

HÉCTOR OLASOLO

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

Directores Académicos

GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA

JUAN JOSÉ ROMERO MORALES

SOFÍA LINARES BOTERO

Coordinadores

21

**LAS RESPUESTAS A LA
CORRUPCIÓN Y SU DIMENSIÓN
TRANSNACIONAL DESDE EL
DERECHO ADMINISTRATIVO**

PARTE II

Medidas particulares de prevención



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN
Y SU DIMENSIÓN TRANSNACIONAL
DESDE EL DERECHO**

PARTE II

Medidas particulares de prevención

Volumen 21

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Investigador del Instituto

de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)
y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN Y SU DIMENSIÓN TRANSNACIONAL DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO PARTE II

Medidas particulares de prevención

Volumen 21

Directores Académicos

HÉCTOR OLASOLO

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

Coordinadores

GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA

JUAN JOSÉ ROMERO MORALES

SOFÍA LINARES BOTERO



tirant lo blanch
Valencia, 2024

Copyright © 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© V.V.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1056-837-2
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia” y “Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional”.

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana. Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593) cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y las Facultades de Jurisprudencia y Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y al Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación de Colombia por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

A Pedro Montaña Vélez, Valentina Ramírez Barrera y Ana María Martínez Agudelo por su apoyo en la edición de la presente obra colectiva.

Índice

Coordinadores	16
Autores.....	17
Abreviaturas.....	19
Presentación del Programa de Investigación 70593, la red sobre respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, su grupo de derecho administrativo y la presente obra colectiva.....	25
<i>Héctor Olasolo (Colombia/España)</i>	
<i>Manuel Alberto Restrepo Medina (Colombia)</i>	
Capítulo 1. El régimen de la función pública.....	49
<i>Natalia Soledad Aprile</i>	
Capítulo 2. Medidas aplicables a la contratación pública de bienes y servicios. Particular atención a la contratación de obras públicas	107
<i>Juan David Duque Botero</i>	
Capítulo 3. El escenario normativo que acompaña la gestión de las empresas públicas.....	161
<i>Viviana Esned Díaz Perilla</i>	
Capítulo 4. El trámite de licencias, permisos y autorizaciones: el caso de las licencias de armas.....	233
<i>María Angélica Nieto Rodríguez</i>	
Capítulo 5. Conclusiones.....	345
<i>Héctor Olasolo</i>	
<i>Manuel Alberto Restrepo Medina</i>	
Capítulo 6. Recomendaciones para América Latina y Colombia	383
<i>Héctor Olasolo</i>	
<i>Manuel Alberto Restrepo Medina</i>	

Directores Académicos

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección *International Law Clinic Reports* (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional; Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

Manuel Alberto Restrepo Medina (Colombia)

Doctor en derecho. Magister en derecho administrativo. Magister en estudios políticos. Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) en derecho procesal. Especialista en legislación financiera. Abogado. Profesor emérito y titular de carrera académica y director de la escuela doctoral, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Investigador senior Colciencias. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Coordinadores

Gabriela Velásquez Medina (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado (Colombia). Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024).

Juan José Romero Morales (Colombia)

Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia) y consultor del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Se ha desempeñado como asistente de investigación en la Universidad del Rosario, ha trabajado como abogado asesor y litigante en casos relacionados con Derecho Penal Corporativo y fue practicante en la Sala de Reconocimiento de Verdad de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

Sofía Linares Botero (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Consultora Profesional en Derecho de la Universidad del Rosario y consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5805-2944>.

Autores

Aprile, Natalia Soledad (Argentina)

Abogada con orientación en Derecho Público Administrativo (UBA, Argentina). Magister en Democracia y Buen Gobierno (Universidad de Salamanca, España). Doctoranda en el programa Estado de Derecho y Gobernanza Global (Universidad de Salamanca, España).

Díaz Perilla, Viviana (Colombia)

Abogada de la Universidad Externado de Colombia. D.S.U (M2) en Derecho Administrativo de la Universidad Panthéon Assas Paris 2. Egresada de la Escuela Nacional de Administración Pública (mención Magna cum Laude). Doctoranda en Derecho Administrativo Comparado en la Universidad Panthéon Sorbonne Paris 1.

