hecho en muchos aspectos, a nivel económico, laboral, de impuestos, como se dio en el antiguo Mercado Común Europeo, pero es un fenómeno indiscutible desde el punto de vista de la protección a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Se dirá como primer efecto que esto es un atentado contra la soberanía, vale un argumento de interés, pero es que el tema de la soberanía no es un tema de una finca que tiene mojones y que solamente dentro de esos límites se puede variar el imperio de la ley. El tema de la soberanía ya no es del soberano, ni del príncipe, sino de la interrelación y la cooperación internacional en muchos aspectos, entre otros, se encuentra necesariamente, la cooperación judicial y de persecución delictiva.

En este orden de ideas la guerra ya no se hace por medio de la posesión de territorio, y siendo la guerra un hecho, lo lógico es hablar de un derecho de guerra y así se inicia el discurso del derecho internacional humanitario, vía derechos de gentes, que va creando unos antecedentes para la contingencia y la búsqueda de la paz. Cuando eso se dice, hay dos conceptos interrelacionados y contrarios, el derecho internacional humanitario no es un derecho para buscar la paz, sino es un derecho para regular la guerra, en términos jocosos, se puede decir que esta no se gana por “w”, pero hay que saberla ganar mediante un protocolo, mediante unos actos de humanización de la guerra en sí misma considerados.

La guerra civilista debe entenderse dentro del marco ya no de las unidades nacionales, sino a través de muchos mecanismos que se requieren para la internacionalización de las relaciones de los estados y de las personas. Por ejemplo, hay muchos acuerdos de tipo económico dentro de los cuales se puede contar el antiguo Mercado Común Europeo, hoy ya Comunidad Europea, que tienen especiales intereses frente a los llamados “capitales golondrina” en donde estos van pasando de país en país para no pagar impuestos y buscar mano de obra más barata.

Hay alianzas económicas, para efectos de aranceles que también tienen una connotación especial en materia penal o gracias a la fórmula inicial del Mercado Común Europeo.

Existen alianzas estratégicas de política de diálogo norte-sur que son formas de buscar una interrelación de la comunidad internacional desde el punto de vista de política internacional. Pero lo más importante es que la persecución penal que todo el mundo cree que es nueva, no lo es. Ustedes recordarán por afición o por lectura que en el derecho romano, una tribu que se sentía agredida por la injerencia de una persona de otra tribu, sencillamente se entregaba la persona a la tribu de origen para evitar la retaliación.

Hoy podemos decir que esto fue el antecedente de la extradición, pero esta ha variado de contenido porque la palabra tiene importancia o no de acuerdo con el contexto y con el concepto de “soberanía”.

Posteriormente, el delito se persiguió a través del llamado “estatuto universal”, que consistía en que cualquier persona que atentara en cualquier país y contra cualquier persona y en cualquier momento pudiera ser juzgada. En Colombia siempre ha existido ese estatuto desde el Código Penal de 1830. Aparentemente, este fue el estatuto acogido por el juez Garzón para efecto de buscar una posibilidad de enjuiciamiento del presidente tres veces electo, Pinochet.

Y este mismo argumento es el que está señalado para efectos de la persecución de la llamada, dirigencia militar en Argentina, iniciada en tribunales españoles y de Norte América. Pero estas manifestaciones de derecho interno también han tenido un correlato a nivel internacional pero siempre ad hoc, es decir, para el caso y de manera excepcional. Entonces, surge la protección al derecho internacional humanitario por medio de los tribunales de Nuremberg el más criticado de todos; el de Tokio, el de La Ruanda, el de la Yugoslavia, ahora se habla de un tribunal ad hoc para Sierra Leona, se está repuntando alguna idea frente a nuestro país y también algo que es ad hoc, que son las llamadas “comisiones de la verdad”. Estructura jurídica extrajurisdicción que permite llegar a un manejo de la situación de derecho internacional humanitario en un punto determinado de la geografía y de la política.

A esto podemos decir que en verdad lo que se produce es una política criminal, es decir, un mecanismo ya no

nacional sino internacional que lucha contra la violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Podemos pensar por ejemplo, que hay un conjunto de instrumentos a nivel internacional que persiguen el delito, pero lo persiguen a través de reforzamientos internos, a eso se llama una política criminal externa con reforzamiento interno, es decir, la convención de Viena contra el narcotráfico, la convención contra el terrorismo, la convención contra el lavado de dineros, la convención para el financiamiento del terrorismo, etc., etc. Son instrumentos internacionales que obligan a los países que suscriben a reforzar su legislación internacional, es decir, de reforzamiento interno.

Pero también hay otros que persiguen los atentados y podemos decir que dentro de ellos se encuentra todos los tratados que tienen que ver con los derechos humanos, para nombrar algunos tenemos, por ejemplo: a) la declaración de San José; b) la convención de Derechos del Niño; c) la convención de estatutos sobre refugiados; d) la convención contra la tortura o tratos o penas inhumanas; e) los convenios de Ginebra y sus protocolos. Cuando se habla aquí entonces de tratados internacionales que realizan enjuiciamiento, no son enjuiciamientos propiamente dichos sino enjuiciamientos o procedimientos contra los Estados. Cuando hay un caso de violación de derechos humanos se acude al tribunal internacional, pero se sanciona al Estado.

Hoy ya no se habla de eso, sino se habla de la constitución de una Corte Penal Internacional para enjuiciar a las personas por crímenes de guerra, por crímenes de genocidio, y por crímenes de lesa humanidad. La creación de esta institución tiene sus antecedentes como ya lo dijimos en los tribunales de Nuremberg, Yugoslavia, La Ruanda, etc. Este es un tribunal que entutela en parte el derecho internacional humanitario; y que sucedió de manera ad hoc en los casos de la Argentina, Chile, y La Ruanda, etc. Pero en el futuro no va a ser un tribunal ad hoc sino permanente y va a ser un tribunal que tenga toda la eficacia y la fortaleza de un tratado multilateral.

Los contextos han variado y se ha avanzado, pero lo interesante es indagar sobre ¿cuál es la clase de política criminal que se requiere? Hay una política criminal de reforzamiento, ya lo dijimos, y una política criminal de choque contra los atentados que tiene que ver con el derecho internacional humanitario y con el genocidio y la lesa humanidad. Entonces, podemos decir, que la primera diferencia consiste, en cuál es el sujeto perseguible. Antiguamente, el único sujeto perseguible era el Estado y el Estado revertía contra un funcionario o contra una persona. Actualmente, el perseguido es la persona en sí misma.

Hay una diferencia fundamental en las tutelas, mientras que en derechos humanos existe una tutela genérica que le corresponde al Estado, en el derecho internacional humanitario y en la Corte Penal Internacional, la tutela es a bienes jurídicos aceptados por la comunidad internacional.

Hay una similitud en ambas políticas, que es la creación con antecedentes jurisprudenciales en ambos casos, tanto cuando se persigue en el sistema interamericano de derechos humanos, como cuando se persigue a través de una Corte Penal Internacional de derecho internacional humanitario.

Se están creando mecanismos internos y externos para el manejo de la violación de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, se está creando también una especie de tribunal ad hoc, como en el caso de Sierra Leona para estos mismos eventos.

En Sierra Leona se llegó a un acuerdo de paz, el problema era de tráfico de diamantes. La persona que comandaba la insurgencia pasó a ser Ministro de Defensa, le imputaron que existía contrabando de diamantes, hubo un atentado contra él, se rompieron las negociaciones y se inició nuevamente la conflagración en este país. En el siguiente episodio, entonces vuelven a sentarse y se dividen en dos partes: las personas que tenían que ver con el manejo y la conducción de tropas, pasan a un tribunal ad hoc puede ser al tribunal penal internacional; y las personas que recibían las órdenes de nivel medio y bajo pasan a una comisión de la verdad, porque la reestructuración social obligaba a que las personas debían saber qué pasó con su vecino, con su amigo, con su adversario, etc., que no implicaba una condena desde el punto de vista penal, pero significaba una sanción desde el punto de vista social y una aceptación de los hechos.

Esta llamada “comisión de la verdad” tiene una importancia excepcional en cualquier parte en la que haya una negociación por conflicto armado, porque permite, por un lado, la viabilización y la estabilización entre

contendientes, y por otro, alcanzar lo que realmente es una amnistía, porque nosotros tenemos un concepto de amnistía judicial y la comisión de la verdad tiene un concepto de amnistía social.

Tenemos al mismo tiempo, una fórmula para procesar a las personas desde el punto de vista penal, hasta pena de cadena perpetua con decomiso de bienes y con extradición, que es una entrega, y con la persecución de los delitos o de los crímenes sin que exista la prescripción de los mismos, es decir, que frente a estos cuatro delitos, cualquiera sea el momento que se realicen, cualquiera que sea el mecanismo por medio del cual se ejecuten, será perseguibles de por vida hasta que la persona muera.

En Colombia se tiene unos mecanismos de ratificación de los tratados. Sin embargo, el Estatuto de Roma no puede ser ratificado de manera automática porque como ustedes entenderán el Estatuto de Roma o Tribunal Penal Internacional tiene cadena perpetua, tiene apropiación de bienes y de imprescriptibilidad.

Por ejemplo, en Francia no se colocó al tribunal para la aprobación de las Cortes o del Parlamento, sino lo que se hizo fue dar una autorización constitucional al jefe de estado para suscribir y ratificar el tratado.

En Colombia se va a hacer algo parecido, se está dando la autorización en el bloque de constitucionalidad para que modificando el artículo 93 de la Constitución, el presidente de la República pueda ratificar el tratado y de esa manera este entre con esa cláusula al marco del llamado “bloque de constitucionalidad”.

Entonces, para terminar hay tres formulaciones generales: una política criminal contra las violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, una política criminal que se fortalezca mediante una política interna o persecución internacional. Esta última se puede tener por dos vías, por medio de la sanción al Estado cuando hay violaciones de derechos humanos o ahora con este instrumento por medio de la persecución contra la persona en sí misma considerada por medio del Tribunal Internacional.

En todos los casos hay antecedentes normativos muy ricos y especialmente en Colombia, pues ya hemos suscrito el convenio de Ginebra y los protocolos, y, básicamente, lo que se va a hacer es aceptar que existe un mecanismo que se hace efectivo en los convenios de Ginebra.

Y por último, que hay todos los mecanismos jurídicos para buscar que esas vulneraciones sean posibles dentro del marco constitucional y uno de los mecanismo es el llamado “bloque de constitucionalidad”, artículo 93 de la Carta. En donde se permite poner en vigencia y aplicación directa los tratados internacionales que tengan que ver con derechos humanos y mediante ese mecanismo se busca que Colombia ratifique el Tratado de Roma colocando al país dentro del marco del derecho internacional humanitario, en igualdad de condiciones que Venezuela, Perú, Sierra Leona, que ratificaron el tratado, al igual que otros 39 países.

Finalmente, los convido más que a la reflexión, a que se dejen contagiar por el debate, que es una discusión interesante y que conviene para la reflexión de Colombia en este momento.

** Abogado profesor, Universidad Externado de Colombia.*

Derechos humanos y sistema penal

*Jaime Granados Peña**

Introducción

El tema de las garantías procesales a nivel del proceso penal suele tomarse de manera ajena. Francamente, salvo frente a aquellas que tienen que ver directamente con la libertad, que para cualquiera es un aspecto de gran sensibilidad, e incluso con registros y allanamientos, ante las demás garantías como la del debido proceso; el común de la gente, es decir, cualquier ciudadano que no haya estado en contacto directo con el mundo académico o litigioso en lo penal, podría preguntarse: ¿en qué me afectan a mí las garantías procesales?

Dichas garantías son una conquista de la civilización y precisamente por serlo, forman parte de los derechos humanos.

Bien lo dijo Beccaría en su obra *De los delitos y las Penas*:

“Sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del relato, para que la opinión, que acaso es el sólo cimiento de la sociedad, imponga un freno a las fuerzas y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos sino defendidos;...”¹.

Los derechos humanos tradicionalmente en nuestro medio, se han discutido dentro del ámbito del derecho penal sustantivo. A la hora de analizar un sistema penal determinado, se limita la discusión a la adecuada o inadecuada tipificación de hechos delictivos como los de lesa humanidad, desaparición forzada, torturas, genocidio, etcétera.

A manera de ejemplo, los análisis más recientes hechos en Colombia sobre el sistema penal, resaltan las virtudes o defectos del nuevo Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) que por primera vez tipifica los comportamientos anteriormente mencionados.

Sin embargo, los derechos humanos tienen un amplio marco de análisis, si se enfocan dentro del tema de las garantías procesales mínimas con las cuales cuenta cualquier ciudadano, es decir los llamados “Derechos del imputado”, así como los derechos de la víctima². Por lo tanto, un déficit en cuanto a la protección de las garantías mínimas procesales, es una amenaza para la adecuada protección de los derechos humanos en cualquier sistema de justicia.

La idea central frente a este último punto se reduce a que es imprescindible tener claro que lo que ocurra en el proceso penal, tiene que ver con derechos humanos y no pertenece exclusivamente al derecho sustantivo.

En esta dirección, es decir, encaminados a la verdadera garantía y aplicación de los derechos humanos en lo que tiene que ver con el proceso penal, es que han venido orientándose las numerosas reformas que se han llevado a cabo en la gran mayoría de los países latinoamericanos.

“*El Derecho Procesal Penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado*”³ y es por esto que la idea de las reformas es aplicar a la legislación del procedimiento penal, el catálogo de garantías penales de rango constitucional contenido en los ordenamientos constitucionales de los diferentes países, y que básicamente corresponde a la realización del Estado de Derecho.⁴

Por lo demás, la mayoría de los países latinoamericanos, además de contar con constituciones liberales de Estado de Derecho, son signatarios de los acuerdos internacionales correspondientes, que hacen referencia a las garantías individuales del imputado⁵. En este sentido, las reformas responden a una tendencia que se ha venido convirtiendo casi en una exigencia por parte del derecho internacional a través de tratados y convenciones.

El consenso internacional que ha habido en torno al tema de las garantías mínimas procesales, especialmente a raíz de documentos como el Estatuto de Roma⁶, es absolutamente evidente.

Así mismo, a nivel del derecho comparado se ha concluido a lo largo de años de evolución, que la mejor forma de proteger los derechos de injerencias arbitrarias por parte del Estado es mediante el sistema de adopción de estas medidas por parte de un juez imparcial frente a la investigación. En este sentido, otro ejemplo del consenso internacional mencionado en torno a las garantías procesales, lo encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en su artículo 25 literal 1, el cual consagra lo siguiente:

Artículo 25. Protección Judicial

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal

violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (Énfasis suplido).

De igual forma, con relación al consenso internacional se puede mencionar igualmente el caso Genie Lacayo fallado por la Corte Internacional de derechos humanos en sentencia del 29 de enero de 1997, serie A No. 30⁷, con relación al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente al plazo razonable en el cual debe desarrollarse el proceso penal.

El derecho que asiste a toda persona a ser enjuiciado dentro de un término razonable de tiempo, tiene especial relevancia dentro del derecho comparado a raíz de las reformas que vienen implementándose en el sistema penal de los diferentes países, inclusive en África, ya que conlleva la violación de otros derechos fundamentales que asisten al acusado, tales como el derecho a la libertad, a la expresión y asociación⁸. Una administración de justicia eficiente es un indicador del compromiso que haya o no, por parte del Estado, en proteger y respetar los derechos fundamentales⁹.

Tomando otro ejemplo dentro del derecho comparado, encontramos el caso de Puerto Rico, el cual a pesar de las deficiencias en su administración de justicia, es un ejemplo, en la aplicación del derecho constitucional y por consiguiente de la eficiencia en la protección de los derechos consagrados en la Constitución de dicho Estado¹⁰.

Por su condición especial de Estado Libre Asociado, cuando se habla de derechos constitucionales en Puerto Rico, se hace referencia a una doble fuente de garantías constitucionales: los derechos consagrados en la Constitución federal de los Estados Unidos y los contenidos en la Constitución de Puerto Rico¹¹.

Las garantías fundamentales de la Constitución federal se aplican a los Estados, y por lo tanto a Puerto Rico, a través de la Decimocuarta Enmienda, “con el mismo rigor y alcance que se aplican al gobierno federal de los Estados Unidos”¹². Dentro de estas garantías encontramos entre otras: derecho al debido proceso; protección contra la doble exposición; protección contra arrestos, registros e incautaciones irrazonables; derecho a un juicio rápido, público y por jurado; derecho a confrontación; derecho a asistencia de abogado; etcétera¹³.

Así mismo, y en consecuencia, la protección de los derechos constitucionales en la práctica está a cargo de las actuaciones del sistema judicial federal y el sistema judicial de Puerto Rico¹⁴.

Teniendo en cuenta este ambiente a nivel internacional, encaminado a la protección cada vez mayor de las garantías procesales con miras a la salvaguarda de los derechos humanos, en Colombia concretamente, a partir de la Constitución de 1991, se “reconocen plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios, debidamente ratificados, concernientes a los derechos humanos”¹⁵ y así mismo, “por virtud del texto expreso del artículo 94, bien pueden considerarse incorporados a los derechos y garantías reconocidos por la Carta todos aquellos que sean inherentes a la persona humana”¹⁶.

En consecuencia, debido a la relación directa entre garantías procesales y derechos humanos, cualquier ciudadano colombiano está en la facultad de exigir el cumplimiento de las garantías mínimas procesales, como parte de los derechos de los cuales es titular de conformidad con la propia Constitución Política. Por esta razón, también en nuestro país los derechos humanos no sólo corresponden al ámbito del derecho sustantivo penal, sino que son parte inexcusable del derecho procesal penal.

Como se dijo al principio de esta introducción un déficit en cuanto a la protección de las garantías mínimas procesales, es una amenaza para la adecuada protección de los derechos humanos en cualquier sistema de justicia. La “cifra de la injusticia”, entendida como el número de inocentes procesados y a veces condenados¹⁷, que se obtiene como resultado de un sistema penal no protector de las garantías mínimas del imputado, genera gravísimas complicaciones en relación con la justificación de la pena y del derecho penal. El irrespeto a las garantías produce una violación sistemática que padecen hacia futuro varias generaciones.

En este orden de ideas, de acuerdo con Luigi Ferrajoli, las garantías penales y procesales constituyen un sistema de prohibiciones inderogables: prohibiciones de castigar, de privar de libertad, de registrar, de censurar, o de sancionar de alguna otra forma¹⁸, que corresponden a la protección de los derechos humanos y por lo tanto a la verdadera aplicación de los principios constitucionales propios de un Estado de Derecho.

El proceso penal es el medio legítimo con el cual cuenta el Estado para reprimir los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de una pena¹⁹, en aras de proteger los bienes fundamentales del hombre (como los llama Jesús Zamora – Pierce en su obra *Garantías y Proceso Penal*²⁰). Por esta razón, es imprescindible asociar garantías procesales con derechos humanos a través de una legislación adecuada del procedimiento penal, coherente con los preceptos constitucionales de un Estado de Derecho, y no sólo a través de una vasta tipificación de diferentes comportamientos delictivos a través del derecho sustantivo.

“Una sociedad se define por lo que prohíbe y castiga, y por cómo lo castiga, más que por lo que dice sostener y querer”²¹.

Sistemática de las Garantías en el Proceso Penal Colombiano

Ferrajoli: “La justicia penal, en ausencia de garantías, genera para los ciudadanos peligros tal vez mayores que los suscitados por las pasiones de los culpables”²².

Visión estática

* Derecho a la **intimidad**. El sistema acusatorio busca que este derecho se garantice, impidiendo que quien dirige la instrucción pueda afectarlo directamente. Por ello la exigencia de la orden judicial, común a todas las constituciones contemporáneas. Pero el esquema colombiano dejó sin contenido la garantía, al darle funciones judiciales a quien investiga.

Artículo 15, CN: “Todas las personas tienen derecho a la intimidad personal y familiar (...)”.

* Inviolabilidad de domicilio y correspondencia

Artículo 28, CN: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y/o por motivo previamente definidos en la ley”.

* Juicio rápido, público y contradictorio

Maier: “El juicio oral es el paradigma formal sintético del Estado de Derecho en la administración de Justicia”.

Artículo 14.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías ante un Tribunal (...)”.

Artículo 8, pacto de San José de Costa Rica, 1969: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, (...)”

“2. (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (...)”

“5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

* Principio de **libertad**. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presunción de inocencia se desprende la presunción de libertad, que debe desvirtuarse por medios probatorios idóneos (caso Giménez).

* Derecho a **guardar silencio**. Se considera un trato cruel que las personas se vean obligadas a instruir el proceso que se sigue en su contra.

Artículo 33, CN: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero

permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

Artículo 8.2 Pacto de San José: “(...) durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

Visión dinámica

1. Principios de la iniciación del procedimiento.

- a) Persecución penal por el Estado, o principio de **oficialidad**. Es el Estado el llamado a elevar y promover la acción penal de manera general. Este principio encuentra su antítesis en la acción popular y en la acción privada²³. En Colombia: artículo 26 del nuevo C. P. P.:

“La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de investigación y los jueces competentes durante la etapa de juzgamiento; (...)”.

Artículo 250 C. N.: “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados o tribunales competentes(...)”.

- a) Principio **acusatorio**. El juez sólo puede decidir con base en una acusación. Encuentra su antítesis en el principio inquisitivo, por virtud del cual el juez tiene el impulso procesal y toma decisiones con base en su iniciativa y su criterio personal. En Colombia no se cumple el principio acusatorio, aunque se pretenda que sí, porque el fiscal es quien impulsa la investigación, al tiempo que es quien la dirige como juez, decretando pruebas de oficio, evaluando por sí mismo el peso de su propia instrucción y decidiendo sobre los derechos del imputado.

Ferrajoli: “La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio (...) Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación, (...) sino también (...) el papel de **parte** asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado (...)”²⁴.

Como sostiene **Alejandro Carrió**, “Nuestro sistema, derivado de la Ley de Enjuiciamiento española, puede considerarse como formando parte de los llamados procedimientos “inquisitivos” utilizados en países de Europa continental, y cuya nota más característica consiste en atribuirle a un funcionario judicial la tarea de investigar delitos”²⁵

Artículo 14.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966: “(...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial (...)”.

Artículo 8.1, Pacto de San José de Costa Rica, 1969: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, (...)”.

Artículo 74, nuevo CPP: “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación dirigir, realizar y coordinar la investigación e instrucción en materia penal (...)”.

Artículo 250 CN: “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados o tribunales competentes. (...) Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá: 1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito (...) 2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas(...)”.

- c) Principio de **legalidad** desde el punto de vista procesal: obligación de perseguir y acusar. Debe aclararse que en ningún sistema se persiguen **todas** las infracciones a la ley penal, ya que necesariamente algunas, insignificantes por ejemplo, quedan desprovistas racionalmente de acción. Sin embargo, por tratarse de una

excepción a un principio, la abstención de perseguir y acusar debe estar cuidadosamente reglada en la ley, estructurando lo que se denomina “principio de oportunidad”.

Ferrajoli: “*El principio de legalidad (...) no significa que ningún delito deba quedar sin juicio e impune, sino sólo que el “si”, el “cuándo” y el “cómo” del juicio no son discrecionales*”²⁶.

En Colombia, el sistema merece críticas desde el punto de vista de que es plausible la abstención de perseguir y acusar en algunos casos, pero esa facultad no está reglada, con lo cual las decisiones de la fiscalía en ese sentido son discrecionales e incuestionables.

d) Principio del juez establecido en la ley, o **juez natural**. En general este principio se cumple como parte de las formas propias de cada juicio. Pero en el análisis material del tema, se observa que la finalidad del juez natural es que no pueda constituirse un tribunal específico para que juzgue a una persona. Ahora bien, si tenemos en cuenta que la fiscalía ejerce funciones judiciales, y en algún sentido es entonces juez, cabe destacar que la fiscalía tiene una estructura jerárquica por delegación, con lo cual el funcionario adquiere competencia una vez se determina quién es el sindicado. Esta característica del sistema abre una brecha a posibles arbitrariedades, en la medida en que el juez de instrucción que es nuestro fiscal no es previo al inicio del proceso, sino que es delegado posiblemente una vez está determinado el sindicado.

Beccaria: “*El príncipe que sustituye jueces forzosos a los órganos ordinarios de la ley, anuncia designios de satisfacer venganzas (...)*”²⁷.

Artículo 29, CN: “(...) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente (...)”.

Artículo 14.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966: “(...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente (...)”.

Artículo 8.1, Pacto de San José de Costa Rica, 1969: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (...)”.

2. Principios de la realización del procedimiento

a) Principio de **investigación integral**. El instructor debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al reo. Siendo una característica del sistema acusatorio, es un mandato constitucional en nuestro sistema inquisitivo. Y a pesar de sus bondades dentro de su contexto usual, debe destacarse que no es viable pensar que un juez, que a su vez es también parte, vaya a cumplir con este mandato de manera general: en primer lugar, porque no favorece sus intereses de parte en el proceso. Y en segundo, porque no hay un juez que lo controle en ese sentido, ya que el juez es él mismo.

Artículo 160.2, Ordenanza Procesal Alemana: “La Fiscalía deberá averiguar no sólo las circunstancias que sirvan de inculpación, sino también las que sirvan de exculpación (...)”.

a) Principio del derecho a **ser oído** conforme a la ley (*fair trial*), esto es, el debido proceso. Está conformado por una serie de garantías mínimas, sin las cuales no puede decirse que haya proceso como tal. Ellas forman parte de los derechos humanos, por ejemplo, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, la imparcialidad judicial, el derecho a guardar silencio, el derecho a un juicio rápido, etc.

b) En sentido estricto, el derecho a ser oído se refiere al derecho de defensa, que emerge de considerar al acusado, no como un objeto del procedimiento, sino como un sujeto del mismo. Implica el derecho de aportar pruebas y de rebatir las que se alleguen en su contra. En Colombia no se entiende ese derecho en su verdadera dimensión: las pruebas en Colombia se recaudan fundamentalmente en la instrucción, y permanecen como tales hasta el fin del procedimiento²⁸, con el agravante de que durante la investigación, quien las decreta o niega es el fiscal, juez y parte. Adicionalmente, si el fiscal considera suficientemente instruido el proceso, cierra la investigación con una resolución que solamente admite el recurso de reposición por parte de la defensa. Con ello, en la práctica muchas veces es nugatoria la labor probatoria de la defensa.

c) Debe destacarse también la ausencia de un adecuado derecho a la **defensa técnica**, que implica que exista

igualdad entre la acusación y la defensa El imputado debe estar asistido por un abogado desde el inicio del procedimiento hasta el final del mismo, que se encuentre en iguales condiciones que la fiscalía o ente acusador. Pero es obvio que si la fiscalía tiene poderes judiciales, no hay igualdad entre acusación y defensa.

d) Principio de celeridad, “para el juicio oral, el principio de **concentración**”²⁹. La concentración probatoria busca que las pruebas puedan ser apreciadas en su conjunto, sin que se fraccionen en la mente de quien debe dar el veredicto. Pero es evidente que ello no sucede cuando el juicio se extiende en el tiempo, y tampoco si la persona que presencia la práctica de casi todas las pruebas (fiscal) no es quien da el veredicto (juez).

3. Principios probatorios

a) Principio de investigación integral (v supra 2a).

b) Principio de **inmediación** de la producción de la prueba. Éste es uno de los principios más palmariamente desconocidos de nuestro ordenamiento, ya que ni siquiera se le reconoce importancia desde el punto de vista teórico. La Corte Constitucional, en la citada sentencia C-609 de 1996, entronizó el principio de permanencia de la prueba, esto es, lo que constituya prueba en la instrucción no tiene que volver a practicarse en el juicio para ser prueba. Entonces, además de que quien dispone de las pruebas es juez y parte, esas mismas pruebas permanecen para el juicio, con lo cual el funcionario que emite el veredicto y dicta la sentencia, no es el mismo que presencié la práctica de la prueba que supuestamente debe valorar. Por el contrario, un sistema garantista no entiende como prueba nada que no se haya producido durante la audiencia en presencia del juez, y sometido a la contradicción de en este caso la defensa.

c) Principio de la **libre valoración** de la prueba. El juez que valora la prueba para efectos de la absolución o la condena no debe tener prejuicios acerca del caso, debe llegar a él de manera desprevenida. Entre nosotros, a pesar de que la libertad probatoria es un principio de trayectoria, debe observarse que no hay tal libertad cuando al juez le llega un expediente con valor de prueba, ya conformado y valorado por otro “juez”. No es posible que el juez esté libre de prejuicios, cuando lo que recibe es un expediente oficial cuyo mérito está ya establecido, porque en ese sentido, la etapa de juzgamiento está funcionando en la práctica como una apelación, perdiendo su carácter de eje del procedimiento.

d) Principio **in dubio pro reo**. Significa que el Estado prefiere que haya culpables libres a que haya inocentes en la cárcel.

e) **Presunción de inocencia**. A pesar de las previsiones normativas, en el sistema colombiano la parcialidad del fiscal hace que se presuma la culpabilidad:

“El funcionario de instrucción tiende a convertir en teorema lo que no es sino una hipótesis, o sea, hace de esta una tesis cuya verdad va a demostrar; y la hipótesis en el proceso criminal no es un teorema, no se sabe si lo supuesto será o no cierto. Los psicólogos franceses Laillet y Bonovent en un libro titulado “Los errores judiciales y sus causas”, explican el empeño de los funcionarios en demostrar su hipótesis, presuponiéndola cierta, y dicen: “*Salvo raras excepciones, el funcionario instructor se deja guiar, sin darse cuenta él mismo de lo que le pasa, por aquél hábito mental que le hace considerar la acusación, esto es, la suposición de la culpabilidad del sindicado, no como una hipótesis, sino como un teorema, cuya verdad se trata de demostrar a todo trance. El funcionario **considera innecesarios, ociosos o ridículos, todos los requisitos que tienden a garantizar la verdad; ¿para qué garantizar la verdad si se sabe de antemano? Todo indicio de inocencia se rechaza como un peligro de error, como un obstáculo para la anhelada demostración de su teorema. La demostración de su hipótesis se convierte para el funcionario en **asunto de amor propio**, de honor, sobre todo cuando se trata de un proceso ruidoso. Mario Pagano dice a este respecto, con singular acierto, que “nace en cada proceso el empeño de consagrar una víctima”***”³⁰.

Artículo 14.2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley”.

Artículo 8.2. Pacto de San José de Costa Rica: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Artículo 29, CN, inciso 3: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable (...)”.

Frente al poco valor que se le concede a la presunción de inocencia, cabe destacar el régimen de la **detención preventiva** en Colombia. Es el fiscal, durante la etapa de instrucción, quien impone la medida de aseguramiento, con el agravante de que normalmente sustenta su necesidad en el grado de certeza que hasta ahora existe de la comisión del delito. La finalidad de la medida de aseguramiento no es imponer una pena antes de la sentencia, como se ha entendido, sino asegurar la comparecencia del sindicado y la no destrucción por parte suya de elementos probatorios. En este sentido, ha habido un avance, ya que la Corte Constitucional, en una sentencia aún no publicada, sostuvo que la detención preventiva debe consultar esas finalidades, que emanan de la Constitución para plasmarse en el artículo 3 del CPP, so pena de devenir inconstitucional.

4. Principios relativos a la forma

Ferrajoli: “(...) *El método inquisitivo... - requiere - únicamente un juicio, cualquiera que sea, como condición necesaria de la pena; mientras que el método acusatorio (...) exige además que el juicio se desarrolle con las garantías procesales en materia de prueba y de defensa que hacen posible la verificación y la refutación*”³¹.

- a) Principio de **oralidad**. La oralidad en el proceso penal es una expresión de la democracia, y contribuye a su vez a la celeridad del procedimiento. El proceso escrito contribuye al secreto y al entramamiento del proceso, el culto a la forma sin contenido. El principio de oralidad implica que no tiene peso procesal lo que no se ha introducido en forma oral en el juicio. Nuevamente, debido a la permanencia de la prueba, el carácter oral del juicio ha hecho que pierda centralidad frente a la escritura de la instrucción, radicando el eje del proceso en la fase que se supone preparatoria, y que debería ser extraprocesal.
- b) Principio de **publicidad**. El carácter público del proceso implica su transparencia, y acerca el pueblo a las normas jurídicas, le da confianza en la jurisdicción. En el sistema colombiano, como se advirtió, el diseño del proceso resta importancia a la etapa pública del juicio, porque el centro es la instrucción, protegida frente a la comunidad por la reserva sumarial. Es decir, no todo el contenido del proceso llega a ventilarse públicamente, porque debido a la permanencia de la prueba, hay temas que se quedan en la instrucción, sin tocarse en el juzgamiento.

Ferrajoli: “*La publicidad (...) asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial (...) Los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor*”³².

* Abogado profesor, Universidad de los Andes.

¹ Beccaría, *De los Delitos y de las Penas*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, p. 84.

² Diferentes autores a través de la historia han propugnado por los derechos que asisten a las víctimas dentro del proceso penal con el fin de reivindicar su protagonismo dentro de dicho proceso. En este sentido afirma Jaime Solé en su obra *La Tutela de la Víctima en el Proceso Penal*: “..., la víctima tiene pleno derecho a obtener una tutela judicial efectiva respecto de sus pretensiones reparatorias en orden a los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del ilícito penal”, p. 15.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán citada por Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pg. 10.

⁴ Véase al respecto a Ambos, Kai en *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Editorial Ad-Hoc, Argentina, pgs. 17 y ss.

⁵ Ambos, Kai, *ob.cit*, pg.846.

- ⁶ En particular consúltense los artículos 66, 67 y 68 del Estatuto de Roma. El artículo 67 optó por un modelo de investigación y juzgamiento con el pleno de las garantías procesales. Ambos, Kai y Guerrero, Oscar Julián, *El Estatuto de Roma, Edición de la Universidad Externado de Colombia*, 1999.
- ⁷ *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*, publicación del Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 1999, pg.238.
- ⁸ Véase al respecto en *Criminal Law Forum*, volumen 5 número 1 (1944), publicación de Rutgers University School of Law en Camden, la participación de Benjamín J. Odoki, "Reducing delay in the administration of justice: The case of Uganda", pgs. 57 y ss. y "Justice: The case of Uganda", pgs. 57 y ss.
- ⁹ *Ob cit.*
- ¹⁰ Alvarez, José Julián, "La protección de los derechos humanos en Puerto Rico" en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. LVII, 1988, nums. 1-2, pgs. 133 y ss.
- ¹¹ *Ob cit*, pg. 150.
- ¹² Chiesa, Ernesto, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y los Estados Unidos*, Editorial Forum, 1995, pg. 9.
- ¹³ *Ibidem.*
- ¹⁴ *Ob cit* 11, pg. 155.
- ¹⁵ Sentencia C-574 de 1992 de la Corte Constitucional M.P Doctor Ciro Angarita, citada en la participación del Doctor Joaquín Polo contenida en *Garantismo, Eficiencia y Reforma Procesal Penal, Corporación Excelencia en la Justicia, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1999.*
- ¹⁶ *Ibidem.*
- ¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pg. 210.
- ¹⁸ *Ob. Cit.* p. 861.
- ¹⁹ Solé Riera, Jaime, *La Tutela de la Víctima en el Proceso Penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, ps. 9 y ss.
- ²⁰ Zamora – Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, Editorial Porua S.A, México, 1991, parte introductoria.
- ²¹ *Ibidem.*
- ²² Luigi Ferrajoli citando a Paolo Rosi. *Derecho y Razón*, Madrid, 1995, p. 604.
- ²³ Cfr Claus Roxin. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 79.
- ²⁴ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*, Madrid, 1995, p. 567.
- ²⁵ Alejandro D. Carrió. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Buenos Aires, 2000, p. 37. Subrayas originales del texto.
- ²⁶ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*, Madrid, 1995, p. 562.
- ²⁷ Césare Beccaria. *De los Delitos y de las Penas*, Buenos Aires, Heliasta, p. 84.
- ²⁸ Cfr Corte Constitucional. Sentencia C-609 de 1996.
- ²⁹ Claus Roxin. *Ob Cit*, p. 77.
- ³⁰ Luis Rueda Concha. *Los Tres Sistemas del Proceso Criminal en Conferencias de Derecho Procesal*, 1923, p. 91. Énfasis suplido.
- ³¹ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*, Madrid, 1995, p. 605.
- ³² *Ibidem*, p. 616.

Derecho internacional humanitario y código penal colombiano

*Rosa Inés Altamiranda Camargo**

Introducción

El Congreso de la República, mediante la Ley 599 de 2000 modificó el régimen penal que se encontraba vigente desde la década de los ochenta.

En su momento, el proyecto de ley que establecía el nuevo Código Penal, se concibió con los propósitos de modernizar, actualizar y unificar la legislación penal existente desde 1980, adecuar la normatividad penal a los postulados y principios de la Carta Política de 1991 y a los tratados internacionales ratificados por Colombia, entre ellos, los relativos al derecho internacional humanitario.

Como resultado de lo anterior, los artículos 135 a 164, se penalizaron 29 conductas que constituyen infracciones graves al derecho internacional humanitario, y además se tipificaron conductas como la desaparición forzada y el genocidio.

De hace años, la Cruz Roja Colombiana, cumple una labor preventiva mediante la enseñanza del derecho internacional humanitario a todos los sectores de la comunidad, y por ello haremos una aproximación a las referidas normas del Código Penal desde dos ópticas: en primer lugar, los conceptos básicos de la normativa humanitaria, su incorporación en el orden jurídico interno, y algunos elementos interpretativos de la legislación penal, y en segundo lugar, apuntes, en concreto, sobre los tipos penales.

1. Derecho internacional humanitario y orden jurídico interno

El moderno derecho internacional humanitario, entendido como “el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto”¹, nace y se desarrolla con el propósito esencial de disminuir los rigores y los sufrimientos que padecen la población civil y los combatientes puestos fuera de combate, en la circunstancia extrema de un conflicto armado.

De lo anterior, y de su evolución histórica podemos establecer los rasgos característicos del derecho internacional humanitario:

- Hace parte del derecho internacional público.
- Se trata de una pluralidad de normas de carácter internacional, contenidas en tratados multilaterales o provenientes de la costumbre.
- Posee un campo de aplicación limitado, dado su carácter de normatividad de excepción, que regula los conflictos armados.
- Su finalidad es estrictamente humanitaria, propendiendo por la disminución de las consecuencias nefastas de los conflictos armados, garantizando la supervivencia del ser humano y la permanencia de mínimas condiciones de subsistencia.
- La regulación humanitaria de los conflictos armados se hace en dos sentidos: restringiendo métodos y medios de combate; y protegiendo a personas y bienes que son o pueden ser afectados en el marco de un conflicto armado.

De las normas convencionales del derecho humanitario, son de especial interés, los cuatro convenios de

Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, los cuales Colombia ha ratificado mediante la Ley 5 de 1960, la Comisión Legislativa Especial por el trámite del artículo 58 transitorio de la Carta Política, y la Ley 171 de 1994, respectivamente.

Esta incorporación en el orden interno, implica, para el Estado colombiano, compromisos internacionales, entre ellos adaptar las normas internas a la legislación internacional, lo cual contribuye al cumplimiento de la obligación incondicional, “en toda circunstancia”, a cargo de los Estados partes en los convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 de “respetar y hacer respetar” sus disposiciones.

En materia penal, esta obligación incondicional se relaciona con la adopción de medidas nacionales de aplicación orientadas a la sanción de las infracciones graves al derecho internacional humanitario; en los artículos 49 del C.G.I, 50 del C.G.II, 129 del C.G.III, y 146 del C.G.IV se establece que “las altas partes Contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas para determinar las sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves definidas en los Convenios”.

De otra parte, esta incorporación en el orden interno ha permitido que la jurisprudencia de la Corte Constitucional establezca lineamientos que constituyen criterio auxiliar para la interpretación de las normas penales, y por lo tanto, obligan al operador jurídico al estudio de las mismas. Al respecto, destacamos dos principios esenciales:

Los principios del derecho internacional humanitario hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos

En reiterada jurisprudencia, ha dicho la Corte Constitucional: “los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los convenios de Ginebra y en sus dos protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos”³.

Ha entendido la doctrina del derecho internacional público como *ius cogens*: “aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensable para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico”⁴.

Así mismo, el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, establece por norma *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho internacional humanitario ha de ser respetado por todas las partes en conflicto, aún por las fuerzas irregulares, sean o no signatarias de los tratados internacionales, de los conflictos armados internos, toda vez que la fuerza vinculante de estas normas radica en carácter universal de sus contenidos y a los principios y valores humanitarios de índole consuetudinaria que compilan.

Las normas del derecho internacional humanitario se integra con la Carta Política en bloque de constitucionalidad

Armonizando los artículos 4 y 93 de la Carta, la Corte Constitucional considera que las normas del derecho humanitario se incorporan al texto constitucional mediante la figura del bloque de constitucionalidad, cuya principal consecuencia es otorgar a esta normativa la misma jerarquía de las normas constitucionales.

Así mismo, en la providencia de constitucionalidad del Protocolo I, la Corte estableció que la alusión al derecho internacional humanitario en la Constitución, tiene la fuerza de principio constitucional que en su leal saber y entender tiene la fuerza de norma jurídica, que ha de servir de marco de interpretación a otras normas, reconociendo el carácter constitucional de ellas. Considera que debe concebirse el derecho humanitario como sistema de protección de la persona por encima de cualquier consideración adicional.

En palabras de la Corte:

(...)

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un «bloque de constitucionalidad», cuyo respeto se impone a la ley”.

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

Vale recordar que, de conformidad con el artículo 93 de la Carta Política, los derechos deberán interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, estableciendo un efecto interpretativo que debe aplicarse al estudio de los nuevos tipos penales. También constituyen un criterio interpretativo, los pronunciamientos que los operadores jurídicos internacionales han formulado sobre el alcance de las normas humanitarias, sea el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en especial en sus informes sobre Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de La Haya, y las providencias de los Tribunales ad hoc creados para la Antigua Yugoslavia y Ruanda.

También en el orden interno existen providencias que contribuyen al estudio de los tipos penales relativos al derecho internacional humanitario que deben ser considerados para su correcta aplicación.

2. Derecho internacional humanitario y código penal colombiano

Sobre el particular abordaremos dos puntos: de una parte, los elementos comunes de los tipos penales contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, y de otra, su categorización por asunto regulado, su concordancia con los tratados internacionales, entre otros apuntes generales.

2.1 Elementos comunes

Son tres los elementos comunes a las conductas tipificadas en el título II, capítulo único del nuevo código penal.

2.1.1. Sujeto Activo

El legislador acogió como fórmula la de sujeto activo indeterminado: “el que”. Éste abarca a todo aquel que cometa alguna de las conductas punibles violatorias del derecho internacional humanitario.

En relación con los miembros activos de la Fuerza Pública, debe precisarse que al interpretar sistemáticamente los artículos 16, 18, 20, 174, 175, 176, 177, 178, 179 y 195 del Código Penal Militar los militares en servicio activo pueden ser autores de los delitos consagrados en la ley penal ordinaria; pero serán juzgados por los tribunales militares y con el procedimiento establecido para la justicia castrense.

2.1.2. Sujeto Pasivo

El párrafo del artículo 135 del código penal, establece:

“Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil⁸.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa⁹.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse”.

Esta enunciación corresponde a las personas protegidas por las normas humanitarias, y el numeral 8 remite en forma expresa a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, y demás tratados.

2.1.3 Ambito material de aplicación del DIH

Las normas penales, de conformidad con el ámbito de aplicación material del derecho internacional humanitario, establecen que la conducta debe darse “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”. No se hace distinción entre conflicto armado internacional o no internacional, por lo que se entiende aplicable para ambas circunstancias.

Por conflicto armado se entiende el enfrentamiento continuo y sostenido entre dos o más partes que recurren a la fuerza para dirimir la controversia suscitada por la oposición entre sus voluntades, intereses o puntos de vista¹⁰.

De conformidad con las disposiciones de los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, se entiende por *conflicto armado internacional*:

- Entre dos o más entidades estatales.
- Cuando se presenta una ocupación extranjera aunque no se encuentre resistencia militar.
- Cuando un pueblo lucha contra la dominación colonial o los regímenes racistas en el ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos.
- Entre las fuerzas armadas de la parte insurrecta, reconocida como beligerante, y las fuerzas armadas de cualquier Estado.

No se requiere que haya una declaratoria de guerra, y se aplican las normas así alguno de ellos no haya reconocido ese estado de guerra¹¹.

Por *conflicto armado no internacional*, se entiende aquellos conflictos que surjan en el interior de un Estado entre:

- Partes en conflicto¹².
- Las fuerzas armadas de un Estado y fuerzas armadas disidentes¹³.
- Las fuerzas armadas y grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas¹⁴.

2.2 Apuntes sobre los tipos penales

Podemos agrupar los mencionados tipos penales contra los bienes y personas protegidas por el derecho internacional humanitario, según la materia que regulen, en las siguientes categorías:

- 2.2.1 Delitos contra la vida, integridad y dignidad personal.
- 2.2.2 Delitos contra la libertad e integridad sexual.
- 2.2.3 Delitos contra la libertad y autonomía personal y el debido proceso.
- 2.2.4 Métodos y medios de combate ilícitos.
- 2.2.5 Delitos contra la asistencia humanitaria.

- 2.2.6 Delitos contra los bienes protegidos.
- 2.2.7 Delitos contra la protección de la población civil.
- 2.2.8 Despojo en el campo de batalla.

En cada categoría, presentaremos un cuadro resumen con la norma, la conducta punible, su concordancia con los tratados internacionales, y la sanción a imponer.

2.2.1 Delitos contra la vida, integridad y dignidad personal

Se establecieron cuatro conductas punibles: el homicidio, las lesiones personales, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, y los experimentos biológicos en persona protegida.

Hemos incluido en esta categoría, el tipo penal de actos de discriminación racial artículo 147, que afecta la dignidad personal; el Protocolo I en su artículo 85 consagró como infracción grave al derecho internacional humanitario las prácticas del *apartheid* y demás prácticas degradantes, basadas en la discriminación racial, que resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas han considerado como crímenes de lesa humanidad. Otras disposiciones del derecho humanitario, prohíben explícitamente toda distinción desfavorable basada en cualquier criterio, incluido la raza.

2.2.2. Delitos contra la libertad e integridad sexual

En las normas del derecho internacional humanitario se prohíben, en forma genérica, los atentados contra el pudor sexual y, en específico, la violación y la prostitución forzada. El código penal tipificó el acceso carnal violento, los actos sexuales violentos y la prostitución forzada, remitiendo a la definición de acceso carnal consagrada en el título correspondiente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual y a las circunstancias de agravación punitiva allí contempladas.

2.2.3. Delitos contra la libertad y autonomía personal y el debido proceso

Una de las infracciones graves al derecho humanitario, es la toma de rehenes, siendo una conducta prohibida tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos, de tal manera que hace parte del mínimo humanitario del artículo tres común, de obligatorio cumplimiento para todas las partes en el conflicto.

Así mismo, el respeto de las garantías judiciales, reconocidas a las personas privadas de la libertad, es una de las reglas fundamentales del derecho internacional humanitario.

Hemos incluido el tipo penal de exacción o contribuciones arbitrarias, conducta no descrita en el derecho internacional humanitario, pero que corresponde a la discrecionalidad del legislador en la concreción de conductas reprochables; la consideramos una limitación a la autonomía personal.

2.2.4. Métodos y medios de combate ilícitos

Uno de los principios básicos del derecho internacional humanitario es el de limitación, en virtud del cual, las partes en un conflicto armado no tienen un derecho ilimitado para elegir los métodos y medios de combate. En la declaración de San Petesburgo de 1868 ya se evidenciaba este principio:

(...)“Que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo;

Que, a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres;

Que esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable;

Que el empleo de tales armas sería, a partir de este momento, contrario a las leyes de la humanidad”.

El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, consagró: “*en todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado*”.

En desarrollo de este principio algunos métodos prohibidos, son:

- Ordenar que no haya supervivientes, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión²⁰ .
- Hacer padecer hambre a las personas civiles²¹ .
- Aquellos concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural²² .
- Los actos de perfidia, decir los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia: a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición; b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad; c) simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y d) simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto²³ .
- Los ataques indiscriminados, es decir los que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes civiles, bien porque no puedan dirigirse contra un objetivo militar concreto o porque se usen métodos o medios de combates cuyos efectos no se puedan limitar²⁴ .

Así mismo, algunos medios de guerra prohibidos son: las balas explosivas, balas “dum-dum”, proyectiles de fragmentos no localizables, veneno, gas, minas antipersonales, y las armas bacteriológicas.

El código penal tipificó una conducta genérica en el artículo 142 y específicos métodos de guerra prohibidos como la perfidia, los actos de terrorismo, los actos de barbarie, la destrucción del medio ambiente y las represalias.

2.2.5. Delitos contra la asistencia humanitaria

El derecho internacional humanitario establece la obligación de brindar asistencia humanitaria a las víctimas del conflicto armado, siendo exigible a los actores armados tanto la toma de acciones concretas que permitan su cumplimiento como facilitar y permitir la realización de las mismas. Se establecieron los siguientes tipos penales:

2.2.6. Delitos contra bienes protegidos

El derecho internacional humanitario otorgar una protección a los bienes que se fundamenta en la convicción de que es necesario poner fuera de los efectos de las hostilidades a ciertos bienes indispensables para la supervivencia de las personas protegidas y para la realización de las reglas de protección²⁵ . Por regla general se protegen los bienes civiles, entendiendo por ellos los bienes que no son objetivos militares²⁶ . Adicionalmente, se confiere una protección especial a determinada categorías de bienes:

- Bienes e instalaciones sanitarias, incluyen las instalaciones, medios de transporte y material destinado a actividades sanitarias en el marco de un conflicto armado²⁷ .
- Los bienes esenciales para la supervivencia de la población civil, tales como: los artículos alimenticios, las zonas agrícolas, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego²⁸ .
- Bienes culturales y lugares de culto, por representar el patrimonio religioso y cultural de los pueblos²⁹ .
- Bienes que contiene fuerzas peligrosas, tales como represas y centrales nucleares de energía, cuya destrucción puede liberar fuerzas tales que causen en consecuencia daños importantes, excesivos e innecesarios para la población civil³⁰ .