Duque Botero, Juan David (Colombia)

Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio (Madrid, España). Máster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Se ha desempeñado como director de Colombia Compra Eficiente, Secretario General del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Min-TIC) y Magistrado Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Colombia).

Nieto Rodríguez, María Angélica (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.

Olasolo, Héctor (España/Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Restrepo Medina, Manuel Alberto (Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Abreviaturas

ACIJ	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia
ADB	Banco de Desarrollo Asiático
AFT	Oficina de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos
AGN	Auditoría General de la Nación de Argentina
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
APE	Agencia de Participaciones del Estado
APEC	Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico
ASF	Auditoría Superior de la Federación de México
BACRIM	Bandas criminales
BGC	Barómetro Global de Corrupción
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco Mundial
BRT	Business Roundtable
CAF	Corporación Andina de Fomento
CAN	Comisión de Alto Nivel Anticorrupción
CCA	Código Contencioso Administrativo
CE	Constitución Española
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CFR	Código de Reglamentos Federales
CGRP	Contraloría General de la República
CGR	Contraloría General de la República de Chile
CICC	Convención Interamericana Contra la Corrupción
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIEEMG	Comisión Interministerial de Estudio de Exportaciones de Material Bélico
CIFTA	Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados
CITEL	Comisión Interamericana de Telecomunicaciones

CLAD	Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo
CNA	Comisión Nacional de Lucha contra la Corrupción
CNP	Conselho Nacional do Ministério Público
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
CODE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
CONFIS	Consejo Superior de Política Fiscal
CONPES	Consejo Nacional de política Económica y Social
CoP	SocialGov Community of Practice
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COT	Crimen Organizado Transnacional
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
CREI	Comisión de Revisión Estratégica e Innovación
DAFP	Departamento Administrativo de la Función Pública
DGFIP	Dirección General de Finanzas Públicas
DGPTN	Dirección Nacional de Crédito Público y Tesoro Nacional
DINI	Dirección Nacional de Inteligencia
DOT	Delincuencia Organizada Transnacional
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EE.UU.	Estados Unidos de América
EFS	Entidades de Fiscalización Superior o Entidad Fiscalizadora Superior
EMPACT	European multidisciplinary platform against criminal threats
ENI	Estrategia Nacional de Integridad
EPACA	Asociación Europea de Consultores de Asuntos Públicos
EPE	Empresa pública del Estado
FARA	Foreing Agents Registration Act
FCPA	Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero

FIDE	Fundación para la investigación sobre el derecho y la empresa
FIA	Facilitación del Impacto de la Auditoría
FOIA	Ley de Libertad de Información
GAO	Grupo Armado Organizado
GAO	General Accounting Office
GCA	Gun Control Act
GDO	Grupo Delictivo Organizado
GEALC	Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe
GRECO	Grupo de Estados contra la Corrupción
GTCT	Grupo de Trabajo Especializado en la Lucha contra la Corrupción Transnacional
IGAE	Supervisión General de la Administración del Estado
IGF	Inspección general de finanzas
ILDA	Iniciativa Latinoamericana por los Datos Abiertos
INA	Iniciativa Nacional Anticorrupción
INTOSAI	Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores
IPC	Índice de Percepción de la Corrupción
ISG	Investor Stewardship Group
LDA	Lobbying Disclosure Act
LOCGR	Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Chile
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España
LPA	Licencias, permisos y autorizaciones
LRF	Ley de Responsabilidad Fiscal de Brasil
LTABG	Transparència, accés a la informació pública i bon govern
MECI	Modelo Estándar de Control Interno de Colombia
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción
MiPymes	Micro, pequeñas y medianas empresas
MoM	Ministerio de Modernización

OA	Oficina Anticorrupción
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OCEX	Órganos de Control Externo de las comunidades autónomas
OCI	Órganos de Control Institucional
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OEA	Organización de Estados Americanos
OFAC	Oficina de Control de Activos Extranjeros del Departamento del Tesoro
OGP	Alianza para el Gobierno Abierto/Open Government Partnership
OLACEFS	Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores
OLAF	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
PACcTO	Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado-Europa/Latinoamérica
PACO	Portal Anticorrupción de Colombia
PDN	Plataforma Digital Nacional
PIDA	Programa Interamericano de Datos Abiertos para Prevenir y Combatir la Corrupción
PND	Plan Nacional de Desarrollo
PNDA	Plataforma Nacional de Datos Abiertos
PNSP	Programa Nacional de Seguridad Pública
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PTA	Plataforma Tecnológica de Alerta
RENAGI	Registro Nacional de Gestión de Información
RISP	Reutilización de la Información del Sector Público
ROC	Registro electrónico obligatorio de cabildeo
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado
SECOP	Sistema Electrónico para la Contratación Pública

SEPI	Sociedad Estatal de Participaciones Industriales
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
SIGEN	Sindicatura General de la Nación de Argentina
SINA	Sistema de Inteligencia Nacional
SINAD	Sistema Nacional de Atención de Denuncias
SIPAR	Sistema de Información para la Participación Ciudadana
SMLMV	Salarios mínimos legales mensuales vigentes
SNC	Sistema Nacional de Control de Perú
SNA	Sistema Nacional Anticorrupción
SNARM	Sistema Nacional de Armas
SUCAMEC	Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil
SUIT	Sistema Único de Información de Trámite
SUSP	Sistema Único de Seguridad Pública
TCU	Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TI	Transparencia Internacional
TIC	Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la UE
TUE	Tratado de la Unión Europea
TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativos
UE	Unión Europea
UNCAC	Alianza Anticorrupción
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
UNTOC	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
USAID	Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional
USC	Código de los Estados Unidos
VFM	Value For Money

Presentación del Programa de Investigación 70593, la red sobre respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, su grupo de derecho administrativo y la presente obra colectiva

1. EL PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN 70593 Y LA RED SOBRE RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El programa de investigación 70593, desarrollado entre agosto de 2020 y febrero de 2024, se ha dirigido a elaborar una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales (el Programa 70593). Su investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien se desempeña como profesor titular de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia internacional (IIH) (Países Bajos).

El Programa 70593 ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), y ha sido ejecutado por la Universidad del Rosario como entidad ejecutante y por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) como entidad coejecutante. El Programa 70593 ha contado además con el apoyo institucional y financiero del IIH.

El Programa 70593 ha estado compuesto por los siguientes tres proyectos de investigación que se han dirigido a analizar:

(1) Las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la simulación de sistemas sociales: Proyecto 71861, cuyos investigadores principales han sido Angela Lucia Noguera Hidalgo (Colombia) y Oscar Julián Palma Morales (Colombia), ambos adscritos a la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario;

(2) Las respuestas a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado desde el derecho público comparado: Proyecto 71848, cuyos investigadores principales han sido Norberto Hernández Jiménez (Colombia), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Vanessa Andrea Suelst Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

(3) Las respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional: Proyecto 70817, cuyo investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo.

El Proyecto 71861 ha buscado específicamente establecer una aproximación para la comprensión de las dinámicas de adaptación y flexibilidad del narcotráfico marítimo en las Américas, incluyendo la corrupción asociada al mismo, a través de la utilización de instrumentos de simulación de sistemas sociales. Ha abordado este fenómeno desde las perspectivas teóricas de “organizaciones como sistemas sociales” y de “sistemas complejos adaptativos”. Estas perspectivas han permitido analizar y explicar el comportamiento flexible, adaptable y evolutivo del sistema organizacional transnacional de narcotráfico marítimo, más allá del paradigma de organizaciones jerarquizadas, rígidas y centralizadas, que caracteriza el estudio de las estructuras del narcotráfico. Así mismo, el Proyecto 71861 ha buscado entender las lógicas del comportamiento de los actores en la cadena de tráfico marítimo de narcóticos, las tareas que desempeñan, sus prácticas de corrupción, la distribución, los modos de transporte, y sus rutas. Todas estas variables están sujetas a continuos procesos de cambio impuestos por las condiciones del contexto.