Los tipos penales tipificaron conductas en relación con todos y cada uno de los bienes mencionados, el artículo 154 es genérico y los demás específicos, así: **2.2.7. Delitos contra la protección de la población civil**

En relación con la protección de la población civil se establecieron tres conductas punibles, destinadas a sancionar los atentados contra la misma: a) deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de la población civil; b) atentados a la subsistencia y devastación; c) omisión de medidas de protección a la población civil.

Incluimos en esta categoría el reclutamiento forzado, aunque siendo un tipo que pretende sancionar una conducta específica que afecta a los menores de edad, éstos son parte de la población civil, y se consideran un

grupo especialmente vulnerable.

1.1.1. Despojo en el campo de batalla

El legislador colombiano estableció el tipo penal de “despojo en campo de batalla”, que hemos clasificado independientemente por sus particularidades (ver cuadro adjunto). Esta conducta plenamente reprochable para los combatientes, corresponde en términos del derecho humanitario al pillaje, el cual se considera crimen de guerra.

Visto lo anterior, consideramos que la adecuación de las normas penales internas al derecho internacional humanitario, realizada con el nuevo código penal, es amplia y sistemática, de forma tal que se imponen sanciones a todas las infracciones graves relacionadas en los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales.

Conclusiones

- La expedición del nuevo código penal, en relación con el derecho internacional humanitario, es el cumplimiento de la obligación internacional del Estado de adoptar medidas nacionales de aplicación en materia de sanción penal, que constituyen una herramienta para garantizar el respeto de esta normatividad internacional que propugna por la protección de las personas y los bienes afectados o que pueden ser afectados por un conflicto armado. Sin embargo, esta herramienta no implica necesariamente una disminución inmediata y sustancial de las víctimas del conflicto armado, en especial frente a la población civil inerme.
- En consecuencia la aplicación del derecho internacional humanitario se logra no solo con la adopción de sanciones penales, sino con la garantía de medios y mecanismos judiciales que permitan la imposición de estas sanciones y la reparación de las víctimas, con el compromiso y la voluntad política de los actores armados para su respeto, con la amplia difusión de sus disposiciones, con la concreción de acuerdos humanitarios que permitan solucionar los problemas de índole humanitaria que enfrenta el país, y con el compromiso de la comunidad internacional para actuar como garante de su respeto y acatamiento.
- Las normas penales, han de ser interpretadas sistemáticamente, entendiendo el derecho humanitario como un sistema de protección de la persona humana en situación de conflicto armado. El operador jurídico ha de acudir a las providencias y pronunciamientos de los órganos judiciales internos y de los organismos internacionales, como criterios auxiliares de interpretación, para garantizar una coherente aplicación del derecho internacional humanitario.
- Para la rama judicial la adopción de medidas nacionales de aplicación, en materia de sanción penal, significa un reto de estudiar, comprender y aplicar las normas internacionales y garantizar su cumplimiento en el ámbito interno.

* *Asesora en Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Colombiana.*

¹ *Christophe, Swinarski, Introducción al derecho internacional humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Ginebra, 1984.*

² *Es menester aclarar que Colombia también es parte de los siguientes instrumentos internacionales, que hacen parte del derecho internacional humanitario: Convención sobre la protección de las instituciones artísticas y científicas y de los monumentos históricos (Pacto Roerich), Washington, 15 de abril de 1935; Convención sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 14 de mayo de 1954, y su Protocolo I; Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y sobre su destrucción, 1972; Convención sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, Ginebra, octubre 10 de 1980 y sus cuatro Protocolos; Convención Internacional sobre la prohibición del desarrollo, producción, almacenamiento y uso de armas químicas y sobre su destrucción, del 13 de enero de 1993; y la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, Ottawa, septiembre 18 de 1997.*

³ *Sentencia C-574 de 1992, reiterado en las sentencias C-179 de 1994, C-400 de 1998 y C-991 de 2000.*

⁴ *Suárez, Eduardo, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, sesión 52. pg. 325.*

⁵ *Sentencia C-225 de 1995 reiterado en la sentencia SU-256 de 1999.*

⁶ Ejemplos citados por Dr. Alejandro Ramelli, en el Ensayo Aproximación Crítica al Nuevo Código Penal en Materia de Derecho Internacional Humanitario: Corte Suprema de Justicia, auto del 6 de noviembre de 1988, Magistrado Ponente: Jorge Carreño Luengas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de febrero de 1991, proceso núm. 11837, Magistrado Ponente: Fernando Arboleda Ripoll; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 13 de noviembre de 1990, Magistrado Ponente: Edgar Saavedra Rojas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de diciembre de 1998, expediente núm. 11.346, Magistrado Ponente, Fernando Arboleda Ripoll.

⁷ Art. 16 “los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometen delitos contemplados en este código u otros en relación con el servicio sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este código e instituidos con anterioridad a la comisión del hecho punible”.

Art. 18 C.P.M “En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este código”.

Art. 20 “Los hechos punibles cometidos por los miembros de la Fuerza Pública son los descritos en este código, los previstos en el código penal común y en las normas que los adicionen o complementen”.

Art. 174 Devastación “El que en actos del servicio y sin justa causa, destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública; o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años”.

Art. 175 Saqueo. “Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años”.

Art. 176 Requisición arbitraria. “El que sin justa causa ordenare o practicare requisiciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

Art. 177. Requisición con omisión de formalidades. “El que practicare requisición sin cumplir las formalidades y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años”.

Art. 178. Exacción. “El que abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar, o poner a su disposición, cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

Art. 179. Contribuciones ilegales. “El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años”.

Art. 195. “Cuando un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el código penal ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar”.

⁸ El Protocolo I define la población civil como las personas que no pertenecen a ninguna de las categorías de combatientes.

⁹ Ver artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949

¹⁰ Para desarmar la palabra, diccionario de términos del conflicto y de la paz, serie periodismo, paz y guerra en Colombia. Corporación Medios para la Paz, Bogotá, 1999

¹¹ Ver la definición establecida en el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

¹² Ver artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

¹³ Ver artículo 1 numeral 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Las normas enunciadas corresponden a los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, y otros tratados internacionales que hacen parte del conjunto de instrumentos jurídicos internacionales del derecho internacional humanitario, todos ratificados por Colombia.

¹⁶ Abreviaturas utilizadas: C.G.I: Primer Convenio de Ginebra; C.G.II: Segundo Convenio de Ginebra; C.G.III: Tercer Convenio de Ginebra; C.G.IV: Cuarto Convenio de Ginebra; P.A.I: Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra; P.A.II: Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra.

¹⁷ Estas penas están consagradas de los artículos 112 a 116 del Código Penal, y varían de conformidad con las consecuencias de la lesión.

¹⁸ Artículo 212. Acceso carnal. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

- ¹⁹ Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: 1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas. 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. 3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual. 4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años. 5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabitó o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo. 6. Se produjere embarazo.
- ²⁰ Ver artículo 40 del Protocolo I, artículo 4 numeral 1 del Protocolo II y art. 23 numeral d) del Convenio de la Haya de 1907.
- ²¹ Ver artículo 54 numeral 1 del Protocolo I y artículo 14 del Protocolo II.
- ²² Ver artículo 35 del Protocolo I.
- ²³ Ver artículo 37 del Protocolo I.
- ²⁴ Ver artículo 51 numeral 4 y 5 del Protocolo I.
- ²⁵ Christophe Swinarski, Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1991, p. 46.
- ²⁶ Ver artículo 52 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.
- ²⁷ Artículo 8 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra: se entiende por unidades sanitarias los establecimientos y otras formaciones, militares o civiles, organizados con fines sanitarios: la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades. La expresión comprende, entre otros, los hospitales y otras unidades similares, los centros de transfusión de sangre, los centros e institutos de medicina preventiva y los depósitos de material sanitario, así como los almacenes de material sanitario y de productos farmacéuticos de esas unidades. Las unidades sanitarias pueden ser fijas o móviles, permanentes o temporales; g) se entiende por medio de transporte sanitario todo medio de transporte, militar o civil, permanente o temporal, destinado exclusivamente al transporte sanitario, bajo la dirección de una autoridad competente de una parte en conflicto.
- ²⁸ Ver artículo 54 del Protocolo I y artículo 14 del Protocolo II.
- ²⁹ Ver artículo 53 del Protocolo I y artículo 16 del Protocolo II.
- ³⁰ Ver artículo 56 del Protocolo I y artículo 15 del Protocolo II.
- ³¹ Aprobado por Colombia mediante la Ley 36 de 1936, y con fecha de ratificación 20/02/37.
- ³² Aprobada por Colombia mediante la Ley 340 de 1996. Fecha de ratificación 18/06/98 y fecha de entrada en vigor: 18/09/98.

Derechos humanos y fuerza pública

José Agustín Alba Suárez

Si pretendemos definir la sociedad colombiana como Estado Social de Derecho hemos de significar que el estado y la sociedad no tienen sentido en sí mismos y que, sólo lo adquieren si son capaces de construir la vida digna para todos: he ahí el reto del proceso de paz con justicia, con derechos humanos y sin corrupción; de cuyos propósitos no puede estar ausente la fuerza pública porque sus miembros también están llamados a construir un orden social digno para todos.

Un orden democrático orientado a hacer posibles los derechos humanos y a cuidar y a proteger la vida de los colombianos: he ahí el norte humanístico que para la Policía Nacional viene predicando su institución de control, el Comisionado Nacional para la Policía.

Al no actuar la fuerza pública y con ella, el Estado todo en función de la dignidad del hombre y de la mujer, le

dan razón a Fernando Savater cuando define la democracia como la posibilidad de ser, de subvertirse legítimamente. Y hoy el ciudadano en Colombia se puede subvertir legítimamente a través del voto, de la acción de tutela, del plebiscito, de la consulta ciudadana, del referendo, del cabildo abierto, de la revocatoria del mandato; entre otros instrumentos de subversión legítima.

Instrumentos de participación que cimentan el principio de lo público en la democracia, porque en la democracia lo público se construye desde la sociedad civil, y lo público es aquello que conviene a todos de la misma manera para su dignidad, lo cual se da cuando un campesino tenga la certeza de que su vaca es protegida con el mismo respeto que una factoría de don Julio Mario Santodomingo.

Es por eso que vemos con buenos ojos, desde el ejercicio del control disciplinario, trabajos serios como el de la Comisión Intersectorial por la Defensa de la Vida en Barrancabermeja, Región de Paz ó el Plan de Acción contra la problemática de la violencia en la región de la cuenca de los ríos Timba, Naya y Yurumanguí ó el de la Comisión del Macizo Colombiano o el de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó ó el Comité Interinstitucional por los derechos humanos de Boyacá y Casanare que, vienen siendo liderados por la Vicepresidencia de la República con el acompañamiento decidido de la oficina del Comisionado Nacional para la Policía, que entre otras políticas de estado ejecuta acciones de formación en derechos humanos, en derecho internacional humanitario y derechos étnicos; privilegiando la política pública de hacer del ciudadano una persona capaz de crear o modificar, en cooperación con otros, el orden social que él quiere vivir, cumplir y proteger para la dignidad de todos.

Esto es, con ética, porque si la ética no orienta las armas, el poder, la tecnología y el conocimiento; destruyen al hombre. Es por lo que cada uno de los miembros de la fuerza pública deben construir un orden social digno para todos. Pero como ya dijimos, no se trata de cualquier construcción, esta debe ser regida por la causa de los derechos humanos e inspirada en el derecho internacional humanitario, y requiere del ejercicio por parte del estado, de la sociedad civil y de la veeduría ciudadana para hacer gestión de control social en pro del fortalecimiento de la democracia.

Los invito al desafío de la formación de una ciudadanía que sea capaz de ejercer responsabilidades y deberes, en función de la justicia, de la defensa de los derechos humanos y de la lucha contra la corrupción.

Para materializar su conceptualización, contamos entre otras fuentes constitucionales, con esta riqueza normativa:

El artículo 1° de la Carta perfila a Colombia como un Estado de Derecho, participativo y democrático, fundado en el respeto de la dignidad humana.

El artículo 3°, a renglón seguido, radica la soberanía exclusivamente en el pueblo, del cual emanan los poderes públicos.

Luego el artículo 23 inspira también la función del control social a través del derecho de petición, inclusive ante organizaciones privadas.

A seguida, el artículo 37 garantiza las expresiones del derecho de reunión y el 40 estatuye el control desde el poder político de los ciudadanos.

Más adelante, el artículo 93 regla el bloque de constitucionalidad incluyendo de manera preferente, los tratados y convenios internacionales consagrados al reconocimiento de los derechos humanos.

En seguida, el artículo 103 impone los mecanismos de participación democrática y la obligación de facilitar su capacitación.

Posteriormente, el artículo 270 ordena la organización de las formas y los sistemas de participación ciudadana para la vigilancia de la gestión pública, en las voces del foro convocado por la Corporación Excelencia en la Justicia, para hacer materialidad los conceptos de justicia; de defensa de los derechos humanos y de la lucha contra la corrupción; no sin antes advertir cómo los conflictos, la diversidad y la diferencia, son constitutivos de la convivencia democrática. Los griegos inventaron la deliberación y el debate público, como soporte de la unidad. La democracia no cree en la uniformidad, pero sí en el debate de argumentaciones, en medio del cual se

tiene que aprender a ceder y a recibir cesiones. Es por lo que Voltaire decía: “no estoy de acuerdo contigo, pero daría la vida porque puedas defender tu opinión”.

El título rector de este foro y específicamente el asignado a esta intervención debo enmarcarlo dentro del concepto de seguridad democrática, porque un país como Colombia no tiene más conceptos de defensa, de derechos humanos y de fuerza pública que el concepto de seguridad que tenga la nación.

La seguridad democrática es concebir la defensa y el uso de las armas de las fuerzas militares y de policía, del poder judicial, del poder legislativo, del poder ejecutivo, con un concepto democrático.

Seguridad democrática es multidimensional, es decir, significa seguridad ciudadana, seguridad de la libertad de pensamiento, libertad de organización, seguridad alimentaria, seguridad de movilización territorial, seguridad ambiental, seguridad jurídica, seguridad tecnológica y seguridad nacional que, viene a ser un elemento integral de la seguridad democrática.

El propósito final de la seguridad democrática es hacer posibles los derechos humanos generando protección y fuerza coercitiva mediante la represión legal con las armas para quien los vulnera. Quien las detenta, la fuerza pública no es apolítica porque defiende el proyecto social del Estado que, es el Estado Social de Derecho, así la fuerza pública hace comprensión de los derechos humanos como proyecto de sociedad.

El producto final de nuestro trabajo deberá ser la construcción conceptual, ontológica y material del Instituto Policial en Derechos Humanos, cuya organización en Colombia, le he propuesto al señor general, Luis Ernesto Gilibert, Director General de la Policía Nacional.

** Comisionado Nacional, Comisión Nacional para Policía Nacional.*

Tribunal Penal Internacional

Gustavo Gallón Giraldo

¿Qué es la Corte Penal Internacional? ¿Qué significa y qué puede significar en particular para Colombia? La Corte Penal Internacional es algo bueno en materia de protección de derechos humanos, pero no nos hagamos ilusiones de que es la gran panacea con la cual se van a resolver las cosas. Pero tiene valores y para Colombia puede en el futuro ser una contribución importante para ayudarnos a superar la grave crisis de derechos humanos que tenemos, dentro de ciertos límites, por supuesto. Repito, quiero señalar por un lado, las ventajas, los elementos positivos de la Corte Penal Internacional y por otro hacer una invitación a tomarla moderadamente, a no exagerar ilusamente sus alcances, pero sobretodo a no despreciar, por las limitaciones que tenga, sus potencialidades.

La Corte es un proyecto. No ha sido creada todavía, pero es un proyecto decidido ya en una reunión internacional, celebrada en Roma y concluida el 17 de julio de 1998, hace tres años, en la que participó el gobierno colombiano y fue aprobada por 120 países que dieron su voto favorable al establecimiento de una corte con competencia internacional para juzgar graves crímenes.

La Corte no ha empezado a entrar en vigencia, no se ha constituido. Para que lo haga, no basta con la aprobación y el respaldo que le dieron los 120 estados, se necesita que el tratado sea ratificado por 60 estados, y sólo después de un mes que esto ocurra entrará en vigencia. La verdad es que el proceso de ratificación ha sido importante, muchos son los estados que se han interesado en dar un apoyo efectivo a la Corte, superando dificultades muy grandes. En cada estado hay dificultades jurídicas de diverso orden, pero con todo y eso el Boletín Oficial de Naciones Unidas informó que el 19 de julio pasado había 39 estados que ya habían ratificado la Corte. Esto indica que el proceso ha ido más rápido de lo que muchos observadores pudieron pronosticar en julio de 1998, es decir, faltan 21 estados para que pueda pensarse en la entrada en vigor de la Corte Internacional.

¿Qué sería la Corte? La Corte sería un organismo integrado por 18 jueces, distribuidos en 3 salas: una sala de cuestiones preliminares, que analizaría los temas de admisibilidad de los casos fundamentalmente; una sala de juzgamiento, una sala de primera instancia y una sala de segunda instancia o de apelación.

Los 18 jueces se distribuirían entre esas 3 salas, bajo una presidencia y dos vicepresidencias, una fiscalía con cuerpo distinto, (al parecer hace parte de la institución, pero con poderes y facultades propias, regladas y controladas por las propias salas) y una secretaria, que es la encargada de la parte administrativa. Funcionaría en La Haya, pero no habrá que confundirla con la Corte Internacional de Justicia que es otra cosa, que es un organismo creado para dirimir las disputas entre estados, que existe desde mucho antes. Esta sería una nueva corte, relacionada con el juzgamiento de graves crímenes de competencia de la comunidad internacional.

¿Cuáles serían esos graves crímenes? Básicamente estarían incluidos en cuatro categorías: el crimen de genocidio, definido en el artículo 6 del estatuto de la Corte, en la misma forma como lo definió en 1948, la Convención Internacional contra el genocidio, o sea, la persecución de un grupo de personas por razones de su pertenencia o de su identidad, por razones de nacionalidad, de raza, de etnia o religión.

Hay varias conductas que el estatuto de Roma precisa como crímenes de lesa humanidad, que van desde el asesinato hasta el apartheid, incluyendo la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad, que fue un paso importante que decidió la conferencia de Roma.

Es importante señalar que, dentro de estos crímenes de lesa humanidad se incluye lo que podríamos llamar el genocidio, por razones políticas. El genocidio por razones políticas no está incluido dentro de la primera categoría, porque en 1948, cuando se adoptó la convención contra el genocidio, algunos estados se opusieron a ello, diciendo que limitaría la capacidad de acción de sus fuerzas. Pero, la conferencia de Roma, decidió mantener la definición de genocidio como se adoptó en el 48 para no entrar en mayores discusiones, pero incluyó lo que podríamos llamar el genocidio por razones políticas, culturales, sexuales, fundamentalmente, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional como motivación para la persecución de un grupo social dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad.

La Corte presenta deficiencias por que tiene que atravesar por muchas mediaciones estatales para poder cumplir el papel o la función de neutralizar realmente a los violadores de derechos humanos, es decir, impedirles que sigan cometiendo sus acciones. Esta es una dificultad relativa que se ha presentado con el Tribunal Internacional Ad hoc creado para la antigua Yugoslavia, que, sobretodo en los primeros años de su actividad, las órdenes de captura que dictó no fueron cumplidas, por supuesto, ni por las autoridades de la antigua Yugoslavia ni tampoco por las autoridades de Naciones Unidas.

Hoy en día esta dificultad se ha superado y ustedes han visto cómo hasta el Presidente Milosevic ha sido conducido a este Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia pero la Corte Penal Internacional va a afrontar una serie de dificultades en esta materia que obedecen al desarrollo del derecho internacional y a las dificultades políticas del mundo actual.

Pero en medio de estas limitaciones hay que reconocer que la Corte Penal Internacional representa un avance importante en la medida en que perfectamente habríamos podido continuar en el siglo XXI sin la existencia de este instrumento cuya creación se comenzó a reclamar desde finales de la Primera Guerra Mundial en 1918 y que tardó 80 años para ser discutido, reconocido y aceptado finalmente en 1998. Y esto nos puede llevar a hacer una pequeña reflexión en cuanto a la importancia de los derechos humanos como elemento dinamizador del derecho internacional. El derecho internacional como ustedes lo saben es un derecho, no solamente el derecho internacional de los derechos humanos, es un derecho con muchas deficiencias como sistema jurídico. Un sistema jurídico requiere normas y el derecho internacional tiene normas, pero requiere capacidad de ejecución, y en esta materia es deficiente el sistema de Naciones Unidas, también necesita capacidad de decisión judicial y paradójicamente más que el derecho comercial, más que el derecho de los tratados relativos a asuntos económicos; es el derecho de los derechos humanos el que ha venido desarrollando más estos aspectos de la capacidad de decisión judicial y de la necesidad de concretar un ejecutivo dentro de la comunidad internacional que contribuya a darle material e identidad como sistema de derecho a este derecho internacional de los derechos humanos.

Pensemos un momento sobre la importancia de la Corte Penal Internacional en un contexto como el

colombiano, una situación en la que se presentan 20 muertes diarias por razones políticas o socio políticas, cifra aterradora, que era aterradora incluso cuando eran 10 personas hace tan sólo tres años y ese promedio de 10 personas muertas lo tenemos desde el año 88, cuando el total de personas muertas llegó a 4.000 personas. Hoy estamos en cerca de 8.000 personas muertas cada año por estas causas; 30% de ellas antes, 15% hoy, por grupos guerrilleros; 70% antes, 85% hoy, por grupos paramilitares y agentes estatales; y de estas 20 personas o 10 antes; el 25% mueren en combate, el otro 75%, o sea, 15 de cada 20, mueren en la calle, en la casa o en el trabajo, asesinados por guerrilleros o también por miembros de la fuerza pública descañados de sus funciones.

Y esto es una situación que está acompañada de una gran impunidad, prácticamente total en materia de violaciones de derechos humanos, a pesar de esfuerzos inmensos e importantes que ha adelantado la Fiscalía. Sin embargo, son muy pocos los casos de violaciones de derechos humanos que han sido investigados hasta el final, decididos y sancionados. Por lo cual justamente ha sido necesario que las víctimas planteen sus casos en esta materia ante tribunales internacionales, especialmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha decidido más de 20 casos en los que ha declarado la responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha decidido un caso en relación con Colombia, sobre la desaparición de Isidro Caballero y María del Carmen Santana, y está por decidir otro caso, una masacre que ocurrió en Putumayo en 1991. Además de iniciar el estudio de otro caso, la masacre de 19 comerciantes en Puerto Araujo, en 1987. El hecho de que las víctimas hayan tenido que llevar sus casos ante la justicia internacional, en materia de responsabilidad estatal, es bastante indicativo de la importancia que para las víctimas pueda tener en Colombia, la existencia de una Corte Penal Internacional con competencia en materia penal, así tenga la limitación que no se refiere a casos del pasado. Hay que hacer todo lo posible para que se reduzca el grado de barbarie en el que estamos, pero si esto no ocurre en el corto plazo, es muy importante que exista la posibilidad para las víctimas de apelar ante un organismo internacional.

Ahora bien, no ha habido mucha voluntad de parte de las autoridades colombianas de adherir, de ratificar el tratado de Roma, probablemente hay dificultades políticas, probablemente el gobierno piensa que eso le daña sus conversaciones de paz, porque plantear por un lado que quiere hacer la paz y por otro, que va a someter a consideración del Congreso la aprobación del tratado de Roma puede ahuyentarlo a sus interlocutores. Ese es un punto de vista respetable, pero si uno lo analiza bien no es adecuado, porque justamente puede inducir, puede ser un elemento que favorezca la concreción de acuerdos de paz, el hecho de saber que en un momento determinado habrá la posibilidad de que la justicia internacional pueda entrar a conocer de agravios cometidos dentro del conflicto armado colombiano.

Pero estas resistencias no son solamente por parte del gobierno, también son de las guerrillas; las FARC por lo menos han hecho saber que no simpatizan mucho con el hecho que a Pinochet se le aplique la justicia internacional y también existen resistencias por parte de los grupos paramilitares. No obstante, en esta materia, curiosamente, algunos de sus voceros han indicado que estarían dispuestos a presentarse a un tribunal en esta materia. Yo personalmente, no creo en esas declaraciones, no veo cómo sería posible, pero es natural que existan ese tipo de resistencias políticas.

Algunas de las resistencias políticas se manifiestan a través de la formulación de objeciones de carácter jurídico y es verdad que el tratado del estatuto de Roma, el tratado que decidió la creación, que aprobó la creación de la Corte Penal Internacional, plantea problemas jurídicos para Colombia, para la Constitución colombiana, especialmente por dos o tres razones: una, el tratado de Roma prevé como pena la cadena perpetua y la Constitución Colombiana prohíbe en su artículo 34, la cadena perpetua. Este fue un tema muy discutido.

Había algunos que, pero muy pocos, que proponían incluso la pena de muerte, afortunadamente, la mayoría de los estados prevaleció en contra de la posibilidad de la pena de muerte.

En segundo lugar, el estatuto de Roma dice que los crímenes de competencia de la Corte son imprescriptibles, es decir, que no habrá causa de prescripción de los crímenes, mientras que el artículo 29 de la Constitución establece la imprescriptibilidad de las penas. En esta materia es importante establecer la diferenciación entre una cosa y otra. La Constitución colombiana no establece, aunque algunos pueden leerlo así, la imprescriptibilidad de la acción, en relación con los delitos, pero sí establece claramente que una vez dictada sentencia la pena puede estar sujeta a prescripción, y la norma de imprescriptibilidad de los crímenes del

estatuto de Roma, se refiere tanto a la acción como a la pena propiamente dicha, o sea, que allí existe una contradicción con la Carta Política.