El Proyecto 71848 se ha dirigido a diseñar una estrategia para América Latina en general, y Colombia en particular, de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir

de las experiencias del derecho público comparado y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina. Este proyecto se ha centrado, en primer lugar, en analizar el alcance y limitaciones que ofrece el derecho público colombiano, especialmente a través del derecho constitucional, electoral, administrativo, financiero, tributario, penal y procesal penal para responder al fenómeno de la corrupción asociada al crimen transnacional organizado. Sobre esta base, se han explorado los mecanismos que ofrecen las experiencias de derecho público comparado en diversos Estados de la región, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (así como en Estados no latinoamericanos como España, Estados Unidos e Italia), con el fin de determinar qué medidas sería aconsejable adoptar en el derecho interno colombiano para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra dicho fenómeno. Al realizar el análisis, se ha prestado particular atención a las medidas propuestas desde el derecho internacional, con el fin de favorecer la construcción de una respuesta integrada que incremente su eficacia.

Finalmente, el Proyecto 70817 ha buscado especialmente diseñar una estrategia de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir del derecho internacional y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina, prestando particular atención a la respuesta ofrecida desde el derecho público comparado. Por un lado, el Proyecto ha estudiado las posibilidades que ofrece el Derecho Penal Transnacional y el Derecho Internacional Penal para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. En este contexto, se ha analizado si la creación de una institución de ámbito regional para promover la coordinación entre las autoridades nacionales y mejorar su cooperación en materia de prestación de ayuda judicial mutua y ejecución de peticiones de extradición, reforzaría la eficacia de las medidas que el derecho público comparado aconseja adoptar en el derecho interno colombiano. Así mismo, se ha estudiado si dicha eficacia pudiera también verse reforzada por la utilización de algunos de los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Penal, como sería la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional

organizado (con inclusión, o no, de una agencia supranacional de recogida y análisis de información).

El Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71848 y 70817 han sido desarrollados entre agosto de 2020 y febrero de 2024, con base en cinco elementos principales siguientes:

1. En primer lugar, para desarrollar el Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71868 y 70817, se conformó a partir del 28 de agosto de 2020 la red de investigación sobre respuestas a la corrupción asociada al COT (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes grupos de investigación: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho disciplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal; (i) derecho procesal penal; (j) cooperación internacional en materia penal; (k) derecho internacional penal; (l) derecho internacional de los derechos humanos; y (m) relaciones internacionales y política exterior. La Red está también conformada por un Comité de Recomendaciones sobre Propuestas relativas a las Estrategias de Actuación en América Latina, el cual fue creado en septiembre de 2020, y cuya composición se puede consultar más abajo.

Desde su conformación, los grupos de investigación que conforman la Red han estado trabajando durante tres años y medio en el desarrollo del Programa 70593 y sus tres Proyectos, lo que ha permitido su progresiva consolidación. Su composición y actividades se pueden consultar en el Documento Final de Recomendaciones del Programa 70593, que será objeto de publicación una vez hayan sido publicadas las obras colectivas preparadas por los grupos de investigación de la Red.

Lo anterior ha permitido analizar el fenómeno objeto de estudio desde: (a) la criminología; (b) las particulares dinámicas de las organizaciones del COT dedicadas al narcotráfico marítimo que operan en el entorno de la ciudad-puerto; (c) las relaciones internacionales; y (d) la política exterior.

Además, con base en los hallazgos realizados sobre el fenómeno objeto de estudio, se han analizado las respuestas que pueden adoptarse frente al mismo desde el derecho público comparado (derecho constitucional, electoral, administrativo, disciplinario, privado, financiero, tributario, penal, procesal penal, y cooperación jurídica no judicial) e internacional (cooperación judicial internacional, derecho internacional de los espacios marítimos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y arbitraje de tratados de inversión).

2. En segundo lugar, la pluralidad e interdisciplinariedad de los integrantes de los grupos de investigación de la Red, han permitido desarrollar toda una serie de seminarios internacionales (apropiación social del conocimiento) celebrados en Colombia y fuera de Colombia sobre las distintas temáticas estudiadas por el Programa 70593 y sus tres Proyectos, y cuyas grabaciones se pueden visionar en los siguientes enlaces del micrositio del Programa:

- Seminario Internacional 1: Introducción al Programa 70593: Redes del Crimen Organizado y Respuesta del Derecho Público e Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-1-introduccion-al-programa-70593-redes-del-crimen-organizado-transnacional-y-respuesta-integrada-desde-el-derecho-publico-comparado-e-internacional>
- Seminario Internacional 2: Teoría Evolutiva, Narcotráfico Marítimo y Puertos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-ii-teoria-evolutiva-narcotrafico-maritimo-y-puertos>.
- Seminario Internacional 3: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/>

seminario-internacional-iii-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal.