Estos son los dos temas mayores. Hay otros menores, que no voy a mencionar en este momento. El tratado de Roma, en su artículo 109 dispuso que no podrá ratificarse el tratado por parte de un estado con formulación de reservas. El estatuto de Roma no admite reservas. Se acepta todo o no se acepta nada. Y ese fue un principio importante porque de lo contrario la competencia de la Corte quedaría convertida en una especie de trape sujeto y convertido en jirones, en pedazos, con motivo de las reservas que cada estado le formulara a cada uno de los temas que quisiera.

Estas son unas dificultades jurídicas innegables, pero no insuperables y no es el estado colombiano el único que tiene estas dificultades. En realidad las dificultades que tiene el estado colombiano se contraen a estas dos y a otras dos más. En otros estados, como en Suráfrica, que es decidido partidario de la Corte, hay dificultades de todo orden, a medida que el régimen jurídico surafricano que es muy interesante y sofisticado, plantea dificultades para que la Fiscalía Nacional pueda colaborar con la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, etc. Pero, existe en Suráfrica la intención de ajustar el aparato institucional interno a las necesidades que requiera la aprobación de la Corte.

Francia también tenía dificultades en esta materia. Francia decidió aprobar un acto legislativo, un acto de reforma de la Constitución francesa, que le agregó un artículo en el sentido de que Francia podía ratificar la Corte sin perjuicio de lo establecido en la Constitución Francesa para efectos internos.

Esa fórmula francesa fue la que también se propuso en Colombia para superar las dificultades y en ese sentido se presentó y se aprobó ya en primera vuelta en el Congreso, un proyecto de acto legislativo, que dice “el gobierno podrá someter al Congreso, para su aprobación, el estatuto de Roma, el Tratado que crea la Corte Penal Internacional, sin perjuicio de la vigencia de la Constitución para efectos internos”, lo cual significa que, una persona juzgada en Colombia por un juez colombiano, no podrá ser sometido a cadena perpetua, pero sí agotados los recursos internos es juzgado por la Corte Penal Internacional, esa garantía no la protegerá. Y lo propio también en relación con la eventual dificultad que plantea la imprescriptibilidad de las penas.

Parece que ha aumentado dentro del gobierno el peso de sectores que son partidarios de esa fórmula, aunque todavía hay sectores que no la aprueban.

Este esfuerzo de buscar una fórmula jurídica que permita superar las dificultades políticas existentes para la aprobación por parte de Colombia del tratado que crea la Corte Penal Internacional, es un esfuerzo valioso que debe ser respaldado por la nación colombiana en su conjunto. Espero que la Corte Penal Internacional sea más temprano que tarde una realidad y ayude con un granito de arena a la superación de la grave crisis de derechos humanos que vivimos en Colombia.

** Abogado, Comisión Colombiana de Juristas.*

SEGUNDA PARTE

Corrupción y Justicia

Corrupción: prevenir, identificar y sancionar

Carlos Ossa Escobar

La lucha contra la corrupción es un tema de la agenda pública compartido por el gobierno, los parlamentos y partidos políticos, las organizaciones sociales, los medios de comunicación y, de forma central, por las contralorías y demás organismos de fiscalización del Estado. Esta tendencia se ha perfilado particularmente en gobiernos que han buscado asegurar el éxito y estabilidad de las transformaciones económicas y democráticas desarrolladas en la última década. Asimismo, la ciudadanía se ha mostrado menos tolerante frente a las irregularidades de sus gobernantes, y está haciendo uso, aunque con timidez, de los mecanismos de participación y de una prensa cada vez más libre.

Causas, efectos y magnitud de la corrupción

La corrupción es un obstáculo importante para la asignación correcta y eficiente de los recursos públicos; afecta tanto al sector público como al privado, distorsiona la realidad económica y crea incentivos nocivos en todos los niveles de la sociedad. Su costo social ha sido constatado en algunos países de América Latina a través de diferentes metodologías.

Para verificar su magnitud, se han construido diversos indicadores, entre los cuales el Índice de Percepción de Corrupción (IPC) de la organización no gubernamental Transparencia Internacional, elaborado a partir de encuestas, ha sido uno de los más difundidos. A pesar de las críticas sobre la confiabilidad de sus resultados, esta metodología ha sido adoptada por un gran número de organizaciones e instituciones. Así, por ejemplo, un estudio de la empresa multinacional de auditoría Price Waterhouse Coopers arrojó resultados similares a los de T.I. en el área latinoamericana: los países de la región se sitúan bajo calificaciones de media y alta percepción de corrupción a nivel mundial, aunque a partir de 1998 se ha presentado una leve mejoría.

Las explicaciones con respecto a la naturaleza y características de la corrupción han proliferado en los últimos años. Entre éstas se destacan el análisis socio jurídico (ligado con la discrecionalidad de los funcionarios, la debilidad, complejidad o imprecisión de las normas o mala calidad del control), el análisis sociológico (referido a las consecuencias negativas de rápidos procesos de modernización y la transformación de las escalas valorativas de la población, Encuesta Mundial de Valores, Latinobarómetro, etc) y las explicaciones provenientes de la economía. Esta disciplina, en particular, se ha interesado en el tema abordándolo a través del análisis de la corrupción como una falla del sistema de asignación de precios y cantidades, originada en la aparición de

información asimétrica, agentes diferenciados y monopolios en la prestación de algunos bienes.

La evidencia parece confirmar algunos de estos postulados: la corrupción es estimulada por ambientes de baja gobernabilidad, donde la rendición de cuentas (*accountability*) es baja, la separación de los poderes muy débil, y la actuación de los organismos de control es politizada.

La tarea de la Contraloría

Los controles existentes

Frente al desafío que impone el fenómeno de la corrupción, es fundamental el principio de la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos. A los mecanismos de sanción social y electoral disponibles en la sociedad, se suman los propios previstos por el Estado y que generalmente se engloban en tres categorías: político, administrativo y fiscal.

El control político es aquél ejercido por los órganos de representación popular, aunque en muchos países se encuentra cuestionado porque son precisamente los líderes políticos los más acusados de prácticas corruptas.

El control administrativo es el ejercido por los propios dirigentes del Estado que incurren en la misma situación discutible de los dirigentes políticos, además de las grandes fallas de los sistemas de control interno de la

administración.

Queda, entonces, como instrumento válido el control fiscal, a cargo de la Contraloría, que ha logrado situarse como una instancia creíble de vigilancia sobre las actividades del gobierno en dos sentidos:

- 1) En cuanto a su apoyo a la labor del Parlamento, en su función de control político; es decir, en lo que respecta al equilibrio de poderes, sobre todo en los casos donde la falta de información se ha convertido en un argumento común de los legisladores para tomar decisiones poco convenientes.
- 2) Con la elevación de los costos en que incurren los corruptos al realizar sus actos. Así, por ejemplo, auditorías de alta calidad elevan la probabilidad de detección de actos irregulares. En esta misma vía, investigadores acuciosos, capaces de recolectar pruebas y elaborar sólidas argumentaciones, con destino al poder judicial, o al propio organismo de control, según el caso, están en capacidad de convertir estos hallazgos en procesos judiciales que defiendan efectivamente el interés del Estado.

Asimismo, las entidades de control, a través de un ejercicio de promulgación de normas y verificación de la razonabilidad de los estados financieros de la nación, contribuyen eficazmente a la labor de control. Su fiscalización y auditoría permiten preservar y garantizar, de manera estable y transparente, el marco de acción y registro de la actividad gubernamental.

La prevención por cuenta de la Contraloría

Visto en este contexto, el papel de la Contraloría es fundamental por su participación en el esquema de incentivos y sanciones a los administradores del erario para prevenir actos de corrupción. En términos específicos, se trata de la implementación de instrumentos de monitoreo y regulación de las áreas más críticas de la actividad del Estado en forma tal que se advierta de manera oportuna la posible ocurrencia de hechos corruptos. Al respecto, consideramos importantes tres herramientas, a saber, aquellas que permitan un mayor control en los procesos de contratación, los mapas de riesgos y el uso de indicadores de gestión y resultados.

Así, por ejemplo, el Congreso aprobó, por iniciativa de la Contraloría General, el Sistema de Información de la Contratación Estatal (SICE), que consiste en un complejo esquema de registro de los planes de compras del Estado, las ofertas recibidas y negociaciones realizadas. Este sistema partió de la idea de los precios testigo instaurados en Argentina por acción de la Sindicatura General, pero se llevó a un mayor grado de complejidad, con miras a facilitar el control de sobrepagos y las prácticas de fraude en los procesos de compras estatales.

Otro mecanismo importante de prevención a cargo de la Contraloría es la construcción de mapas de riesgos que sirvan de base a la formulación de los planes de auditoría. Esta herramienta se halla en proceso de implementación a través del Sistema Integrado de Riesgo Institucional (SIRI) que permite examinar, con la cooperación de las propias oficinas de control interno de las entidades auditadas, los diferentes ciclos operacionales para establecer el mayor o menor riesgo de que se presenten prácticas corruptas, partiendo de la fórmula general que prevé la mayor posibilidad de fenómenos de corrupción cuando existen condiciones de monopolio en la prestación de bienes y servicios, alta discrecionalidad y baja transparencia.

El tercer instrumento son los indicadores de gestión que observan, mediante secuencias históricas y análisis comparativos, el comportamiento de las entidades. Naturalmente, en la medida en que se encuentren notorias desviaciones respecto a los estándares establecidos, éstas se tendrán como indicios de eventuales prácticas corruptas.

El cuarto instrumento, tal vez el más socorrido por los diferentes gobiernos y que tiene una especial incidencia en la pequeña corrupción (la llamada corrupción “blanca”) es el de la simplificación de los trámites de la administración. En Colombia se han hecho varias reformas en este sentido y aunque no puede afirmarse que hayan contribuido de forma importante a la lucha anticorrupción sí han servido, por lo menos, para crear un clima de mejores relaciones entre el ciudadano y el Estado.

Finalmente, el quinto instrumento preventivo, quizás el más importante, es el de facilitar la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión del Estado. En esta materia, en la Contraloría General se han realizado prácticas muy interesantes en varios sentidos: por una parte, con la organización de oficinas de recepción de

denuncias ciudadanas; en segundo lugar, mediante la organización de veedurías sobre los grandes proyectos estatales; y, en tercero, mediante convenios con organizaciones de la sociedad civil para acompañar a los procesos de auditoría.

Existen otros factores de prevención de la corrupción que escapan a la acción directa de la Contraloría, en Colombia y en otros países del mundo, pero que contribuyen a generar un contexto transparente de gestión del Estado. Reformas de alcance mayor han considerado como necesaria una mayor independencia y autonomía de este tipo de organismo de control respecto de los parlamentos y el gobierno. Finalmente, algunos países de América Latina (incluyendo el nuestro) se han comprometido en la consolidación de “Sistemas Nacionales de Integridad”, en los que participan diversos sectores de la sociedad civil y el Estado, con apoyo de ONGs y el Banco Mundial.

La identificación por parte de la Contraloría

En la etapa de identificación de conductas de corrupción, gran parte del trabajo de la Contraloría se ha canalizado a través de la actualización y modernización de metodologías de auditoría y procedimientos contables. De esta manera, el control en tiempo real, con períodos de rendición de cuentas más cortos e informatizados, se constituye en complemento ideal del principio de control posterior, ampliamente dominante en la región.

Sin embargo, esta tarea sobrepasa la labor de identificación y castigo a los corruptos. En el largo plazo, se trata también de contribuir en la construcción y consolidación de un ‘buen gobierno’. Este objetivo no sólo se logra por medio de un esquema policivo sino, y quizás de forma más importante, por medio del acompañamiento y cooperación de los organismos de fiscalización *vis-à-vis* de las entidades vigiladas.

En este sentido es importante complementar la lucha contra la corrupción con la lucha contra la ineficiencia y gestión antieconómica de muchos gobernantes. A esta reorientación de la tarea de fiscalización se debe sumar que los productos surgidos de este control deben ser efectivamente utilizados por los parlamentarios. Si como institución de apoyo al legislativo la Contraloría no se logra posicionar con éxito, nuestro valor agregado estará siempre situado por debajo de las expectativas de los contribuyentes.

Por otra parte, la globalización enfrenta a los organismos de control a nuevos retos para garantizar el interés público. Antes, en un modelo intervencionista, las industrias de los sectores estratégicos propiedad del Estado, aunque no escapaban de la corrupción administrativa, por lo menos estaban sujetas a la vigilancia de los organismos de control y al escrutinio político por parte del poder legislativo. Con la oleada de las privatizaciones y la concentración del poder económico en las grandes transnacionales, adquiere enorme importancia el fortalecimiento de la facultad regulatoria estatal, el control fiscal de segundo orden y la intervención de la sociedad civil.

La sanción por parte de la Contraloría

La capacidad sancionatoria a disposición de los organismos de fiscalización de la acción del Estado, en muchos casos, no reside en éstos propiamente, sino que su tarea consiste en derivar las denuncias y hallazgos a determinadas entidades de la rama judicial del Estado.

Este tipo de colaboración institucional no siempre está enmarcada bajo una lógica de cooperación, y sí por el criterio de la competencia, lo que dificulta la recolección de pruebas y el trabajo del ente acusador, favoreciendo en último término a los corruptos.

Además, como ya se mencionó, el paradigma “policivo” ha sido una constante en la administración de la Contraloría y aún persiste entre algunos de sus evaluadores; sin embargo, la labor de vigilancia fiscal no debe enfocarse hacia una mayor cantidad de procesos de responsabilidad, sino hacia una tarea de acompañamiento y mejoramiento de la gestión de las entidades auditadas. Bajo el primero de estos escenarios, un universo de elevada corrupción favorecería cualquier indicador de desempeño basado en los hallazgos fiscales. En el segundo, en cambio, el objetivo a largo plazo de las Contralorías debería ser el de cero investigaciones dado un Estado acorde con las expectativas del ordenamiento legal y sus gobernados.

Las reformas posibles

Para que las funciones de prevención y sanción de la Contraloría, y en general, de los organismos de control, puedan llevarse a cabo con el rigor necesario, ciertos factores del entorno social y político deben ser mejorados.

Primero, es necesaria la completa autonomía presupuestal y administrativa de estas entidades. En este sentido, recientemente se han emprendido reformas importantes en América Latina y Colombia.

Segundo, la orientación técnica de estos organismos debe prevalecer sobre la noción de que son un botón burocrático de los partidos políticos. Infortunadamente, este diagnóstico era corriente en nuestra Contraloría; por esta razón, se protegió al control con una carrera administrativa que fortaleciera un servicio civil independiente, donde la burocracia actúe con la racionalidad de la institución y no con la de quien debe favores. Aunque parezca obvio, no sobra decir que quien preside este tipo de instituciones debe permanecer en su cargo por períodos fijos, ojalá largos, que garanticen la estabilidad de las políticas y el control al gobierno, por encima de la rotación del parlamento, y cuya integridad moral se valide a través de un proceso transparente de designación.

Tercero, en algunas ocasiones la legislación que proviene del mismo parlamento no favorece, por el contrario obstaculiza, el ejercicio de la vigilancia fiscal. Esta tendencia ha logrado revertirse en los últimos años por medio de políticas encaminadas hacia la estandarización de normas y procesos de auditoría, así como la adecuación a las nuevas exigencias de la sociedad de este tipo de instituciones, ahora más profesionales, más técnicas, más capaces.

Conclusiones

Visto su papel como vigilante de la actividad del Estado, la Contraloría es un instrumento para elevar la competitividad del país, incentivando la transparencia en los mercados y la eficiencia del Estado en el cumplimiento de sus funciones sociales. Se entiende que una normatividad sencilla, clara y estable genera una mayor transparencia en las transacciones económicas; esto significa, en términos de herramientas de política, leyes que se conozcan con anticipación, leyes que se apliquen realmente, así como procedimientos que aseguren su aplicación, justicia independiente y procedimientos claros para el cambio de legislación.

La modernización de la Contraloría General, con un crédito de 22 millones de dólares del Banco Interamericano de Desarrollo, es una inversión para crear en el conjunto de las instituciones públicas colombianas una estructura que, dadas sus atribuciones de vigilancia, sea ejemplo de tecnología y, en tiempo real, evite defraudaciones al Estado y formule recomendaciones de gestión que produzcan ahorros en el gasto público.

Sin embargo, quedan todavía en la agenda de reformas algunos temas pendientes. Entre éstos se destaca la regulación del servicio civil (meritocrático, bien remunerado) y la implantación de un moderno sistema de comunicaciones y de tecnología de la información en la gestión del sector público. Finalmente, la estandarización internacional de procedimientos de contabilidad estatal y la supervisión y reglamentación bancaria contra lavado y delitos financieros.

Esta agenda de reformas compartida por diversas organizaciones nacionales y supranacionales, permitirá, en el mediano plazo, la construcción de mecanismos de respuesta contra la corrupción, bajo la idea de fortalecer el papel de nuestra Contraloría en la lucha contra la corrupción, en cooperación con el Congreso, los partidos políticos, los sindicatos, las empresas y todos los actores sociales interesados en construir un Estado próspero, justo y equitativo.

** Contralor General, Contraloría General de la República.*

Ver, por ejemplo, Mauro Paolo. IMF. Why worry about corruption? También Kauffman Et. Al. Aggregating governance indicators. Policy Research Working Series 2195. Washington 1999.

Normatividad penal y corrupción

*Edgardo Maya Villazón**

La construcción de una nueva Colombia es un reto que necesariamente nos convoca a la siguiente reflexión: cuál es el modelo de justicia que nos permitirá superar la situación de confrontación y violencia que hoy por hoy nos coloca ante muchos, como un país no viable, y en consecuencia, cuál el camino a seguir para que los fenómenos crecientes de violación a los derechos humanos y corrupción no sigan minando nuestras aspiraciones de paz y libertad en un contexto de democracia y equidad.

En mi criterio la respuesta a esos interrogantes, en la perspectiva de quien tiene la delicada misión de representar los intereses de la sociedad como máxima autoridad del Ministerio Público, pasa por un examen minucioso del modelo de Estado que debemos y queremos defender y por el reconocimiento expreso del siguiente presupuesto básico, el cual, valga decirlo, constituye el núcleo central del programa que me propongo desarrollar como Procurador General de la Nación. Ese presupuesto es el siguiente:

La corrupción genera espacios propicios para la vulneración sistemática de los derechos fundamentales¹, lo que implica, necesariamente, que genera contradicción, insatisfacción y desconfianza entre los individuos que conforman una sociedad con el objeto de construir un espacio que les garantice justicia material, en la medida que todos, sin distinción, puedan acceder a unos “mínimos” de bienestar sin los cuales se atenta contra su condición de seres dignos, la corrupción entonces y en consecuencia debilita la democracia, pues como dice el reconocido sociólogo Jon Elster “... rara vez ella... está enteramente libre de violencia”².

En efecto, en estricto sentido el Estado de Derecho es el Estado sometido a derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad se regulan y controlan por la ley, entendiendo por derecho y ley la expresión legítima de la voluntad general. Cualquier otro origen del derecho y de la ley, todos lo sabemos, desvirtúa el carácter democrático de la sociedad que se organiza bajo dicho esquema, lo que indica que las prácticas que los vulneran o contradicen, especialmente las prácticas corruptas, atentan no sólo contra el ordenamiento jurídico vigente, sino específicamente contra los derechos fundamentales de las personas, dado que obstaculizan su plena realización, entorpeciendo de manera paralela la aspiración de paz que se impone incluso para que sea posible garantizar los derechos de libertad.

Es incuestionable que sin paz no es posible garantizar el derecho a la vida; que sin paz, no hay espacio para el ejercicio de la autonomía individual y que la igualdad se ve interferida por el ejercicio de la fuerza ilegítima, siendo una de sus modalidades, tal vez la más dañina y silenciosa, aquella que ejercen quienes imponen su propio, egoísta y particular interés, desvirtuando el principio de primacía del bienestar general, recurriendo al soborno, al cohecho y a la contratación ilícita, entre otros muchos delitos, que nutren y amplían el escenario de la corrupción.

La corrupción se traduce en la imposición del “autointerés deshonesto”, que significa, según Elster, “... no decir nunca la verdad ni cumplir las promesas a menos que convenga hacerlo, que significa robar y engañar si uno puede salir bien librado o, más generalmente, si el valor esperado de proceder así es mayor que el valor esperado de la alternativa, proceder de acuerdo con el deber ser”.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que en el Estado Social de Derecho, paradigma de organización jurídico política por el que optó el Constituyente colombiano en 1991, el cual se caracteriza por ser un auténtico Estado de Derecho, esto es por cumplir formal y materialmente con las exigencias propias de ese modelo, el objetivo que busca la sociedad es hacer compatibles, en una misma estructura, formas libres de producción y un sólido, general y progresivo proceso de bienestar social que deriva de la dinámica de aquellas, es lógico entender que su búsqueda deba estar siempre dirigida a garantizar “...que aquello que en general se entiende que son necesidades primarias y secundarias de todos los individuos queden cubiertas para todos con un mismo y satisfactorio índice de eficacia...”³.

Ese marco normativo, impregnado de principios tales como la autonomía, la dignidad, la igualdad, la

participación y la solidaridad, entre otros, que reivindican al individuo digno y libre como epicentro de la organización política, se erige como rector de una sociedad que en nuestro caso, paradójicamente, se caracteriza por contradictoria y violenta, y lo más grave, aparentemente inmune a los mecanismos de control que ella misma prevé en su ordenamiento jurídico, no sólo para regular las dinámicas que le son propias, sino para garantizar su consolidación y fortalecimiento como un modelo de organización en el que el ejercicio del poder conlleva responsabilidad en el ámbito de lo jurídico, de lo político y de lo ético.

Y digo aparentemente inmune porque estoy convencido que las funciones de control, en cuanto inherentes al paradigma propio del Estado social de derecho, son las únicas que tienen suficiente capacidad para contrarrestar aquellos fenómenos que atentan contra las bases mismas de la democracia, siempre y cuando ellas se ejerzan dentro del marco que la misma le impone a través de la Constitución y la ley, pues esas funciones están per-se dotadas de legitimidad, en la medida que constituyen el instrumento que ha elegido la sociedad para pronunciarse en contra de aquello que vulnera sus intereses y para, si es del caso, ejercer coerción a nombre propio y sin interferencia de los demás poderes constituidos, eso explica que el Constituyente haya establecido de manera clara e inequívoca que la Procuraduría es un órgano autónomo e independiente del tipo que consagra el artículo 113 superior.

“...la Constitución, ha dicho de manera reiterada la Corte Constitucional, consagra un control disciplinario externo, conocido tradicionalmente como la potestad de supervigilancia disciplinaria, que está atribuido a la Procuraduría General de la Nación. En efecto, el artículo 118 de la Carta señala que al Ministerio Público, (en cuya cabeza está) la Procuraduría, corresponde “la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, (mientras) el artículo 277 ordinal 6 de la Carta precisa los alcances de esa potestad disciplinaria, cuando señala que es función del Procurador General, por sí o por medio de sus delegados y agentes “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; así mismo ejercer preferentemente el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. (...) La potestad externa del Procurador es entonces prevalente”⁴.

Ese poder, el de controlar el poder legítimamente constituido, es sin duda el pilar en el que se sostiene el edificio democrático, sin su ejercicio oportuno y eficaz se abre paso la corrupción, fenómeno que conduce la democracia al despotismo, en la medida en que reduce a los ciudadanos a la condición de siervos sometidos al poder de unos pocos, precisamente de aquellos que con la fuerza del soborno y la prebenda imponen su particular interés, vulnerando así el derecho fundamental a la dignidad de las personas, en el que confluyen todos los demás; la corrupción atenta contra el principio rector de una auténtica democracia, que no es otro que aquel que señala que en ella “todos son igualmente libres”, entendiéndolo que la igualdad requiere “...del reconocimiento de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos sociales (educación, trabajo, salud), que son, según Bobbio, los que posibilitan un mejor ejercicio de los derechos de libertad, por eso el compromiso de satisfacerlos y defenderlos es, dice el mismo autor, el criterio básico para hacer realidad la democracia.

En esa perspectiva, no obstante los alarmantes índices de corrupción que hoy muestran las estadísticas, de los cuales se ha apropiado el imaginario social, el cual obviamente se ha tornado escéptico y desconfiado con los organismos estatuidos para proteger sus derechos y representar sus intereses, la función del Ministerio Público es, desde el ejercicio del control disciplinario, defender la realización de esos derechos en dos dimensiones que se complementan, la estrictamente sancionatoria, reactiva a la comisión de hechos contrarios a la Constitución y a la ley por parte del servidor público, la cual ha caracterizado durante décadas su quehacer, y la preventiva que actualmente nos impone el reto de construirla conceptualmente, de manera tal que cumpla los propósitos que emanan de nuestro ordenamiento superior, sin que la entidad se desnaturalice o se desvíe de su concepción esencial, la cual le señala la búsqueda del equilibrio y la realización de la voluntad popular, consignada en la norma jurídica y como tal vinculante, como sus primordiales objetivos.

No tengo duda, que los esfuerzos intelectuales de legisladores y doctrinantes para avanzar en la construcción de herramientas que sirvan para hacer efectivo y oportuno el control que le corresponde ejercer al Ministerio Público son de la mayor utilidad, sin embargo, también estoy seguro que la eficacia de ese control, el que se ejerce sobre el poder legítimo, depende esencialmente del compromiso real que con la democracia tengan, tanto quienes tienen la responsabilidad de ejercerlo, como aquellos sobre los que se ejerce, pues unos y otros contribuyen con su gestión, ajustada a derecho, a la realización de los fines del Estado, o en el otro extremo, al

debilitamiento de sus estructuras cuando esos agentes hacen prevalecer sus particulares intereses, en detrimento de los derechos de todos y cada uno de los individuos que hacen parte de nuestra sociedad.

En este punto retomo el presupuesto al que me referí al iniciar esta exposición para reiterar lo siguiente:

En la medida en que las prácticas de corrupción sigan arraigándose en el tejido social, de manera tal que sus componentes de ilegitimidad tiendan a diluirse en el imaginario social, el cual entonces arguye la necesidad o la generalidad de una determinada conducta para justificarla, manifestación que se produce cuando la calificación de un hecho tradicionalmente corrupto la impone la comunidad con laxitud y benevolencia, se da paso al progresivo debilitamiento de los principios fundantes del Estado (artículo 2 C.P.), los cuales empiezan a asumirse como meras fórmulas retóricas, actitud que erosiona las bases mismas de modelo de organización por el optamos los colombianos, las cuales se fortalecen si existe la garantía de realización plena de los derechos fundamentales que constituyen su principal insumo.

La corrupción en tanto fenómeno que atenta contra el orden democrático legítimamente establecido, se ubica en el terreno de la ética pública, consagrada a título de axiomas en la Carta Política, pues confronta al sujeto que incurre en esas prácticas con la concepción mayoritaria del bien, del “deber ser”, la cual sin embargo puede verse interferida y contaminada en sus contenidos, si los controles democráticos, estatuidos para combatirla no son oportunos y eficaces, pues “la corrupción genera corrupción” y ella alimenta las situaciones de injusticia social que algunos utilizan para propiciar y justificar la búsqueda de alternativas por fuera del orden legítimamente establecido; por eso para contrarrestarla de manera efectiva es necesario incursionar desde la educación y la formación en las prácticas democráticas (artículo 41 C.P.), en el fuero interno del individuo, acción para la cual está legitimada la Procuraduría General de la Nación, pues sólo en la medida que el reproche y la recriminación por una determinada acción que trascienda el ámbito de lo privado, provengan del individuo que la produce, del sujeto activo de la conducta corrupta, dando paso a la autocoacción, la sanción social que eventualmente se imponga será realmente efectiva, de ahí la importancia que cobra la acción preventiva de un órgano de control como la Procuraduría, pues ella se nutre esencialmente de un componente pedagógico, que debe propender por la paulatina apropiación e interiorización por parte del ciudadano de los elementos constitutivos del deber ser que impone la sociedad.

No es exagerado afirmar que la corrupción del servidor público vulnera el derecho fundamental a la dignidad de todas las personas, en el que confluyen todos los demás derechos, generando distintas formas de violencia que sirven para alimentar los propósitos equivocados de quienes pregonan la destrucción del Estado como única alternativa de solución a nuestros problemas.

La corrupción, lo han demostrado los especialistas en la materia, “... aumenta los costos de transacción de la economía, genera una inadecuada asignación de recursos y disminuye la credibilidad de las políticas públicas, a tiempo que en el plano político le resta legitimidad a las instituciones, privatiza aspectos valiosos de la vida pública y erosiona los principios democráticos, por eso tiene efectos devastadores sobre la efectividad de la ley y sobre el funcionamiento de la administración pública y en plano social destruye los valores éticos que soportan el comportamiento de los agentes sociales y obstaculiza el proceso de cohesión social”⁵.

Esas consecuencias, desde luego le impiden al Estado cumplir el cometido que le es esencial y prioritario, hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas, propiciando de esa manera espacios de convivencia armónica en los que el principio de justicia material se desarrolle de manera progresiva y efectiva, por eso combatir la corrupción es para la Procuraduría General de la Nación el objetivo principal, tarea que está cumpliendo en dos escenarios que entiende complementarios, el disciplinario y el preventivo, pues sólo así contribuirá de manera efectiva a garantizar la realización plena de los derechos fundamentales y en consecuencia la consolidación de la paz sin la cual no es viable la democracia.

Nuestra estrategia atiende el reclamo generalizado y sentido de todos los colombianos, quienes le piden al órgano de control que representa sus intereses, garantizar que se preserven y optimicen los recursos con los que cuenta nuestra sociedad, con los cuales, estamos seguros, podremos avanzar en el camino que nos permitirá superar la crisis social que ha servido de caldo cultivo a la violencia que nos destruye, la cual se diluirá en el espacio de la reconciliación, aspiración que sólo solo será posible previo el reconocimiento sincero de unos y otros como iguales, no obstante las distancias ideológicas que nos separen, que en un contexto de libertad alimentan la armónica convivencia.

* *Procurador General, Procuraduría General de la Nación.*

¹ *Para efectos metodológicos en el presente documento utilizaré indistintamente las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales, entendiendo éstos últimos como "derechos humanos constitucionalizados"; lo que no implica desconocer las diferencias conceptuales que entrañan una y otra expresión.*

² *Jon, Elster, "El cemento de la sociedad : Las paradojas del orden social", Gedisa editorial, 1991.*

³ *Enrique, Galván Tierno, "Humanismo y Sociedad" Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, Nos. 29 y 30.*

⁴ *Corte Constitucional, Sentencia C-229 de 1995.*

⁵ *Gabriel, Misas Arango, "De la industrialización sustitutiva a la apertura económica. La ruptura de los años 90".*

Prevención de los delitos contra la administración pública

*Virgilio Hernández**

Afirmo que abordar el tema de la prevención del delito de corrupción es una tarea compleja precisamente porque para ello debemos remontarnos a sus raíces y origen, desde la propia concepción del hombre, su cultura, sus vivencias, sus apetencias.

Son varios los escenarios en los cuales hemos tenido que asumir que el problema de la corrupción, cuando menos en América Latina, es un problema de cultura. Nacemos y nos desarrollamos en un medio donde impera la razón del más fuerte o del más audaz, y el más fuerte o el más audaz impone no sólo sus ideas sino sus preferencias en contra de los más débiles. Estamos sometidos a una sociedad donde la razón la da el dinero o la posición social, e incluso en muchos casos la fuerza. Y este problema, aunque es difícil ubicarlo en el tiempo en el interior de nuestras instituciones democráticas, surge en la propia concepción que la célula de la sociedad adopte para la educación y crianza de los seres humanos.

Si en el núcleo social que es la familia se educa a los hombres sobre la base del menor esfuerzo para conseguir los propósitos, se crean seres que a cualquier precio pretenden sobreponer sus ideas sobre los demás. ¿Acaso en el cine, en el circo, en los parques, las indefensas madres no hacen lo que sea por lograr que sus pequeños lleguen al primer puesto de la fila, o se ubiquen en el mejor lugar de la función? Pues esta es, ni más ni menos, una simple manifestación de la cultura de las preferencias, la cultura del más fuerte o del más poderoso.

Vivimos en la sociedad donde la obtención de nuestros servicios y necesidades básicas se logra con influencias, reales o simuladas, pero pareciera que es el único camino. Requerimos influencias para acceder a un empleo público y privado, y por insignificante que parezca necesitamos ayuda para la obtención de los servicios públicos, etc. Y qué decir de los créditos, tanto en la banca pública como privada es necesario previamente conocer al gerente de la oficina o mantener amistad con un miembro de la junta directiva.

Si bien para acceder a universidades públicas y privadas vemos en los medios escritos de comunicación, extensos listados con nombres de participantes o de aspirantes seleccionados, quien puede negar que en no pocos casos ese acceso debe estar precedido de una recomendación política o social.

Estos procedimientos sociales, que seguramente no son drásticamente censurados por la institucionalidad, originan el ambiente propicio para generar verdaderos actos de corrupción, si entendemos que la corrupción es el debilitamiento de los valores morales de los hombres sobre la base de preferencias para unos pocos. En relación con el origen de la corrupción no se ha dado la última palabra, tampoco es el tema central de mi modesta disertación, pero no hay duda que si en el seno de la sociedad se educa al hombre sobre estas bases, sobre la ley del más fuerte o del más poderoso, estamos sembrando en tierra fértil semillas de corrupción.

Esta breve exposición para indicar que si uno de los tantos orígenes de la corrupción se halla en la familia, en la educación de los seres humanos, al lado de los principios y valores éticos, bien difícil se torna generar mecanismos eficaces que verdaderamente logren su debilitamiento.

Abordar el tema de la prevención del delito de corrupción en el medio latinoamericano, donde nos educa una sociedad sobre la base del más fuerte o del más poderoso, o sobre la obtención de las necesidades básicas no importando los medios que se utilicen, no es fácil presentar fórmulas eficaces que logren alterar ese talante cultural de nuestra sociedad.

Y este es quizá el origen más natural que sobre la tendencia de los seres humanos de acceder a mejores condiciones, o de romper el equilibrio social o de hacerse a riquezas fáciles, aún a costa del patrimonio público, pudiera interpretarse para encontrar explicación al problema de la corrupción. Sin duda, criminólogos y penalistas han fincado sus teorías en antecedentes más complejos, ligados unos a la propia formación del hombre y otros a la distribución de la riqueza de acuerdo con la concepción del origen del Estado que se tenga.

Ello, para poder explicar que abordar el tema de la prevención de la corrupción no es tarea fácil, si se tiene claro que sus orígenes, en cualquier caso, están ligados a la propia formación del hombre.

No obstante, razones de política criminal deben invitar al gobierno, a los órganos de control y de investigación, a formular estrategias capaces de contrarrestar este fenómeno que no sólo socava las bases fundamentales del Estado sino que debilita la posibilidades de ofrecer mejores condiciones de vida a los seres humanos.

Varios son los aspectos que consideramos deben analizarse, implementarse o fortalecerse para asegurar verdaderos mecanismos o instrumentos que logren prevenir la corrupción.

El papel de los medios de comunicación

Singular papel representan los medios de comunicación en una verdadera campaña anticorrupción, pero si bien ese es el papel ideal que los espectadores aspiramos advertir en los medios de comunicación, no es la actitud que se perfila en los periódicos, en la radio ni en la televisión.

Para nadie es un secreto que los medios de comunicación son propiedad, en un buen número, de grandes monopolios empresariales, o en sus juntas directivas desfilan miembros de la clase política, empresarios y en no pocos casos adeptos al gobierno de turno o dirigentes activos del partido de oposición. Lamentablemente es un gremio que si bien responde filosóficamente a los mismos ideales, podría decirse que actúa en una forma directamente proporcional a sus intereses particulares.

Todos los días vemos en periódicos o revistas artículos relacionados con escándalos de corrupción, en empresas del Estado, en ministerios, en entidades descentralizadas o empresas particulares que pagan grandes sobornos para acceder a la contratación estatal y la prensa registra con celo y competencia, en algunos casos desigual, todos los aspectos que rodearon el sonado escándalo de corrupción, piden, o mejor, exigen resultados a los órganos de control e investigación. Pero cuando el Estado, a través de la Contraloría, la Procuraduría o la Fiscalía General de la Nación inician sus investigaciones y empiezan a conocerse nombres de los presuntos responsables un extraño fenómeno ocurre con algunos medios. Guardan silencio, o lo que es peor, utilizan sus columnas de opinión para desacreditar las investigaciones e incluso a los propios funcionarios por atreverse a mancillar el nombre de algunos prohombres de esta sociedad que lamentablemente se ven cobijados por la misma polvareda que ellos se encargaron de levantar.

Por hablar de sólo dos ejemplos, y sin que estas apreciaciones impliquen juicios de responsabilidad, la moral oculta de algunos medios de comunicación se advierte cuando en hechos como el sonado caso del Metro de Medellín dejaron entrever fácilmente su ánimo de mantener oculto uno de los mayores escándalos de corrupción que la justicia no ha podido desenredar, dizque con el argumento que son válidas las comisiones que entregan los particulares para acceder a la contratación oficial.

Y qué decir de las investigaciones por hechos relacionados con la administración de los recursos del Fondo

para la Reconstrucción del Eje Cafetero. Cuando la justicia obró provisionalmente afectando judicialmente a unas personas, que no eran ni los porteros, ni las secretarías ni los celadores, lanza en ristre se vinieron algunos medios de comunicación contra la Fiscalía General de la Nación por atreverse a judicializar a las personas menos indicadas.

Qué flaco servicio se presta a la administración de justicia con estas reacciones, qué forma de desnaturalizar el verdadero papel de los medios de comunicación en la lucha estatal contra esta forma de criminalidad.

Entonces, ese discurso de imparcialidad y objetividad de algunos medios, quienes logramos conocer los intrínquilos de los editoriales, podemos deducir sin temor a equivocarnos, que se trata de una verdadera quimera.

Los medios de comunicación, por su filosofía, su importancia en el mantenimiento de las instituciones y su papel en la sociedad, deben ser imparciales, objetivos, transparentes. No convertir las revistas ni los periódicos en la defensa oficiosa de los corruptos y permitir que la justicia tenga la última palabra, y que esa palabra sólo se encuentre en los expedientes.

Combatir la corrupción privada

No son pocos los esfuerzos que se han hecho para que algunos órganos encargados de investigar entiendan que la corrupción no es un problema de administración de recursos oficiales. Es un problema, que como ya dijimos antes, envuelve aspectos de la vida de las personas, de su educación y de su cultura, y esos aspectos inciden tanto en quienes ejecutan el presupuesto público como en los particulares que intervienen en la contratación oficial.

Por ello, la corrupción privada debe obtener un tratamiento cuando menos con igual rigor. Y debe entenderse la corrupción privada como todo comportamiento ejecutado por particulares encaminado a promover actos oficiales o públicos en su favor, en la mayoría de las veces, con la afectación del erario.

Qué logramos activando el órgano punitivo del Estado para sancionar drásticamente a los servidores públicos que ceden frente a la propuestas de terceros, si a los particulares se les ignora el trámite judicial de la conducta, o simplemente se otorga un tratamiento benigno que la mayoría de las veces no cumple un papel sancionador y mucho menos de prevención.

Al particular que ofrece dádivas a los servidores públicos para obtener grandes ventajas debe sancionarse con igual celo y drasticidad, y en aquellas conductas que por disposición del legislador su consumación sólo puede ser obra de quien detente la calidad de servidor público, no deben dejarse de un lado las formas de participación consagradas en la legislación penal, sea como determinadores o como cómplices, para que la conducta de quienes generan el ambiente propicio para que los servidores enerven la función pública a favor de intereses particulares no quede impune.

El sistema penal

Han transcurrido algunos meses desde el momento en que entraron en vigencia los nuevos códigos penal y de procedimiento penal, las leyes 599 y 600 del año 2000. Las excarcelaciones que se pronosticaban o la inseguridad jurídica que se aventuraba no fue más que una falsa alarma. En varios escenarios, particularmente académicos y profesionales, e incluso en los medios de comunicación, se discutieron varios aspectos penales y procedimentales auspiciados por la propia Fiscalía General de la Nación en los proyectos presentados a consideración del Congreso de la República.

Representantes de algunas instituciones oficiales importantes, académicos, catedráticos y organizaciones importantes como la que hoy convoca este evento, formularon serios reparos a la puesta en marcha de los proyectos hoy convertidos en leyes de la República, reparos que en su contenido sólo censuraron la falta de una verdadera identidad filosófica de los proyectos, desconociéndose que lo que se pretendió fue fortalecer la idea de no matricular el código en una determinada corriente dogmática, precisamente para ofrecer un sistema penal congruente con nuestro Estado Social de Derecho.

Un Estado de Derecho comprometido en la lucha frontal contra toda forma de criminalidad, y particularmente aquella que socava las bases fundamentales al permitir que los recursos oficiales se queden en manos de unos pocos, no puede permitir la ausencia de normas penales y adjetivas eficaces que repriman con severidad todas aquellas conductas que atenten contra la moralidad de la administración pública, normas penales que si bien deben respetar los principios básicos de un sistema penal, como el derecho a la defensa, el debido proceso y el principio de legalidad, ellas no deben someterse al arbitrio o al capricho de los gobernantes.

Así, el mantenimiento de los tipos penales que reprimen con severidad las conductas que atentan contra la administración pública como el peculado en todas sus modalidades, la concusión, el cohecho, el tráfico de influencias, reprimido con mayor severidad, la celebración indebida de contratos, el prevaricato y el enriquecimiento ilícito de servidores públicos, es una importante manifestación del legislador como mecanismo de política criminal estatal fincado en la prevención general y especial que cumple la pena de acuerdo con el contenido del artículo 4 del nuevo código penal, lo que en otros términos puede traducirse como una manifestación encaminada a prevenir la incursión de nuevas conductas de esta naturaleza.

Sobre la función de la pena la Corte Constitucional en sentencia C-070 de 1996 expresó: "...la pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones. La definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general, esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones".

Es por lo anterior, que algunas sanciones, particularmente aquellas que afectan el patrimonio del sindicado, fue incrementada en todos los delitos contra la administración pública en la nueva codificación penal, teniendo en cuenta, según se presentó en la exposición de motivos, no sólo en el grave daño que ocasionan a la sociedad sino en que a partir de estas conductas se incrementa ilícitamente el patrimonio de los servidores públicos que defraudaron la confianza depositada por el Estado.

El nuevo código igualmente incluyó las disposiciones que a partir del Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario, tipificaron la conducta de los agentes retenedores del impuesto a las ventas que omitan consignar oportunamente las sumas recaudadas. Si bien las conductas privativas de la libertad en su mayoría se mantuvieron, teniendo en cuenta que a partir de la Ley 190 de 1995 estas sufrieron sustanciales aumentos punitivos, la sanción del delito de tráfico de influencias, de tan común ocurrencia en nuestro medio, se aumentó significativamente.

Una política criminal que contemple un decálogo de conductas punibles atentatorias contra el bien jurídico de la administración de justicia, y unas penas que efectivamente logren ser instrumento de prevención general, es una verdaderamente herramienta de prevención de los actos de corrupción.

Pero al lado de la prevención que a la comunidad se irradia sobre la existencia de tipos penales que repriman las conductas que atenten contra la administración pública es importante que los órganos encargados de investigar y acusar a los infractores de la ley penal cuenten con eficaces herramientas que permitan efectivizar las sanciones para que estas, a su vez, logren el fin propuesto por el legislador, esto es, generar prevención general para evitar la ocurrencia de nuevas conductas.

Y esas herramientas no son otras que aquellas consagradas en nuestro peculiar sistema penal, orientadas a procurar que la efectividad de la sanción no se torne imposible frente a la actitud de los delincuentes.

Un sistema acusatorio puro desconoce funciones jurisdiccionales en cabeza de la Fiscalía, a quien sólo incumbe la investigación y presentación de la acusación ante los jueces y tribunales competentes, pero un sistema puro, a nuestro modesto modo de ver las cosas, está indicado para países donde la delincuencia organizada no haya alcanzado los niveles y posiciones que ha logrado la criminalidad en Colombia.

Los fiscales y jueces colombianos no están en condiciones de investigar y acusar a la delincuencia organizada, a la guerrilla o a los paramilitares, con la legislación penal de los países escandinavos. Si bien Colombia fue uno de los primeros países de América Latina que logró liberarse de las dictaduras y regímenes totalitarios,

lamentablemente también ha tenido que soportar la más antigua organización subversiva de este hemisferio.

La naturaleza de las organizaciones armadas al margen de la ley en nuestro territorio, demanda la implementación de mecanismos y herramientas eficaces para que los fiscales estén en capacidad actuar eficazmente. Si desde el punto de vista militar el Estado se fortalece para hacer mayor frente a la delincuencia organizada no se entiende cómo se pretende privar a los fiscales de herramientas concretas para cumplir su misión constitucional.

Lamentablemente los fiscales en Colombia no sólo investigan a las amas de casa, a conductores embriagados y a los cajeros de los bancos, también deben investigar a verdaderos criminales y terroristas que con muy poco esfuerzo logran infundir temor no sólo en las víctimas sino en los propios funcionarios judiciales, quienes sólo encuentran solidaridad en las herramientas legales de que se les ha dotado para enfrentar al delincuente.

Aunque la Fiscalía General de la Nación fue implementada con tendencia estrictamente acusatoria, no es difícil advertir la ausencia de verdaderos resultados en temas como el narcotráfico, la delincuencia organizada y la corrupción.

Precisamente porque los efectos de la implementación de un sistema penal puro, con la clara distribución de funciones, somete a los fiscales a esperas superiores a los quince días para que un juez de la República evalúe la pertinencia de un allanamiento, de una interceptación o de una captura, mientras los delincuentes actúan viendo la inoperancia del aparato judicial.

Quizás ninguno de quienes ven con buenos ojos la modificación a las facultades de la Fiscalía General de la Nación tenga que someterse al lardo transcurrir de un proceso judicial por cuyos hechos es víctima, cuando el fiscal deba justificar la impunidad en la laxitud o parsimonia de otros funcionarios.

En cualquier caso, el debate en el Congreso de la República está abierto y sólo el tiempo se encargará de demostrar que servicio hicimos a la sociedad, recortándole a nuestros fiscales las herramientas eficaces para investigar a los delincuentes,
o verdaderamente logramos un mejoramiento en la administración de justicia, disminuyendo los índices de impunidad.

El sistema penal internacional

No cabe duda que igual que aquellas conductas generadas por el tráfico de estupefacientes a países desarrollados, los corruptos que campean en el territorio se han ideado mil formas de burlar la ley para acceder a grandes fortunas a costa de las arcas oficiales, concertando con delincuentes internacionales la mejor manera de sacar provecho al erario, utilizando básicamente la contratación oficial.

Sin que estemos predicando algún tipo de responsabilidad específica, grandes contratos celebrados por la nación colombiana fueron viciados por el estilo propio de los corruptos europeos, generando grandes sobrecostos en las obras adquiridas para poder justificar los dividendos que el contrato representa a terceros, intermediarios, contratistas y servidores públicos. Contratos como el de la construcción del Metro de Medellín, así algunas prestigiosas revistas utilicen sus ediciones de mampara a defensas oficiosas, el de generación de energía entre Electranta y Termorrío, y el del Distrito de Bogotá con la empresa francesa Sofremí para la adquisición de mecanismos de seguridad, encerraron, cuando menos indiciariamente, altas probabilidades de intervención fraudulenta y truculenta de ciudadanos extranjeros que seguramente obtuvieron altos porcentajes, a costa de la calidad de las obras y por ende de la calidad de vida de los colombianos.

Al lado de herramientas judiciales internas combinadas con verdaderas sanciones contra los delincuentes de escritorio, se requiere de una legislación internacional eficiente y efectiva que evite enervar las posibilidades de investigar y acusar a los responsables, aún fuera de nuestras fronteras, cuya soberanía utilizan de escudo para procurar la impunidad. Así, podremos evitar que países que en el pasado se sirvieron de nuestros recursos naturales y a quienes estamos ligados con verdaderos lazos étnicos, hoy se conviertan en guarida de los delincuentes de cuello blanco.

El Centro para la Prevención Internacional del Delito y el Programa Mundial de Lucha contra la Corrupción,

con participación de algunos representantes gubernamentales, preparan un proyecto para concertar un instrumento jurídico de índole internacional contra la corrupción, que permita incentivar temas como la cooperación internacional, el intercambio y asistencia judicial, la cooperación técnica, el fortalecimiento de la capacidad estatal en la lucha contra la corrupción y la implementación de fórmulas que no sólo combatan sino prevengan la corrupción.

Para la Fiscalía General de la Nación ha sido importante contar con una herramienta de estas características, precisamente en momentos en que escandalosos contratos no pocas veces se quedan en la impunidad frente a la actitud laxa de algunos estados que aprovechando la ausencia de una legislación transnacional prestan sus bancos y entidades financieras para que los delincuentes depositen los grandes dividendos que les genera contratar con países como el nuestro.

Los actuales momentos imponen a la ciencia penal la tarea de proyectar estrategias de legítimo control social que pongan en evidencia las aspiraciones del conglomerado internacional a través de todo acto que atente contra la función administrativa, concebida en nuestra carta como aquella que se encuentra al servicio de los intereses generales, desarrollada con fundamento en principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, concepción que se apareja con postulados doctrinales que señalan que el interés general es el poder pero también el servicio, y el servicio es lo único que justifica el poder.

El diseño de estos proyectos multiagenciales como el que se plantea en la reunión de expertos en Viena, deben estar dirigidos a la reorganización de factores de tipo social, económico y cultural, evidentemente influenciados por procesos de formación delictiva que afectan la finalidad de un Estado Social de Derecho, y por tanto, encaminados a recuperar el significado que dicho orden implica.

Frente a la eventualidad de describir comportamientos que generen confusión entre los Estados parte se sugiere, en esta materia, que las hipótesis delictivas de este instrumento internacional que no logren abarcar cada una de las materias definidas se supla por el establecimiento de tipos genéricos abiertos, los cuales permitan su descripción y encuadramiento jurídico en las conductas definidas y precisadas por cada Estado parte. Sobre este particular nótese que la definición sobre soborno en derecho internacional no corresponde a la que el legislador colombiano venía utilizando, pues en tanto el soborno transnacional implica el ofrecimiento de utilidades o dádivas a funcionarios o particulares que ejerzan funciones públicas a cambio de la realización u omisión de un acto en ejercicio de sus funciones públicas, en nuestro sistema penal hasta hace muy poco el soborno se refería exclusivamente al ofrecimiento de dádivas a testigos para cambiar o modificar su versión.