- Seminario Internacional 4: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Procesal Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-4-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-procesal-penal>.
- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal-internacional>.
- Seminario Internacional 6: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Disciplinario en Justicia y Seguridad: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-6-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-disciplinario-en-justicia-y-seguridad>.
- Seminario Internacional 7: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Constitucional y Electoral: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-7-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-constitucional-7-electoral>.
- Seminario Internacional 8: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Tributario, Financiero y Cambiario: <https://www.iberoame>

ricaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-8-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-tributario-financiero-y-cambiario.

- Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-9-definicion-manifestaciones-causas-y-consecuencias-de-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 10: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Casos Estudios de Colombia y la Amazonía Brasileña: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia>.
- Seminario Internacional 11: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Privado: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-11-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-privado>.
- Seminario Internacional 12: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Cooperación Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-12-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-cooperacion-internacional>.
- Seminario Internacional 13: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Internacional

Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-13-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-penal>.

- Seminario Internacional 14: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Política Exterior en América Latina: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-14-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-politica-exterior-en-america-latina>.
- Seminario Internacional 15: Corruption and Transnational Organized Crime: Responses from the US Foreign Policy: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-15-corruption-and-transnational-organized-crime-responses-from-the-us-foreign-policy>.
- Seminario Internacional 16: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde los Derechos Humanos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-16-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-derechos-humanos>.
- Seminario Internacional 17: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho de los Espacios Marítimos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos>.

- Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-18-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848 - Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-19-resultados-del-proyecto-71848-respuestas-desde-el-derecho-publico-comparado>.
- Seminario Internacional 20: Resultados del Proyecto 71861 - Aproximación a la comprensión del comportamiento de las redes de narcotráfico marítimo, incluyendo las prácticas de corrupción asociadas al mismo, desde el marco evolutivo: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-20-narcotrafico-maritimo-y-sistemas-sociales-resultados-del-proyecto-71861-minciencias>.
- Seminario Internacional 21: Presentación en La Haya: Resultados Programa 70593 y Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-21-presentacion-en-la-haya-resultados>

3. En tercer lugar, se ha elaborado (y enviado al Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo (CMCON)) el concepto técnico (con número de referencia 1-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-

puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo” (el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCON durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad- puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software NetLogo 5.0. La simulación proporciona un escenario para el diseño y la construcción de espacios de experimentación, donde se exploran las actividades realizadas por las organizaciones criminales que utilizan terminales portuarias y estrategias de reclutamiento para llevar a cabo las actividades relacionadas con el narcotráfico. Este enfoque ofrece a investigadores y responsables de la gestión una perspectiva diferente para comprender los mecanismos de toma de decisiones en este contexto.

El concepto técnico explica cómo se ha elaborado dicho modelo de simulación, así como su funcionamiento y los resultados y las limitaciones que presenta, reflejando, en particular, como el narcotráfico marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo en el contexto de la ciudad-puerto, y cómo esta comprensión puede brindarnos una visión más clara de su funcionamiento.

4. En cuarto lugar, los grupos de investigación de la Red, además de completar las 3 obras colectivas esperadas (una por Proyecto), han completado cada uno de ellos, al menos, una obra colectiva adicional. Esto ha permitido ampliar disciplinaria y temáticamente el análisis del objeto de estudio, y ha favorecido la elaboración de los Documentos Finales de Recomendaciones de cada Proyecto, y del Programa, desde una perspectiva notablemente más interdisciplinar de lo previsto en un primer momento.