El nuevo código penal, respondiendo al reclamo de la comunidad internacional, tipifica el soborno transnacional como la conducta a través de la cual el extranjero residente en el país o el nacional ofrece a servidor público de otro Estado dádiva o utilidad a cambio de la realización de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones relacionado con una transacción económica o comercial, sancionándolo con penas ciertamente altas de acuerdo con la nueva dosificación punitiva.

En desarrollo de la postura adoptada por nuestro Estado el Congreso de la República de Colombia por medio de la Ley 412 de 1997 aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, y en la que se adoptaron los siguientes conceptos:

•**Soborno transnacional:** A través del cual "...con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en el, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial".

•**Enriquecimiento ilícito:** "Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico los Estados parte que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento patrimonial de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él".

Se prevé igualmente responsabilidad respecto de las personas jurídicas frente a las acciones delictivas que a través de ellas se puedan cometer, así la responsabilidad de carácter penal cobije sólo a las personas naturales, bien como representantes de la entidad privada o pública que toma la decisión, o bien a todos y cada uno de los miembros que, necesitando la autorización para realizar la conducta, así lo determinen.

Se contempló que cada Estado adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con los acuerdos llegados a cada convención cuando el delito se cometa en su territorio. Cada Estado podrá adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con los acuerdos llegados en cada convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio, y lo propio se hará cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y lo extradite a otro país por motivo de nacionalidad del presunto delincuente.

En relación con el decomiso y las medidas cautelares, a través de esta ley el gobierno de Colombia se comprometió a prestar a los Estados parte la más amplia asistencia en la identificación, rastreo, inmovilización, confiscación y decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados en la convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

Y en materia de cooperación internacional, será aplicable como instrumento válido para contrarrestar la corrupción, la asistencia judicial inmediata, la cooperación en caso de práctica de pruebas en alguno de los Estados parte, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción. De igual manera, los Estados parte prestarán la cooperación técnica sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. A su turno, el Estado parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado parte requirente, amparándose en el secreto bancario.

Es una verdadera lástima que los llamados paraísos fiscales, cuyo Estado se financia con los réditos del dinero mal habido, no estén interesados en suscribir un convenio que evite a los países del tercer mundo que los recursos destinados a los contratos oficiales terminen en manos de banqueros internacionales.

Nuestra experiencia judicial

Aun cuando se echen de menos verdaderas políticas gubernamentales que amalgamen los proyectos de algunas instituciones oficiales, unificando los mecanismos estatales contra este fenómeno, esto es, los disuasivos y los preventivos, así como los reactivos de los represivos, no puede desconocerse que en varios casos las estrategias de investigación implementadas por la Fiscalía General de la Nación han logrado importantes resultados en la lucha contra este flagelo.

Casos como la investigación generada a partir de las causas de la defraudación del sector financiero estatal, permitieron a la Fiscalía adelantar una serie de investigaciones penales que permitieron conducir a importantes resultados.

Por la defraudación a la Caja Agraria fueron vinculadas más de cien personas, entre ellas un número superior a diez directivos regionales, por conductas que condujeron a la pérdida de más de cincuenta mil millones de pesos. Lo propio ocurrió con el Banco Central Hipotecario, que en menos de diez operaciones bancarias, con intervención de altos directivos, se embolataron más de cincuenta y siete mil millones de pesos. Qué decir de la sucursal Concasa de Santa Marta, que por cuenta de créditos espurios para la adquisición de vivienda perdió de sus arcas una suma superior a los doce mil millones de pesos. En cada una de estas investigaciones son varias las personas, servidores públicos y particulares, contra quienes se ha proferido resolución de acusación y muchas de ellas, con sentencia condenatoria decretadas por los jueces de la República.

El escandaloso caso de corrupción ocurrido tras la privatización de la estatal Puertos de Colombia, y que condujo a pérdidas superiores a los dos billones de pesos, no ha quedado atrás. Las estrategias implementadas por fiscales e investigadores permitieron la vinculación de seiscientas personas, y hoy ya han sido condenadas más de medio centenar, entre abogados de Foncolpuertos, exdirectivos y abogados de los

trabajadores.

El sector energético del país no se libró de la acción de los delincuentes de cuello blanco. Sin duda, las causas que generaron la privatización de las empresas del sector eléctrico no fueron inferiores a las consecuencias de servidores públicos y particulares que vieron en ellas, estando en liquidación, el botín propicio para la repartija criminal. Más de doce directivos, entre gerentes de empresas en liquidación y altos funcionarios de la superintendencia de servicios públicos, han sido detenidos preventivamente por graves hechos de corrupción en su administración. El país no podrá olvidar que por la inactividad de algunos servidores públicos, y la acción de otros asociados con ciudadanos extranjeros, de nuestros recursos deberán destinarse más de sesenta y cuatro millones de dólares para sufragar la condena en el laudo arbitral desarrollado a instancia de Termorrío y Electranta.

Y finalmente, es importante destacar que gracias a las herramientas legales y a una verdadera estrategia de investigación, se logró llevar adelante en corto tiempo una de las investigaciones más importantes en materia de corrupción administrativa, con epicentro en el Congreso de la República. Cuando el país se levantó una mañana de febrero del año 2000 con la noticia que en la contratación administrativa de la Cámara de Representantes se presentaban serios casos de inmoralidad, la Fiscalía General de la Nación ya había detectado el modus operandi de una serie de servidores públicos y particulares, que presuntamente concertados con la mesa directiva se idearon la manera de apropiarse de una no despreciable suma de dinero para ejecutar vergonzosos e innecesarios supuestos contratos, como aquel que pretendía lavar la fachada del Capitolio Nacional.

Por estos hechos, en tan sólo seis meses de investigación, se vincularon más de cincuenta personas, entre personal directivo del Congreso de la República y contratistas, se decretaron cerca de cuarenta medidas de aseguramiento de detención preventiva y se han proferido más de veinticinco resoluciones de acusación.

Estos son sólo algunos ejemplos que demuestran que ante la ausencia de una verdadera política de prevención de la corrupción, el Estado, a través de sus órganos de investigación, y en términos de prevención general, no debe ahorrar esfuerzos a la hora de implementar y poner en marcha verdaderas estrategias de investigación para que los grandes casos de corrupción no queden en la impunidad.

** Ex director de la Unidad Nacional Especializada en delitos contra la Administración Pública, Fiscalía General de la Nación.*

Normatividad penal y corrupción

Carlos Eduardo Mejía Escobar

Cuando estaba reflexionando sobre el título de esta exposición “Normatividad penal y corrupción”, se me presentaba la opción de enfocar las cosas desde la perspectiva de una análisis dogmático de tipo penal por mi condición de magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Pero también ese mismo nombre ofrecía otras formas de discutir el tema y opté por mirar el tema en otro contexto, para evitar la pesadez que implicar ese tipo de análisis académico y dogmático de los tipos penales, aunque ello no quiere decir que haya que prescindir de la

consideración concreta de la nueva legislación.

Pienso que la gran cuestión que suscita esta ponencia es a propósito de la política criminal, y acerca de cuánto poder penal y punitivo requiere una sociedad para poder enfrentar un fenómeno como el de la corrupción.

Empecemos a dar por descontado que cuando me refiero a la política criminal, me remito a los criterios con fundamento, en los cuales un estado determinado durante un tiempo de su historia, define qué clases de comportamientos quiere criminalizar, qué clase de consecuencias jurídicas, y a través de qué herramientas va a conseguir u obtener la criminalización o el resultado efectivo de la persecución de esas infracciones, y con cuáles instrumentos van a trabajar de la mano del derecho y de la normatividad penal, como herramientas alrededor de las cuales se crea ese contexto.

Política criminal que todos los estados están obligados a definir en un momento histórico. Política criminal que no se puede pensar del exclusivo resorte de un órgano del poder público, sino que debe obedecer a la participación del conjunto o de la globalidad de la sociedad, y ser el producto de un consenso social que de alguna manera se manifieste a través del órgano de decisión, que en nuestro caso, representa la soberanía que la constitución radica en el pueblo. Pero sin perder de vista que en la formulación de esa política criminal, la constitución otorga iniciativas y responsabilidades a otro órgano del poder público.

Y el primer concepto o el primer fenómeno que uno tendría que tratar de dirimir y clarificar conceptualmente, si fuese a pensar en una política criminal contra la corrupción, tendría que ser el de la definición de conceptos, es decir, qué es lo que se entiende por corrupción, qué es, en qué consiste ese fenómeno social que se quiere combatir y ahí sí que empiezan las dificultades, porque nosotros podemos pensar en el fenómeno de corrupción desde la perspectiva de los funcionarios; o podemos pensar desde la óptica de otro tipo de relaciones que también existen dentro de la sociedad, es decir, que el fenómeno de corrupción no sea sólo el problema de las relaciones estado o funcionario-individuo y sociedad, sino también el de las relaciones de los individuos dentro de la misma sociedad.

Un buen criterio lo ofrece, Alfonso Savan Godoy, que se atreve a dar un primer paso en la búsqueda de una definición del fenómeno de corrupción y dice lo siguiente: “el componente anímico de la conducta corrupta, es la deslealtad, entendida ésta como la actuación en contra de los intereses, cuya defensa nos viene confiada en virtud de un acto de voluntad de quien legítimamente es titular de esos intereses”. Y eso que considero yo, es absolutamente correcto, implica necesariamente que el ámbito de la corrupción, mirado en esa perspectiva y sobre esa óptica, vaya más allá de lo que conocemos generalizadamente como los delitos del funcionario público.

Esa es la línea en que está caminando hoy por hoy el mundo, esa es la línea a la cual se están apuntando los estados, cuando dentro de los convenios y de los instrumentos de derecho internacional que han venido conciliando y generando en la lucha contra la corrupción, han dado puntadas fundamentales para tratar de comprometer a toda la comunidad internacional, en una batalla de persecución que incorpora dentro de ella, lo que nosotros podríamos denominar como la corrección privada o particular. Si nosotros miramos ese componente anímico de deslealtad a que se refiere el autor que citaba antes, esa deslealtad en los intereses que se le confían a alguien se puede presentar tanto en lo público como en lo privado y de alguna manera uno podría decir, que sociológicamente está detectado que el fenómeno de corrupción no es exclusivamente público, y que muchas de las conductas que repercuten después en lo público, están estimuladas desde el ámbito de las relaciones privadas. Eso a lo que apunta finalmente es a que las comunidades y las sociedades empiecen a pensar verdaderamente en la promoción de una ética social que como ética social cubra todos los espacios de las relaciones sociales. Que no exista esa dualidad y esa división social e ideológica en que una es la ética en lo público y otra, la ética en lo privado.

En que, el soborno, para llamarlo con el lenguaje más cotidiano y más generalizado y menos técnico posible, es un fenómeno que existe y que hay que combatir tanto en el plano de lo público como de lo privado. Que el daño que produce ese tipo de actividades, ese tipo de distorsiones, de ese principio de lealtad, que digamos, fundamenta toda la ética pública, está repercutiendo no solamente en las manifestaciones del poder público sino también en general, en el entorno económico y en el entorno de desarrollo que tienen que tener las civilizaciones, las comunidades, las naciones, para poder subsistir civilizadamente.

Sin embargo, es evidente que frente a esa ética pública o a ese deber ser de una ética social, hay que empezar a definir si es que todas las formas en que se manifiesta la conducta humana, contrariamente al deber ser de esa ética social, deben ser objeto de conocimiento de derecho penal y en eso ha habido dificultades para que convengan así las comunidades del mundo.

Entonces, cuando enfrentamos el problema normatividad penal y corrupción, o entre el sistema penal y la corrupción, se puede optar por dos vías: primero pretender que sea a través del derecho penal, que se combata de manera exclusiva la corrupción o buscar y encontrar otros caminos distintos, pero que no excluyan el derecho penal.

En ese camino, surge otra polémica que viene de hace años, y que de alguna manera se ha manifestado, potencializado y actualizado en esa gran discusión del hoy histórico, que es el dilema, y entre el eficientismo y el garantismo, que se ha llevado a plantear como un ideal del sistema penal, el que se circunscriba únicamente a la protección de bienes jurídicos individuales para negar y tratar de excluir todo vestigio de lo que hoy se denomina bajo un rubro general de funcionalismo.

El derecho penal que rige hoy, debe ser un derecho penal de última ratio y debe ser un derecho penal mínimo. Creo que alrededor de ese concepto no hay absolutamente ninguna discusión. Donde hay polémica es en cuánto es el mínimo, y en cuál es la implicación de ese mínimo. El derecho penal, se ve avocado a reducir el número de conductas criminalizadas, para dejar sólo aquellas que sean las más trascendentales en la sociedad, obviamente eso de alguna manera implicaría que esas conductas, entonces, sean drásticamente penalizadas.

Si el derecho Penal, en cambio, tiene la pretensión de abordar todo el conflicto social para hacerlo objeto de su regulación, es evidente apenas que una línea de conducta de esas, empiece a deslegitimar al sistema penal como una herramienta útil para resolver desacuerdos sociales.

Y la gran pregunta hoy por hoy, frente a la normatividad penal existente en Colombia, sería ¿el marco punitivo de criminalización de conductas, está en el punto de equilibrio en que debe estar? ¿Debe abordar más fenómenos sociales y conductas sociales? ¿Debe reducirse ese marco de intervención del sistema punitivo y si se reduce cómo se reemplaza?

Cuando en la sociedad se detectan comportamientos dañinos para los intereses sociales, por lo menos los que son reconocidos constitucionalmente, se convierten en el núcleo alrededor del cual gira el concepto de bienes jurídicos, esa sociedad se ve avocado a definir si esos intereses sólo son protegidos o protegibles a través de la drasticidad de ese sistema penal, y si no se responde adecuadamente a ello, el sistema se deslegitima. Fortalecer otras reacciones es lo que está proponiendo hoy gran parte de la doctrina, fortalecer el derecho administrativo sancionatorio o en muchas ocasiones, fortalecer el derecho disciplinario, inclusive generar en el interior del mismo sistema de normatividad penal reacciones distintas punitivamente hablando, reacciones que no siempre impliquen penas privativas de la libertad y que en cambio se vayan reemplazando por reacciones sustitutivas, o por reacciones que privan de otro tipo de derecho a las personas, o a las corporaciones, e incluso por formas de ejecución de esas sanciones que violenten menos los derechos y especialmente el derecho a la libertad.

Lo que ha pasado en Colombia, es que la exigencia social ha sido verdaderamente drástica en la demanda de reacción penal frente al fenómeno de la corrupción. Si algo caracteriza a la nueva legislación es que cuando opta por la privación de la libertad, ese régimen de privación a la libertad es severo.

Aunque en una gran cantidad de delitos disminuyeron los máximos punitivos, en la generalidad de los delitos aumentaron los mínimos punitivos, no solamente aumentaron los mínimos de pena, sino que el sistema se concibió con una metodología de dosimetría penal que cierra los espacios de discrecionalidad del juez al imponerla. De esta forma, los amarra bastante porque crea reglas expresas, cuando le dice al juez, usted tiene que dividir la pena en cuartos y usted se va a mover dentro de esos parámetros de acuerdo con las reglas siguientes y le prohíbe atender al cuarto mínimo.

Y no solamente esa manifestación más severa se ven en las penas privativas de la libertad, sino que además el sistema de multas es ostensiblemente más drástico. Así, existen multas que a veces se conciben como penas principales u otras veces como penas, como penas principales únicas u otras veces como penas principales

que acompañan la pena privativa de la libertad y multas que son de una cuantía o pueden llegar a una suma considerable.

No es la ocasión para discutir si desde el punto de vista de la política criminal el sistema de sanción de multa es un sistema adecuado, cada sociedad tienen sus propios espacios y tiene su propia dinámica, tiene su propia crisis social y si bien es cierto que un sistema de multas puede ser un mecanismo idóneo que garantice un régimen de igualdad en ciertos modelos de sociedades, podrá haber otro modelo en donde un sistema severo de multas implique una justicia de clase, porque cuando no se puede pagar la multa, se tiene que convertir en privación de la libertad. Y entonces, eso va a depender en buena manera de la posibilidad de pago real de la población que suele ser el sujeto alrededor del cual se mueve el proceso penal y que puede haber un sector que siempre estará en capacidad de pagar la multa.

Pero la verdad es que todo ese fenómeno de sanciones, es un problema que hay que discutir en otros terrenos y es un problema que ya se discutió frente a la legislación, así como se discutieron mecanismos novedosos que se constituyen en modalidades de ejecución de las penas. Me refiero al ejemplo más típico, a la prisión domiciliaria, mecanismo respecto del cual en principio una sociedad acostumbrada a utilizar la cárcel con una consideración plural aflictiva puede extrañar, puede pensar que no es adecuado, ese tipo de sanción frente a la comisión de delitos graves. Habrá que esperar los efectos que empiece a producir esa modalidad sustitutiva de la prisión como pena prevista para los delitos.

Por lo pronto, sí podríamos decir que dentro del contexto en que finalmente quedó plasmada esa modalidad, no se ve un régimen de ejecución de la pena que pueda apuntar a los fines declarados por la ley penal, porque lo único que se refiere el código penal es a una especie de super vigilancia sobre la permanencia de la persona en su domicilio.

Ahora bien, al lado del fenómeno de la normatividad penal mirado desde el punto de vista del derecho sustantivo, paralelamente lo que se puede pensar del sistema de derecho sustantivo penal colombiano es que está dentro de la reacción universal de lo que se pretende en los estados para perseguir el crimen relacionado con la corrupción, entendida esta como los delitos contra la administración pública o del servidor público. Hay que mirar la herramienta a través de la cual se facilita o no la investigación y el juzgamiento de esos delitos y si esa herramienta es el código de procedimiento penal. La verdad es que siempre he considerado que dentro de las distintas instituciones procesales existen varias que conspiran contra la eficiencia en la lucha contra la corrupción. Y me quiero referir particularmente a dos fenómenos: uno que es de tipo procesal y el otro, está vinculado con el derecho sustancial.

El diseño del proceso penal colombiano es un diseño que responde a una especie de ecuación, un procesado, un crimen, un proceso. De pronto es un diseño que admite una pluralidad de crímenes o procesados dentro de los términos que se tienen para la investigación y el juzgamiento. Pero lo que sí es evidente es que si nosotros miramos desde la realidad real y no desde la realidad virtual que a veces ofrece la ley, el diseño del proceso penal no es un diseño idóneo para investigar un concurso de infracciones que vienen cometiéndose de manera permanente de tiempo atrás o una pluralidad de procesados pertenecientes a un modelo de organización criminal que realizan distintas violaciones a la ley penal.

En Colombia hay procesos de 120 sindicados, y procesos de 80, y 20 y 15 procesados, y no solamente eso, la criminalidad, por lo general, es plural o va del fenómeno de la coautoría impropia de la organización criminal y el esquema del proceso no es dúctil, no permite responder al manejo unificado a un asunto de esa categoría. El gran fracaso del sistema penal colombiano muchas veces ha sido generado por su incapacidad de procesar ese tipo de asuntos complejos que por lo mismo se convierten en expedientes y en juicios inmanejables. El país tiene que pensar en mecanismos que permitan solucionar esa clase de obstáculos institucionales en el procesamiento de esos asuntos, pero hay otro asunto que puede no haber sido tan claramente medido, pero que igual conduce al fracaso del sistema penal y son las prescripciones.

El sistema de prescripción está concebido en unos términos más o menos reales en la fase del sumario, pero se distorsiona de alguna manera en la etapa del juicio como consecuencia de la interrupción de la prescripción.

Prácticamente, en promedio la prescripción de la mayor parte de los asuntos procesales, después de interrumpida la prescripción por la resolución acusatoria, oscila entre cinco y seis años. Las circunstancias, por

ejemplo, en que está funcionando hoy el recurso de casación, implica un retraso en los juicios para la ejecutoria de las sentencias de alrededor de cuatro años, es decir que obtener sentencia condenatoria dentro de ese lapso de cinco o seis años, se ha convertido prácticamente en una hazaña. Evitar la prescripción de los procesos se ha convertido casi en un acto heroico y por eso fue que en algún momento la Corte preocupada por esa situación planteó como una alternativa el desestímulo de la casación de la ejecutoria porque se había hecho evidente que el recurso de casación se estaba interponiendo únicamente con el propósito de obtener la prescripción de los procesos.

En este contexto se puede llegar a pensar que lo que se pretende detrás del planteamiento anteriormente enunciado es la implantación de un derecho autoritario que desconozca las garantías de las personas, y que el propósito simplemente sea obtener sentencias condenatorias. Las doctrinas que suelen ir de la mano de nuestra propia legislación conciben estos fenómenos en términos mucho más reales. Así, el artículo 78C del Código de Procedimiento Penal Alemán consagra doce causales de interrupción de la prescripción.

Colombia, únicamente cuenta con una causal de interrupción de la prescripción que es aquella que se produce en el momento de la ejecutoria de la resolución de acusación. Ese problema de la incoherencia entre la realidad que yo llamaba real del país y esa realidad virtual, que a veces generan las normas es lo que produce la sensación de que no puede haber reglas civilizadas posibles para luchar contra los fenómenos criminales y conduce a la desinstitucionalización de la reacción social generando reacciones violentas, reacciones no controlables, reacciones verdaderamente antidemocráticas.

La ausencia de justicia y la sensación de ausencia de justicia repercute en la sociedad generando espacios autoritarios, suplantando los medios institucionalizados y es la que genera todos estos fenómenos de justicia privada que se convierten en sí mismos en un factor distorsionador de la institucionalidad, y del desarrollo de la democracia misma.

Si miramos fuera del contexto las normas penales, la normatividad penal o simple la normatividad de referencia, nosotros tendríamos que llegar a la conclusión de que Colombia, es un país que va en los primeros lugares de lucha contra la corrupción, tanto sus normas penales, como de derecho administrativo sancionatorio, como las que buscan la prevención del fenómeno corrupción, son por las que están hoy clamando otros estados y alrededor de las cuales está girando la discusión de la comunidad internacional, y Colombia ya las tiene. Normas de prevención y de ética social que apenas se están empezando a discutir en algunos países y que en el caso nuestro vienen de tiempo atrás, como las que obligan a declarar los ingresos y el patrimonio con que se cuenta una persona en el momento de asumir un cargo público. Regulaciones que se están discutiendo como el tipo penal de enriquecimiento ilícito del servidor público que muchos países poco a poco están empezando a incluir, a incorporar, en sus propias legislaciones, normas que despolitizan el servicio público, a través de los regímenes de carrera, de los sistemas de selección y de concurso de méritos, que le permiten funcionar al poder judicial con independencia y que le crean a la Fiscalía General espacios de independencia desde la normatividad.

Colombia desde el punto de vista de sus leyes y desde el punto de vista normativo, no tiene mucho que aprender de la comunidad internacional, pero la gran pregunta que surge es entonces ¿por qué somos en todas las estadísticas y en todos los estudios sobre corrupción, uno de los países que lideran este fenómeno?

Creo que la gran reflexión es esa porque normativamente, existen marcos adecuados y razonables en el sistema penal colombiano. Pero algo está faltando en el país, que no necesariamente es el derecho punitivo, sino otro tipo de medida y de solución.

He sido un convencido de que la civilidad en los pueblos no se consigue a través de la normatividad, que la civilidad en los pueblos se consigue a través de una educación para la civilidad y creo que el único recurso que le queda por abordar a Colombia, es persistir en esa educación y en esa ética social como fin último del sistema educativo. Puede existir el sistema de derecho penal más autoritario que pueda concebirse hoy, pero si en el país no se fomenta la educación para la civilidad el país jamás logrará vencer el fenómeno de la corrupción.

** Presidente Sala Penal, Corte Suprema de Justicia.*

Justicia y corrupción: el papel de la sociedad civil

*Rosa Inés Ospina**

Introducción

En primer lugar quiero resaltar, como marco de referencia de esta ponencia, que no somos especialistas en el tema de la corrupción en el sector justicia, ni desarrollamos en el mismo ningún trabajo en particular, y que nuestro conocimiento, y las ideas centrales que aquí vamos a presentar, se derivan de las experiencias generales de nuestro trabajo y de las preocupaciones y reflexiones que han surgido.

Para los que no conocen qué es Transparencia por Colombia, rápidamente diré: somos el capítulo nacional de Transparencia Internacional y el aliado estratégico del Ethics Resource Center en el país; estamos constituidos, desde agosto de 1998, como organización de carácter no gubernamental y desarrollamos, en el ámbito de la prevención, trabajo anticorrupción y de construcción de integridad, en cuatro áreas: sector público, sector privado, sociedad civil y gestión del conocimiento, a través de una estrategia de movilización de actores, construcción de alianzas y diseño y aplicación de herramientas prácticas anticorrupción.

Ahora bien, esta presentación está dividida en cuatro partes: (i) la primera, define el marco teórico en el cual Transparencia por Colombia enfrenta la lucha contra la corrupción, esto es, el concepto de Sistema Nacional de Integridad, con el conjunto de pilares, reglas y prácticas que lo integran (ii) la segunda, aborda algunos elementos para el análisis del sistema de justicia entendido como pilar fundamental en la lucha contra la corrupción, mirando las que deben ser sus principales reglas de funcionamiento y analizando algunas de sus fortalezas y debilidades en el contexto colombiano (iii) la tercera, aborda el pilar de la sociedad civil, su papel en la justicia, sus reglas, algunos ejemplos de sus avances y las debilidades que observamos en su funcionamiento; y (iv) por último, se presentan algunas reflexiones que creemos relevantes para fortalecer el debate y el trabajo anticorrupción en el sector.

1. El sistema nacional de integridad

La categoría de trabajo, Sistema Nacional de Integridad, SNI, desarrollada por Transparencia Internacional, ha resultado de mayor utilidad para trabajar sistemáticamente en la lucha contra la corrupción.

Un Sistema Nacional de Integridad está constituido por un conjunto de pilares, los cuales se complementan a través de reglas y prácticas. El Sistema Nacional de Integridad se encuentra presente, con más o menos desarrollo, en todos los Estados. De manera esquemática el Sistema está integrado por: los órganos ejecutivo, legislativo y judicial, responsables e independientes entre sí; entidades de control que vigilan y procesan disciplinaria y fiscalmente al conjunto de los servidores públicos; reglas que regulan los conflictos de intereses de éstos; un servicio civil soportado en el mérito y la ética del servicio público; autoridades electorales independientes que garantizan elecciones libres y justas; libertad de expresión y acceso a la información de los medios de comunicación; libertad de expresión de la sociedad civil; políticas de competencia de la empresa privada, incluyendo reglas transparentes de contratación pública; y ayuda mutua legal y judicial de la cooperación internacional, entre otros.

El Sistema Nacional de Integridad como categoría de trabajo, fundamenta el desarrollo de una estrategia integral de lucha contra la corrupción, basada, antes que en el castigo a los individuos, en el desarrollo de reformas políticas y administrativas que promuevan y garanticen **transparencia en la gestión pública** y que fortalezcan **mecanismos de rendición de cuentas**, horizontales y verticales, a manera de “círculo virtuoso”, en el cual cada actor vigila y es vigilado, monitorea y es monitoreado. Se entiende por controles verticales aquellos que se ejercen, en el interior de un poder, por instancias superiores o jerárquicas, y por controles

horizontales, los que se ejercen entre poderes, entre los que se cuenta el poder de la ciudadanía. Detrás del enfoque del sistema de integridad está la convicción de que los distintos temas de gobernabilidad necesitan tratarse de una manera holística.

2. Una mirada al sistema de justicia desde la perspectiva de la lucha contra la corrupción

2.1. Algunas reglas del sistema de justicia

Algunas de las reglas que marcan el funcionamiento de este pilar están referidas a (i) la facultad de revisar las leyes y las decisiones gubernamentales, (ii) la independencia frente a los demás poderes, (iii) el deber de rendir cuentas, y (iv) la autonomía que implica la independencia derivada no sólo de la autonomía administrativa y financiera, sino también de los mecanismos de nombramiento y de retiro de sus funcionarios. Es sobre el cumplimiento de estas reglas que debemos trabajar para constatar las fortalezas y debilidades de este pilar en tanto fundamental para garantizar la probidad.

2.2. Fortalezas

2.2.1. Tema de la agenda política y desarrollo legislativos

Es un hecho cierto el posicionamiento desde hace varios años del tema anticorrupción en la agenda política nacional, lo que se ha traducido, entre otros aspectos, en un tratamiento legislativo de censura a nuevos objetos y sujetos: la corrupción y los corruptos. Además de una amplia lista de conductas corruptas que han venido siendo penalizadas, a partir del nuevo código penal contamos con la tipificación del soborno transnacional, resultado de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano con la firma y adopción de la Convención Interamericana de lucha contra la corrupción.

2.2.2. Fiscalía y unidad anticorrupción

Calificamos también como importante el impulso de la estrategia “Transparencia” en el interior de la Fiscalía General de la Nación, que dio como resultado la creación y funcionamiento de una Unidad Especializada en delitos contra la administración pública, conocida como Unidad Anticorrupción, y el diseño e implementación de una metodología para la investigación de la corrupción. No sobra mencionar que el informe de gestión del ex Fiscal Alfonso Gómez Méndez, muestra que el peculado por apropiación y la celebración indebida de contratos, son dos de los seis delitos contra la administración pública que ocuparon la mayor atención de los fiscales en el año 2000.

2.3. Debilidades

2.3.1. Falta de independencia de la judicatura

Tema central en el análisis del sistema de justicia respecto a la lucha contra la corrupción, es el examen de los problemas de falta de independencia que aún persisten en nuestro sistema, reconociendo, por supuesto, los avances que se han dado en los últimos años. Esta problemática, la de falta de independencia de la judicatura, que está presente en todos los países de la región, es lo que mayormente limita sus posibilidades para llevar a cabo una lucha efectiva contra la corrupción. A esta conclusión se llegó recientemente en el Taller sobre Gobernabilidad y Justicia en América Latina, en el marco del curso “Controlando la Corrupción” auspiciado por el Banco Mundial, y en el que Transparencia por Colombia viene participando. El concepto de independencia está relacionado con el rol de sujeción o subordinación de la judicatura a otros poderes y con la voluntad de jugar un rol proactivo e imparcial en sancionar abusos de los poderes públicos, en especial en materia de derechos humanos y corrupción. Para nuestra satisfacción, en dicho taller el Banco ha destacado como dos de los tres casos exitosos de ejercicio independiente de la judicatura en Latinoamérica, los vividos en Colombia con el procesamiento de parlamentarios incurso en delitos por parte de la Corte Suprema de Justicia, y con el cuestionamiento de la política económica del gobierno por parte de la Corte Constitucional.

En el reciente estudio de caso sobre el Sistema Nacional de Integridad hecho en Colombia a instancias de Transparencia Internacional en asocio con el gobierno holandés, se pone de presente la preocupación por la situación vulnerable en la que el sistema de nombramientos coloca a la rama judicial. En la práctica el origen político de la elección de los funcionarios de máximo nivel hace que el aparato judicial esté muy influenciado por los políticos. Para muchos de los sectores consultados, la Constitución de 1991 impuso, en el sistema de elección, cruces de poder que tienden a pervertirlo en su operación.

2.3.2 Débil desarrollo de la rendición de cuentas

Destacamos también como preocupante el débil desarrollo del principio de responsabilidad, y por lo tanto, los bajos niveles de rendición de cuentas con los que opera la judicatura. Si bien se cuenta con mecanismos verticales de rendición de cuentas, esto es, la posibilidad de la revisión de decisiones judiciales por parte de instancias superiores, y con mecanismos mixtos, internos y externos, en materia de control disciplinario, creemos que se debe avanzar en una cultura de rendición de cuentas hacia la ciudadanía, basada en la transparencia y el conocimiento público de los resultados de la gestión judicial. Por ejemplo, el país no cuenta con información sistemática sobre los juicios y fallos judiciales penales, que alimenten los diagnósticos en materia de corrupción y que orienten el diseño de políticas criminales. Percibimos que la información se maneja más con criterios de espectáculo, que para dar cuentas a la opinión sobre los resultados de un servicio público.

2.3.3. Aparente participación de abogados y magistrados de Tribunal en corrupción

2.3.3.1. El papel de los abogados

Nos preocupa también el papel de los abogados en la práctica de actos corruptos. Del análisis hecho por la Corporación Excelencia en la Justicia el “Informe de Coyuntura de la Justicia: Percepciones sobre la corrupción en la justicia y régimen disciplinario” de junio de 2000, se concluye que los datos examinados sobre sanciones aplicadas a los abogados “centran la atención en este usuario como principal agente promotor de posibles actividades corruptas”³. De otra parte, de la limitada relación que Transparencia por Colombia ha sostenido con el sector de los abogados, en los ejercicios de Pactos de Integridad, percibimos en sus actuaciones, por un lado, una dificultad para discutir y aceptar reglas éticas por fuera de los preceptos formales contemplados en la ley, y por otro lado, la dificultad para aceptar que en franca lid su cliente perdió una licitación o concurso. Lo anterior nos hace pensar que resulta pertinente, de un parte, el examen de la formación ética que las universidades vienen dando a los estudiantes de derecho, y de otra parte, el acercamiento y trabajo con los colegios de abogados, con el fin de diseñar mecanismos de control sobre sus asociados y de motivación y compromiso hacia prácticas probas y transparentes en el ejercicio profesional.

2.3.3.2. Las denuncias contra magistrados de Tribunal

El informe de gestión del saliente Fiscal General muestra que para funcionarios con fuero del nivel territorial, después de los alcaldes y gobernadores, los Magistrados de Tribunales han sido los más investigados por delitos asociados al cargo con 278 procesos⁴. Este dato invita a entender la urgencia del estudio de la corrupción en el interior de la rama, con el fin de entender sus causas, modalidades y efectos en la percepción que de la justicia tiene la gente del común y en su comportamiento frente a la misma. El dato de la Fiscalía además resulta de interés si tenemos en cuenta que tradicionalmente no ha sido el sector justicia, ni este rango de jueces, los que se perciben como los más investigados por hechos asociados al cargo.

En Transparencia por Colombia venimos trabajando en el montaje de un Observatorio Ciudadano al Sistema Nacional de Integridad, desde el cual queremos medir, entre otros, el pilar de la justicia, cuanto menos, en términos de su integridad; y creemos que una de las variables que debemos incluir para hacer dicha medición en el sector justicia es el número de sentencias condenatorias que contra servidores públicos de al rama se dictan en el país.

3. Algunos esfuerzos de la sociedad civil en la lucha contra la corrupción

3.1. Algunas reglas sobre el papel de la sociedad civil

La sociedad civil no es ajena a la suerte que corra la justicia. Su principal papel es el de vigilar y comprometerse con el funcionamiento de la misma, en tanto bien público que es. La ciudadanía cuenta con herramientas concretas de control social que posibilitan el ejercicio de una amplia gama de derechos ciudadanos: derecho de petición, denuncias, acciones populares, veedurías, audiencias públicas, acción de inconstitucionalidad, etc.

3.2. Avances

Hay experiencia y aprendizaje. Hacer control ciudadano a lo público, y por ello a la justicia, aporta en la construcción de una cultura de integridad y de transparencia en el país. Para el sector justicia contamos con ejemplos que muestran aprendizajes de control social en la prevención de prácticas poco transparentes o claramente corruptas y que contribuyen a la construcción de una cultura de probidad. Hago mención solamente a algunas de ellas: la veeduría a la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en 1999; las denuncias de la Red Ver en contra de Senadores y Representantes a la Cámara;

los Pactos de Integridad en materia de licitaciones; y el papel que viene cumpliendo la Corporación Excelencia en la Justicia en el sector. Haré unos breves comentarios acerca de ellas.

3.2.1. Veeduría a la elección de magistrados

La experiencia de la Veeduría a la Designación de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, llevada a cabo en 1999 por la Corporación Excelencia en la Justicia, la Fundación Social, Fundepúblico y algunas universidades, fue recogida en el estudio que sobre la figura de la Veeduría Ciudadana adelantó Transparencia por Colombia el año pasado. La veeduría tuvo por objeto asegurar que los nombramientos fueran transparentes, a través de revisar las hojas de vida de los candidatos para determinar si las designaciones estaban basadas en méritos y si cumplían con los requisitos de ley. La evaluación hecha por los actores de la veeduría señala que se presentaron una serie de obstáculos relacionados con lo cerrado de las altas cortes, con la falta de información, y con la percepción que la ciudadanía tiene de estas cortes como entidades con poca o sin ninguna influencia en sus vidas. Aunque en últimas no se logró influenciar el proceso y las designaciones de los magistrados no fueron del todo transparentes, como positivo se rescata la experiencia ganada y la comprensión del proceso de designación de magistrados por parte de actores de la sociedad civil que potencia ejercicios posteriores de características similares.

3.2.2. La Red Ver

Merece especial atención, la validez, en términos de eficacia, que en principio muestra el control que ejerce la Red Ver respecto al Congreso de la República. De 192 denuncias formuladas, entre 1996 y el 2000, en contra de Congresistas ante el Consejo de Estado, 48 han sido presentadas por la Red Ver, es decir, el 25%. Además, aunque el nivel de efectividad general de las denuncias es bastante bajo, ya que solo 13 de las 192 instauradas, equivalentes a un 6.7%, han prosperado, siendo de destacar que de estas 13 pérdidas de investidura, 9 casos exitosos, es decir el 69.2%, provienen de denuncias formuladas por la Red Ver. Lo anterior nos muestra, en principio, cómo puede ser efectivo un ejercicio de control social cuando se organiza de una manera seria, sistemática y calificada.

3.2.3. Los Pactos de integridad

Otro ejemplo al que quiero brevemente referirme es la experiencia de Transparencia por Colombia en materia de acompañamiento a la contratación estatal, a través de los Pactos de Integridad. La validez de esta herramienta debe ser estudiada, no sólo desde su eficacia en el fortalecimiento inmediato de la transparencia en las licitaciones, sino también, desde lo que puede aportar a la experiencia de justicias paralelas (léase lícitas) a la justicia judicializada. En tanto acuerdo de voluntades entre los proponentes de una determinada licitación y la autoridad de la entidad pública convocante de la misma, para comprometerse con determinadas maneras de comportamiento ético en la licitación, la herramienta de Pacto de Integridad lleva asociada la construcción de un marco regulador propio con sanciones, gratificaciones y un tercero que dirime las controversias en caso de denuncia. Este mecanismo, que ha sido aplicado en 19 importantes procesos licitatorios en el orden nacional y territorial, se constituye en una nueva modalidad de justicia paralela centrada en la ética como motor de un cambio cultural voluntario y que aporta en la búsqueda de soluciones ante un aparato judicial que no responde con suficiente oportunidad.

3.2.4. La Corporación Excelencia en la Justicia

Resaltamos el papel que viene cumpliendo la Corporación Excelencia en la Justicia, la que desde sus distintas áreas viene aportando a la discusión, el diseño y desarrollo de políticas que tocan la concepción, la utilización y el funcionamiento de la justicia, no sólo en su institucionalidad estatal sino también en su relación con la sociedad civil. Menciono solamente el debate sobre “Ética, Régimen Disciplinario y Control Social de los Jueces” del que quiero resaltar las conclusiones a las que llega Camilo Borrero, investigador del Cinep y profesor de la Universidad Nacional, respondiendo a la pregunta sobre si debería existir un control social a la actividad de los jueces y en particular a la argumentación judicial. Borrero contesta a la pregunta con un rotundo sí y propone que, más que una labor disciplinaria individual, para la que ya existen canales, se trata de llevar a cabo una veeduría institucionalizada que cumpla por lo menos con funciones tales como, la de “impulsar la investigación de precedentes jurisprudenciales, en aras de clarificar y estabilizar el estado del arte en esta materia”; la de “realizar estudios críticos sobre la argumentación de fallos”; y la de “propiciar estudios comparativos entre jurisdicciones”, tendiente a “construir una visión sistémica tanto del derecho como de la interpretación”. Lo anterior muestra la importancia de contar con una organización de la sociedad civil que, como la Corporación Excelencia en la Justicia, movilice el debate y promueva la adopción de líneas de trabajo que puedan ser adoptadas por distintas organizaciones comprometidas con la justicia.

3.3. Algunas preocupaciones

Creemos que, como sociedad civil, además de una débil cultura ciudadana de cuidado y construcción de lo público, tenemos en contra los temores de la gente para denunciar por un sentido de riesgo, y lo que es peor, el desarrollo de una cultura de rechazo al que denuncie, calificando al denunciante de “sapo”, en una herencia indeseable de los antivalores del narcotráfico.

4. Elementos para el debate y la acción

Nuestra experiencia general en la lucha contra la corrupción nos sugiere, para el sector justicia, la pertinencia de trabajar en algunos temas particulares.

- La necesidad de **fortalecer la independencia de la rama judicial** plantea, de un lado, la importancia de animar un **debate teórico en torno a cuál sería un sistema de selección más eficaz** de magistrados y magistrados de las altas cortes y del Fiscal General, para proteger su independencia. De otro, mientras persista el actual sistema de nombramiento, influenciado por el origen político de los candidatos, es pertinente el **mantenimiento y fortalecimiento de la vigilancia** desde la sociedad civil, de los procesos de nombramiento por la vía de la veeduría ciudadana, liderada, como hasta ahora, por la Corporación Excelencia en la Justicia.
- De otra parte, nos parece pertinente desarrollar la discusión sobre el tema de las **víctimas de la corrupción**, en términos de su definición, identificación, de la eficacia del concepto, de los derechos involucrados y los mecanismos judiciales o extrajudiciales que se pueden utilizar para su protección. El impacto de la corrupción sobre el aumento de la pobreza que impide o dificulta el disfrute de los derechos humanos de millones de personas (particularmente los económicos y sociales), conduce al examen de la corrupción desde otros sujetos involucrados. Así como, se ha avanzado en examinar la corrupción desde el sector privado, superando una visión unilateral sólo desde los funcionarios públicos, es pertinente la comprensión también desde las víctimas.
- Tema actual de debate es el referido a los alcances de la lucha transnacional en contra de la corrupción. La reciente visibilización del papel que juegan en los niveles de corrupción de los países en desarrollo, tanto las corporaciones multinacionales, como los gobiernos de los países industrializados y los bancos internacionales (incluyendo los paraísos fiscales), obligan al examen y puesta en marcha de nuevas estrategias de lucha contra este flagelo. Refiriéndose a esto, el periodista Andrés Oppenheimer afirma que la única manera de detener el robo a gran escala de los fondos públicos en América Latina y de ganar la lucha contra la corrupción, es que se introduzcan nuevas leyes en Estados Unidos y Europa que impongan mayores controles a sus corporaciones multinacionales y bancos, asumiendo así una posición mucho más activa en la lucha transnacional contra la corrupción¹¹.

Para concluir considero oportuno mencionar que en Colombia, formalmente, los distintos sectores de la sociedad lo hemos inventado casi todo en la lucha contra la corrupción. Es decir, no sólo respecto a los países de la región, sino también respecto a otras naciones del hemisferio, somos pioneros en el desarrollo de instituciones, mecanismos y legislaciones tendientes a combatir este flagelo, sin que los resultados obtenidos parecieran corresponder con el inmenso esfuerzo legislativo e institucional. Esa circunstancia imprime un grado de dificultad particular en este esfuerzo, ya que el reto que se nos impone está ligado, más que al terreno de la institucionalidad y la ley, a la implementación de estrategias asociadas, de una parte, con la voluntad política para hacer cumplir las disposiciones existentes y, de otra, con el desarrollo de pedagogías por la probidad que involucren al conjunto de sectores de la sociedad.

* Directora Ejecutiva, Corporación Transparencia por Colombia.

¹ Fiscalía General de la Nación, Informe de Gestión 1997-2000, presentada a la Corte Suprema de Justicia por el Fiscal General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez, mayo de 2001, Bogotá.

² Instituto del Banco Mundial, curso: Programa de gobernabilidad para América. Controlando la corrupción: Hacia una estrategia integrada- Fase I, Washington, junio de 2001.

³ Corporación Excelencia en la Justicia, Informe de Coyuntura de la Justicia: Percepciones sobre la Corrupción en la

- justicia y régimen Disciplinario, junio de 2000. Consultado en: www.cej.org.co
- ⁴ *Contra alcaldes se adelantaron 3.852 investigaciones previas y 4.129 en instrucción y contra gobernadores 561 investigaciones entre previas y en instrucción. Fiscalía General de la Nación, op.cit.*
- ⁵ *Corporación Transparencia por Colombia, "Para Fortalecer el control ciudadano en Colombia, Estudio sobre la figura de la Veeduría Ciudadana", Cuadernos de Transparencia, No. 2, 2da. Edición, julio-octubre de 2000, Bogotá, Colombia.*
- ⁶ *Relatoría Consejo de Estado.*
- ⁷ *Corporación Excelencia en la Justicia. "Ética, Régimen Disciplinario y Control Social de los Jueces". Borrero Camilo G., ¿Control social a la argumentación judicial? Justicia y Desarrollo: debates No. 12, junio de 2000. Consultado en www.cej.org.co*
- ⁸ *Idem.*
- ⁹ *Idem.*
- ¹⁰ *Idem.*
- ¹¹ *Oppenheimer Andrés. Ojos Vendados – Estados Unidos y el negocio de la corrupción en América Latina, Ed. Sudamericana, 2da. Edición, marzo de 2001, Buenos Aires.*

Balance del Programa Presidencial de la Lucha contra la Corrupción

Hugo Peñasfort

El fenómeno de corrupción se resiste, tal vez, a cualquier tipo de esquematización. La forma difusa del fenómeno ha adquirido los contornos de la problemática política y social colombiana. La corrupción se nutre, a través de vasos comunicantes insospechados, de un amplio espectro de fenómenos que componen la crisis del Estado de Derecho, y que pueden ser su causa o efecto, nadie ha respondido con certeza a este interrogante. La problemática de la corrupción no se puede abordar en nuestro país por fuera del escenario de su evolución política e institucional.

Cabe tal vez pensar que la médula de la crisis general del Estado de Derecho, una crisis de la razón jurídica, advertida en la no sujeción del ciudadano a la norma de derecho, la cual ha entrado en una crisis de legitimidad y validez, se encuentra en su sujeción a otros espacios de dominio y otros tipos de tutela política o normativa.

Se ha denunciado en no pocos foros, ensayos y obras académicas la crisis del viejo sistema político. Crisis originada en el defectuoso funcionamiento del centenario paradigma de la separación de los poderes públicos, cuyo desarrollo en el trópico no se ha caracterizado por una clara delimitación de funciones y competencias al amparo del mandato constitucional de la colaboración armónica, sino por el arraigo de viejas complicidades y connivencias entre las ramas del poder, abonadas en un terreno de relaciones clientelares y de compromisos mutuos, derivados de relaciones transaccionales que no garantizan su independencia.

El frágil balance de pesos y contrapesos que sostiene el Estado de Derecho y a la democracia política, no sólo se haya minado por la crisis de la razón jurídica a la que lo ha conducido, en no pocas ocasiones, las decisiones legislativas al margen de los postulados constitucionales y las decisiones jurisdiccionales revestidas de escasa validez a la luz de los mismos postulados. El Estado de Derecho en nuestro país también se haya lesionado por el deterioro en la legitimidad de algunas de sus instituciones públicas más representativas.

Esta circunstancia ha producido una situación de desgaste institucional en la cual las soluciones coyunturales y de emergencia han adquirido inusitada importancia. Es así que en el último decenio en nuestro país, tal como ocurrió en el decenio pasado con el narcotráfico y en el antepasado con la subversión, hemos asistido al recurrente expediente de proferir leyes y decretos de emergencia para conjurar crisis momentáneas. Tal hecho ha desembocado en un fenómeno de hipertrofia de la normatividad que ha derivado en una crisis de legitimidad de los poderes constituidos y en una crisis de la legalidad y del derecho. La primera, expresada en el surgimiento de fuerzas y poderes paralelos al Estado y la segunda, evidenciada en una debilidad estructural y endémica del sistema regulativo de las relaciones en el interior del Estado, y del Estado con los particulares, caracterizada por límites difusos e incomprensibles para los ciudadanos y hasta para los mismos servidores públicos.

Un sistema democrático asentado sobre un paradigma político que ha exteriorizado su desgaste y sobre un Estado de Derecho que ha evidenciado su debilidad estructural, sólo puede conducir a una praxis democrática deformada que se reduce a identificar el ejercicio democrático con el depósito de un voto en los eventos electorales periódicos.

Lo anterior ha demostrado hasta la saciedad que la corrupción es un mal endémico que no se combate con medidas coyunturales o excepcionales sino con una reforma profunda de las instituciones políticas, pero también, con un cambio del papel y las tareas que deben cumplir los grupos sociales y comunitarios en la tarea de transformación institucional y en la vigilancia de ese proceso de transformación.

La interpretación generalmente aceptada de la crisis de legalidad, en el ámbito internacional, atribuye la causa de la misma a una crisis de la capacidad reguladora del derecho, debida, en gran parte, a las nuevas complejidades que caracterizan a las sociedades modernas, incluyendo las sociedades en vía de desarrollo o en transición.

De conformidad con tal idea, la extensa red de responsabilidades exigidas al Estado Social y democrático, la inflación legislativa, la pluralidad de fuentes normativas y la ineficacia de los controles, sumada a los amplios márgenes de discrecionalidad, derivaría en la pérdida de capacidad normativa y reguladora del derecho y en la quiebra de su función de límite y su capacidad de vínculo.

Frente a tal panorama no es gratuito preguntarse qué cambio ha operado, a su vez, en el destinatario de la norma de derecho, para que en el mismo, sea ciudadano o funcionario, no tenga efecto la capacidad de vínculo que se espera de la regla de derecho. Es en este punto en el que cualquier diagnóstico supera todo tipo de previsión, un complicado tejido de procesos sociales, políticos y psicológicos han operado en la evolución de la sociedad colombiana, apareciendo como predominante la banalización de los valores morales tradicionales frente a la nueva y fácil prosperidad originada en la práctica del tráfico de narcóticos y su capacidad de penetración en los meandros más insospechados de la sociedad y la política colombiana, propiciando el origen de nuevas costumbres sociales y de una nueva praxis política, basadas en los más diversos ilegalismos. Permítaseme citar de forma textual a uno de los grandes representantes del análisis político jurídico moderno, Luigi Ferrajoli, en lo que tiene de pertinente para nuestra exposición: “una lectura bastante difundida de semejante crisis es la que la interpreta como crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debida a la elevada “complejidad” de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas al Estado Social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político, y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos, generarían una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales”¹.

Al interés del acatamiento a la norma jurídica se anteponen otros tipos de intereses. Estos intereses, de carácter frecuentemente transaccional, se vinculan en los entes territoriales a componendas clientelistas o a la sujeción de poderes paraestatales, que también son actores del crítico conflicto que vive nuestra nación.

Es por tal razón que para el gobierno nacional es claro que la lucha contra la corrupción debe ser una política de Estado, orientada desde el más alto nivel gubernamental, que asegure su continuidad en el tiempo.

Para hacerle frente a la corrupción y disminuir el impacto social que genera, el Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción viene implementando la política anticorrupción del gobierno nacional desde dos líneas de acción: la prevención y el control y sanción de los actos corruptos.

Siguiendo ambas líneas de acción, el Programa Presidencial se desarrolla sobre cuatro objetivos estratégicos:

- Promover la eficiencia y transparencia en la administración pública.
- Fortalecer los valores éticos en los servidores públicos
- Fortalecer la participación ciudadana.
- Articular la investigación y sanción de casos de corrupción.

Para articular el desarrollo de los objetivos estratégicos se viene implementando tanto a nivel central como territorial, el proyecto **Pactos por la Transparencia**, liderado por la Vicepresidencia de la República, a través del Programa, el cual convoca a la sociedad civil en sus diferentes organizaciones y a los gobernantes locales, gobernadores y alcaldes, a suscribir acuerdos sobre la gestión administrativa, que permitan hacerlas eficientes y transparentes.

Actualmente se han suscrito 35 pactos.

Los aspectos sobre los que se vienen implementando los Pactos por la Transparencia están relacionados con:

- Hacer efectivo el cumplimiento del programa de gobierno presentado a la comunidad durante la campaña electoral y a garantizar espacios efectivos a la comunidad para participar en la planeación local.

Diseñar el presupuesto de acuerdo con las necesidades locales y respetarlo y no gastar más de lo necesario.

- Respetar la ley de contratación en todo su rigor y contratar sin amiguismos y sin favorecer a terceros en beneficio propio. Publicar y manifestar siempre a la comunidad los recursos y tipos de contratación y no pedir ni recibir comisiones.
- Seleccionar y contratar a su personal administrativo y de gobierno, bajo parámetros de idoneidad y alto sentido moral y no involucrar a familiares en ningún grado de consaguinidad en cargos de la administración local.
- Establecer sistemas de evaluación de la gestión pública en forma permanente y a implementar canales de información pública por medios masivos y electrónicos (página web). Rendir cuentas de la administración en forma pública y periódica y garantizar el derecho a la información a través del estricto cumplimiento de los mecanismos legales que en este sentido contempla la constitución y las leyes de Colombia.

Para lograr la efectividad de los puntos acordados en el Pacto por la Transparencia, el Programa Presidencial, ha puesto a disposición de quienes administran nuestras entidades públicas en el nivel central y territorial, las estrategias y metodologías de gestión diseñadas por el mismo y, a la comunidad herramientas para un ejercicio efectivo de control social a los resultados esperados y acordados en la suscripción del Pacto.

Hasta la fecha hay 720 servidores públicos entrenados en técnicas gerenciales, de los cuales el 43% conforman a su vez la Red de Eficiencia y Transparencia. Este resultado se traduce en la apropiación de las herramientas en 239 equipos de eficiencia en entidades públicas. Doce entidades han terminado procesos internos de mejoramiento, logrando ahorros en el costo de dichos procesos aproximar en 1.200 millones.

La aplicación de estas herramientas para la Transformación Administrativa, permite desarrollar y poner en marcha en todas nuestras entidades públicas, el Sistema Nacional Transparente. Este sistema está basado en la construcción de Normas Técnicas de Eficiencia y Transparencia, similares a las normas ISO 9.000 y ISO 14.000, que buscan en últimas disminuir el riesgo de corrupción en actividades y procesos administrativos. Este sistema de normas técnicas opera para cada uno de los puntos suscritos y acordados. El Sistema Nacional Transparente es coordinado y regulado por el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción y el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y de Certificación, ICONTEC, quien revisa y certifica el proceso que la entidad defina en forma similar a las certificaciones de calidad.

La estrategia diseñada para el mejoramiento de la transparencia y la eficiencia de la gestión pública ha logrado hasta el momento los siguientes resultados de impacto:

- La transferencia directa de herramientas y técnicas orientadas a la transformación ha permitido a las entidades públicas elevar sus niveles de eficiencia, transparencia y calidad de su desempeño. En la medida en que las entidades apliquen con mayor rigurosidad dichas herramientas, se ahorran costos por mejoramiento de procesos y reformas estructurales en las entidades y, por ende, se reduce su vulnerabilidad a la comisión de actos corruptos. Los siguientes son algunos de los estimativos de estos ahorros consecuencia de la asesoría del Programa.
- Costo de contratar consultores privados. Aproximadamente el Estado paga por una asesoría técnica con

duración de tres meses la suma de 100 millones de pesos que, comparados con el costo de llevar a cabo las reformas o mejoras con los asesores del Programa que en promedio por proyecto es de 15 millones de pesos, resulta en un ahorro significativo para el país y garantiza que los funcionarios públicos se apropien de las metodologías.

- Ahorro propiciado por la implementación de las recomendaciones o mejoras puntuales, en particular, estos se ven reflejados en:
 - La aplicación y la adaptación de una nueva estructura organizacional que le permita a las entidades responder de manera efectiva a sus objetivos misionales; mediante la aplicación de la metodología de *Revisiones Estratégicas*. En el caso de la Superintendencia Nacional de Salud, la propuesta de reforma no implica un extra costo para la entidad, sino por el contrario los cambios propuestos generan mayor cobertura en la prestación del servicio pero con un ahorro del 10% en presupuesto.
 - La metodología de *Escrutinios de Eficiencia* en entidades públicas ha permitido identificar aquellas actividades que no agregan valor y, por lo tanto, representan un uso ineficiente y un extra costo para la entidad. Así mismo, permite que los funcionarios se concentren en las actividades de impacto para el cumplimiento de la misión de la entidad. Los ahorros generados a partir de la implementación de propuestas de mejoramiento para tan sólo un proceso por entidad, se estiman en un 17%, que para una entidad promedio de 200 personas, representa 99 millones de pesos. Una entidad pequeña de 70 personas tendría ahorros de 14 millones al mejorar cualquier proceso. Es de resaltar que el Programa está asesorando 24 procesos de impacto, lo que representa 2.400 millones de pesos.
 - Las *Guías de Mejores Prácticas* en el sector público, al ser aplicadas rigurosamente generan ahorros en tanto que la prestación de servicios pasa a cargo de un tercero, en lugar de ser la entidad la que se desgasta con procesos de carácter netamente administrativo. Al ser aplicadas estas metodologías en tres experiencias piloto, se identificó en promedio un potencial de 1.000 millones de pesos de ahorro.

En la construcción de una ética pública, el Programa viene implementado un proceso pedagógico y metodológico innovador, que posibilita a los servidores un verdadero sentido de lo público, basado en la definición de unos mínimos morales que regulen unas conductas probas y de responsabilidad con el interés de los colombianos.

Se han construido en este proceso, 17 Decálogos de Conducta Ética que han posibilitado un cambio fundamental en la cultura de nuestros servidores públicos y por ende de nuestras entidades, cambios que son demandados y reconocidos por los ciudadanos en los servicios prestados por la entidades.

El 66% de las entidades que han iniciado su proceso de construcción ética, se encuentran en la fase final de definición de su decálogo de conducta ética. 360 facilitadores axiológicos se han entrenado para la implementación del proceso de formación de valores, 4.200 servidores públicos han participado en la formación y construcción de sus decálogos de conducta ética.

Estos procesos de formación de valores, se afianzan con los ciudadanos en todo el territorio nacional, como estrategia para lograr una acción de interés colectivo para defender lo que a todos nos pertenece.

Es la sociedad civil, en todas sus formas organizacionales, quien actúa como garante activo en el seguimiento y evaluación de los acuerdos suscritos en los Pactos por la Transparencia. El Programa, a través de Colombiemos, que es una estrategia orientada a establecer canales efectivos entre la sociedad y el Estado en materia de lucha contra la corrupción, apoya la articulación y coordinación de los actores ciudadanos donde se hayan suscrito pactos. Esta estrategia pretende convocar a los ciudadanos en torno al ejercicio del control social de la gestión, con el objetivo de defender lo público.

El Programa mantendrá informados a los ciudadanos adheridos a Colombiemos sobre los resultados logrados en los acuerdos suscritos con sus gobernantes en los pactos, informará a los ciudadanos sobre los casos de corrupción de los que tenga referencia en todo el territorio. Colombiemos funcionará en doble vía: Acción de ciudadanos en el control de la gestión y la formulación de denuncias de actos de corrupción y la acción del Programa Presidencial con el apoyo de los organismos de control en la investigación y sanción de quienes atenten contra los bienes públicos.

Al mes de haber iniciado la estrategia Colombiemos, contabamos con 4.000 ciudadanos adheridos en todo el territorio nacional, comprometidos en la lucha contra la corrupción.

Otra actividad que ha venido liderando el Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción, en conjunto con el Banco Mundial y la Contraloría General de la Nación, es la primera Gran Alianza Nacional de Lucha contra la Corrupción. En dicho escenario se han convocado los organismos de control (Procuraduría y Contraloría), la Fiscalía General de la Nación, los organismos de investigación y entidades como la Contaduría General de la Nación, el Departamento Administrativo de la Función Pública, Planeación Nacional, la DIAN, Ministerio de Comercio Exterior, las Altas Cortes, el Senado de la República, la Veeduría Distrital de Bogotá, actores del sector privado y la sociedad en general como Red Ver, Fundepúblico, la Asociación Colombiana de Ingenieros Civiles, la Andi, Confecámaras, el clero, Transparencia por Colombia, Protransparencia Atlántico, Cámara de Comercio Colombo Americana, Fundación Corona, Corporación Excelencia en la Justicia, Federación Colombiana de Municipios, FENALCO, agencias multilaterales como PNUD, USAID, y sectores de la academia como la Universidad del Rosario y Universidad de los Andes.

En ese marco, se establecieron 4 grandes líneas de acción que se trabajarán mancomunadamente a través de los esfuerzos decididos de todos los participantes. A través de estas líneas, se trabajará en acciones concretas que involucren a toda la sociedad en: (1) el cambio de reglas de juego político, reglas actuales que han generado acciones perversas en contra de los fines esenciales del estado social de derecho, (2) la construcción de una ética pública, (3) la promoción de la supresión de trámites y procedimientos innecesarios que hacen engorroso el acceso a la administración pública y (4) en la elaboración de un gran sistema de información que facilite las investigaciones de los diferentes órganos que buscan construir un país más justo.

De otra parte, Colombia ha invitado a la Comisión Global de Lucha contra la Corrupción de las Naciones Unidas para aplicar sus herramientas en el país, orientándose a construir desde lo local y a mediano plazo, un sistema nacional de integridad que involucre a la sociedad y a los gobernantes a una gestión pública basada en la participación ciudadana y en la cultura de la rendición de cuentas. Esto es un proyecto piloto replicable a América Latina, donde se nos reconoce por parte de la ONU la alta capacidad de gestión de este gobierno en materia de lucha contra la corrupción y promoción de la integridad. Para tales efectos se han seleccionado tres municipios inicialmente.

En los 930 días de vida del Programa, se han recibido 2.901 expresiones de inconformidad ciudadana, de las cuales 128, son denuncias concretas, de las cuales 1.175 son casos de carácter penal, de estos 1.175 casos que implican delitos contra la administración pública, 649 son casos que están siendo investigados por organismos de policía judicial de todo el país y los 526 casos restantes son expedientes en manos de Fiscales Delegados de todo el territorio nacional.

De estos casos penales, 165 son adelantados directamente por la Unidad Interinstitucional del Investigación del Programa. Efectivamente, bajo la coordinación del Programa, se conformó un equipo interinstitucional, conformado por un Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, destacado para el Programa Presidencial, cuatro investigadores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), dos investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía General de la Nación, y dos investigadores de la División de Policía Judicial de la Policía Nacional (DIJIN) que trabajan en las instalaciones del Programa.

De otra parte, el equipo cuenta con un enlace de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), encarnado en el Jefe de la Oficina Anticorrupción, despacho dependiente de la división de Investigaciones Disciplinarias de dicha entidad y trabaja estrechamente con el Procurador Delegado para la Moralidad Pública y con el Vicecontralor General de la República.

De las expresiones de inconformidad ciudadana 508 son casos disciplinarios en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación o del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo al implicado y 265 son casos de responsabilidad fiscal cuyas investigaciones avanzan en la Contraloría General de la Nación y en las Contralorías Regionales de todo el país.

Estas expresiones de ciudadanos que creen en el Programa se han recibido de 278 municipios ubicados en el 100% de los departamentos del país, lo que expresa la cobertura nacional del mismo.

Se han dictado en desarrollo de estas investigaciones, más de 270 medidas de aseguramiento contra corruptos.

El valor de estos casos supera la suma de 185.000 millones de pesos.

Además de lo anterior, el Programa ha logrado articular a los organismos de control e investigación a través de dos campañas: la primera, coordinando la Red de Controladores de la Salud, cuya acción ha permitido revelar problemas en las transferencias del régimen subsidiado de salud en 9 visitas, logrando con ello, judicializar casos dentro de los cuales existen medidas de aseguramiento vigentes, y que superan los 40.000 millones de pesos. La segunda, a través de la consolidación de la primera unidad interinstitucional de investigación y sanción de casos de corrupción, que funciona en el Programa Presidencial y articula la labor realizada entre la Fiscalía General de la Nación por medio de un fiscal delegado ante el Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción, un agente del ministerio público y unidades investigativas del DAS, del CTI, y de la DIAN. Con este recurso se le está garantizando a la opinión pública que efectivamente los casos que tengan carácter de denuncia, están siendo atendidos con la mayor rapidez, la mayor eficacia y han permitido obtener resultados concretos a favor del patrimonio público, que es sagrado y nos pertenece a todos.

Algunos de los casos más relevantes cuyo inicio ha sido promovido desde el seno del Programa, involucran entidades, hechos y cuantías tales como:

- Dineros transferidos del Fondo Nacional de Regalías: irregularidades en 35 contrataciones en las territorialidades beneficiarias por más de 40.000 millones.
- Superintendencia de Notariado y Registro: irregularidades en contratación que superan los 7.000 millones de pesos.
- Caja Nacional de Previsión Social: irregularidades en la contratación imputables a sobrecostos por más de 10.000 millones de pesos.
- Cámara de Representantes: irregularidades administrativas en contratación y destinación de dineros que superan los 7.000 millones de pesos.
- Municipio de Barranquilla: desviación de recursos del régimen subsidiado de salud por más de 12.000 millones de pesos.

Se han puesto en conocimiento de la Fiscalía gran cantidad de casos donde se involucran funcionarios de las anteriores administraciones de los Municipios de Barbosa, San Pedro de Urabá, Bello, Yopal, San Gil, Cartagena, Simacota, Tunja, Tumaco, Granada, Barrancabermeja, Duitama, San Vicente de Chucurí, Pensilvania, Líbano y Flandes, entre otros, por haber hecho uso indebido de los recursos públicos de los ciudadanos de esos municipios. Aquí las cuantías pueden superar los 30.000 millones de pesos.

Este gobierno también ha propendido por integrar una mayoría de servidores públicos que han antepuesto su vocación de servicio a cualquier otro interés particular, sin pretender obtener nada a cambio más que la satisfacción de haber construido un pedacito de país. Esos ciudadanos son ejemplo de vida para todas las personas y son muestra concreta de que Colombia es un proyecto pacífico posible. Asimismo, hay que reconocer el valor de todos aquellos ciudadanos que han preferido denunciar, antes de convivir con situaciones anómalas, arriesgando su tranquilidad y dejando claro que sus principios no son transables.

* *Director Unidad de Investigaciones, Programa Presidencial de la Lucha contra la Corrupción, Vicepresidencia de la República.*
Luigi, Ferrajoli. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 1999.

Quisiera aprovechar esta oportunidad para hacer un esbozo de lo que creo debemos trabajar en materia de justicia. Precisamente el seminario se refiere a temas que son de vital importancia. Los derechos humanos, por ejemplo, si los tomáramos como única razón de existir del proceso de lucha contra el crimen, allí tendríamos la solución porque al fin de cuentas están concentrados en esa expresión, la totalidad de los valores que quisiéramos defender en materia de justicia.

Se habla de derechos humanos, se habla de corrupción, se agrega a eso el narcotráfico, señalamos específicamente para el caso colombiano, la extorsión; y me parece importante mencionarla al momento de hablar del secuestro. Hablamos de temas como el homicidio, del que tenemos una muy lamentable estadística por ser los que mayormente realizamos este tipo de conducta punible, acompañado de las modalidades de genocidio, de masacres, etc. Tenemos delitos que están incrustados en el derecho internacional humanitario y que les venimos dando una importancia fundamental.

Los seminarios, los debates y la ayuda internacional, se están centrando cada vez más en esas conductas, y con buena razón. Estudios recientes señalan, por ejemplo, que el narcotráfico, a pesar de ser un delito, es el mayor generador de conductas punibles como factor externo. Un segundo factor de generación de delincuencia, es la impunidad. Y precisamente, el esquema que hemos venido desarrollando es la de realizar estudios sobre otros ya realizados. Si miramos el último informe del Fiscal General, Alfonso Gómez Mendez, encontramos que por ejemplo, la institución había logrado niveles de productividad y eficiencia, que superaban las propias tareas que demandaba, es decir, un ingreso muy alto de investigaciones nuevas, al punto de que el acumulado iba disminuyendo. Pero haciendo las proyecciones para mantener una eficiencia muy alta, en lo referente a investigaciones previas, estaríamos tardando cinco años y medio, para poner en cero ese acumulado sin resolver. Y en investigaciones de carácter humano estaríamos hablando de 10 años y medio, si mantuviéramos un elemento dinámico de descongestión, como el que se operó.

La cuestión de la política criminal en general en Colombia, nos lleva a una situación paradójica, porque tenemos 750.000 investigaciones en actuaciones frente a más de medio millón de otros que están simplemente suspendidas y con un volumen de esa magnitud es imposible mostrar ningún tipo de eficiencia, oportunidad como lo ordenan los cánones de una justicia pronta y cumplida.

¿Qué hacer? En primer lugar, verificar el por qué de tanta judicialización, y quizá ni siquiera judicialización, penalización, es decir que aquí cualquier conflicto se vuelve un conflicto jurídico que debe ir a los estrados. ¿A cuáles? Infortunadamente, en materia administrativa, civil, laboral, ordinaria siempre se concluyen que es necesario penalizarlas.

Lo primero que tendríamos que analizar es que un volumen tan alto, de investigaciones, es imposible de combatir, si tenemos miramientos de una política general, de una política criminal.

Entonces, lo primero que habría que mirar es cómo hacemos para cerrar un poquito la llave de ingresos de los asuntos que deben conocerse en la justicia penal, como la última instancia y como el último recurso que tienen las personas para resolver sus conflictos diarios.

Y allí hay un espacio bien importante para analizar, como tenemos la posibilidad de que con una pedagogía, con elementos que complementen la educación, las costumbres, verificar qué está pasando a nivel de los jóvenes, si hay violencia intrafamiliar, si hay uso de drogas, para ver si podemos ir a las causas. No me estoy inventando nada, sé que hay cantidad de programas que están en ello, pero la Fiscalía y los fiscales, también tienen que interactuar y dar testimonio en las escuelas, y en las instituciones de educación, porque se esta generando es una situación muy grave.

Ahora hablemos de las conductas punibles o controversias que se pueden solucionar mediante mecanismos más pacíficos, allí también hay que trabajar fuerte. Creo que el país tiene que seguir trabajando arduamente en la búsqueda directa para encontrar soluciones a esos conflictos que, no generen ellos mismos más delincuencia y más violencia. Estamos hablando de las Casas de Justicia, de los Jueces de Paz, etc. Esto con el propósito de hallar nuevas soluciones.

En cuanto a la gestión de la justicia en Colombia me parece que hay varias cosas que decir.

En primer lugar, existen delitos que merecen todo el interés, como la violación a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y los actos de corrupción que sumados a los otros que acabamos de mencionar no alcanzan el 10% de las conductas punibles.

¿Pero qué ocurre con el 90% restante? La propuesta que he venido formulándole al país es que nos preocupemos de ese 90%, de la misma forma que nos estamos preocupando de las otras, con la advertencia de que las otras no han cesado ni han disminuido y en consecuencia es necesario todavía seguir intensificando la lucha contra ellas. Y mi propósito para el país es que trabajemos arduamente porque no se viole la ley, porque se castigue oportunamente a los que incurran en faltas punibles.

Debemos tomar ejemplo de comunidades como Nueva York o el Distrito de Columbia en Washington, que aunque llegaron a un grado de deterioro lamentable por el grado de violencia que padecían, donde los grados de criminalidad, de homicidio, de daño en cosa ajena, de falta de respeto por la integridad personal; y demás, llegó a cuestiones alarmantes.

La fórmula que se dio en esos países, en esos sitios, en esas localidades, fue precisamente luchar contra la totalidad de la criminalidad, empezando por los delitos más comunes. Lucharon para que los niños y los jóvenes no se convirtieran en caldo de cultivo de conductas delictivas o en personas que motivadas por una situación lamentable, como falta de empleo, o dificultades económicas ingresaran al delito porque se daban cuenta que no habra sanción y se acostumbraban a delinquir.

La propuesta es que empecemos a trabajar un poco, a nivel de los fiscales locales, siempre se empieza por los fiscales más especializados; que empecemos a crear una cultura de atención a la justicia, a través de sus distintos protagonistas, a través de sus distintos actores, que los derechos del sindicado representados en un abogado, también tienen desde luego el respeto de la consideración de toda la dignidad humana.

La Fiscalía es la puerta de la justicia, allí es donde se inicia la posibilidad de que haya una reacción inmediata contra la impunidad. Resulta que estadísticas y estudios nos dicen por ejemplo que, tardan 83 días en llamar a los presuntos sindicados a rendir indagatoria; que conductas que han sido inicialmente fijadas por las unidades de reacción inmediata no continúan con la investigación porque se acaba el turno; para pasar a un reparto que tarda 23 días en retomar la investigación. Ustedes recuerdan la expresión que dice que: "el tiempo que pasa es la verdad que huye". Lo que no se hizo al principio de la investigación es muy difícil que se provea más tarde.

A propósito de la reforma que se plantea con tanto interés y mientras se define si ese sistema funciona o no, mi propuesta es: pongamos a funcionar la Fiscalía como debiera. Aquí tuvimos jurado y un proceso inquisitorio, jueces que calificaban lo que hacían los investigadores. Pero mientras recordemos si ese sistema es bueno, mi propuesta es hacer que los fiscales actúen de manera rápida, con el concurso de CTI, la Policía Judicial, el DAS, la Policía Nacional, las Superintendencias, la DIAN; para que pudiéramos efectivamente judicializar muy rápido y de manera muy sustantiva las investigaciones que se adelantan y de esa manera pudiéramos quitarle mucha fuerza a la crítica, a propósito de la ausencia de un control de legalidad y control judicial en nuestro sistema mixto.

Si nosotros logramos hacer una investigación pronta y obtener buenos resultados, en donde por ejemplo se pueda calificar la actuación de los fiscales, incluida la medida de aseguramiento y la propia resolución de acusación, estaríamos retirando una gran cantidad de críticas que hoy se formulan al sistema. Pero esto es una medida de transición, mientras averiguamos qué va a pasar.

Los estudios realizados por diferentes universidades e instituciones sobre los códigos de procedimiento penal y código penal por un lado, las reformas de los sistemas y proyectos de acto legislativo por otro, dan la impresión que la investigación no se ha encontrado con la realidad jurídica del país, que avanza a pasos agigantados.

Aunque los códigos recibieron muchas críticas, estos desde luego van a producir movimientos internos en la institución, va a haber un traslado de 500 mil asuntos de estos que están quietos y de otros que producirían un

fenomenal acumulación de situaciones, donde prácticamente los funcionarios no podrían hacer cosa distinta que empezar a hacer inventarios. Como abogado litigante varias veces me tocaron reformas que cambiaron los procedimientos y tardamos años en volver a ver dónde aparecía el expediente. Todas estas son reflexiones que yo quiero hacer porque en el fondo, la posibilidad de crear el sistema perfecto demanda todo el entusiasmo de conceptualizarlo.

¿Dónde están las fórmulas? ¿En los estudios que ha hecho la Corporación Excelencia en la Justicia, la Universidad de los Andes, los científicos, los académicos, en las reflexiones que todos los días, juiciosísimos, formulan profesores, estudiantes y litigantes? Sí, allí están las soluciones. Hay que volver a hacer un sistema nuevo, enhorabuena, ojalá para ese tengamos en cuenta todas las posibilidades de perfeccionamiento para que efectivamente logremos lo que todos queremos, que es la excelencia en la justicia.

** Fiscal General, Fiscalía General de la Nación.*