De esta manera, para finales de febrero de 2024 se han completado 25 obras colectivas, todas ellas aceptadas para publicación como libros de investigación, tras el correspondiente proceso de evaluación anónima, por la editorial internacional Tirant lo Blanch (España). Temáticamente, las obras colectivas se pueden clasificar de la siguiente manera:

A. Análisis del Fenómeno Objeto de Estudio (Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional):

- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte III. Experiencias en la Amazonía y Colombia (Proyecto 70817).
- Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto (Proyecto 71861).

B. Respuestas desde el Derecho Público Comparado:

- Respuestas a la corrupción desde el derecho constitucional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho electoral. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte I. Medidas transversales de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte II. Medidas particulares de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte III. Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho administrativo. Parte IV. Cuestiones relativas al marco deontológico y al sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho financiero y tributario y la cooperación internacional no judicial. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Personas físicas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Personas jurídicas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Modelos institucionales de prevención, incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y participación y protección de las víctimas (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Las actuaciones de investigación (Proyecto 71848).

C. Respuestas desde el Análisis Comparado de Otras Áreas del Derecho

- Respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho privado, la cooperación internacional en materia civil, la regulación de mercados ilícitos y el arbitraje de tratados de inversión (Proyecto 70817).

D. Respuestas desde el Derecho Internacional

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde el sistema universal de derechos humanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte II. Cuestiones Sustantivas y Procesales (Proyecto 70817).

E. Respuestas desde las Relaciones Internacionales y la Política Exterior

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la política exterior de los Estados latinoamericanos (Proyecto 70817).

- Respuestas a la corrupción transnacional a la luz de los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y de la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de la CNUDOT y la CNUCC (Proyecto 70817).

Así mismo, además de publicar (o ser aceptados para publicación) los artículos de investigación esperados (cuatro en el Proyecto 71861, tres en el Proyecto 70817 y dos en el Proyecto 71848), los grupos de investigación de la Red han publicado (o han sido aceptados para publicación) otros artículos en materias muy relevantes para el estudio del fenómeno de la corrupción asociada al COT, tales como:

A. Una mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio:

- La distinción entre corrupción institucional y organizacional, y la creciente importancia de las redes complejas de corrupción (Proyecto 70817).
- La naturaleza y funcionamiento de las organizaciones del COT como proceso evolutivo de conocimiento, con especial referencia a las perspectivas para su aplicación en el estudio del narcotráfico (Proyecto 71861).
- La naturaleza y funcionamiento de las compañías militares y de seguridad privadas (Proyecto 71848).

B. Una comprensión territorial de los problemas presentados por ciertas políticas públicas antidroga aplicadas en las últimas décadas:

- El impacto en los territorios de las políticas públicas antidroga basadas en la securitización, con particular atención al caso del Guaviare (Colombia) (Proyecto 71848).

C. El análisis de ciertos mecanismos anticorrupción internacionales que operan en los ámbitos regional y nacional:

- Las bases teóricas y las técnicas de investigación de las investigaciones realizadas desde el derecho internacional con una perspectiva crítica (Proyecto 70817).
- Los mecanismos anticorrupción de naturaleza regional, como la Sección Especializada en Derecho Internacional

Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto 70817).

- Los mecanismos internacionales anticorrupción que operan dentro de los sistemas nacionales para los cuales se establecen, con particular atención a las fortalezas y debilidades de las Comisiones y Misiones de Apoyo Internacionales, como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas (Proyecto 70817).

5. Finalmente, en quinto lugar, los resultados generados por los grupos de investigación de la Red han permitido desarrollar unos Documentos Finales de Recomendaciones de cada uno de los tres Proyectos, y del Programa 70593, comprensivos, detallados e interdisciplinarios (apropiación social del conocimiento). En particular, el Documento Final de Recomendaciones del Programa, construido con base en los Documentos Finales de Recomendaciones de los Proyectos 70817, 71848 y 71861, recoge una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al COT, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales. Esta estrategia se ha elaborado de acuerdo al siguiente índice temático:

A. Identificación del problema: conclusiones y recomendaciones sobre el fenómeno de la corrupción transnacional desde las perspectivas criminológicas

Capítulo 1. Conclusiones sobre los distintos tipos de manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional: actos individuales de corrupción, situaciones de macro-corrupción, captura del Estado y corrupción institucional y redes complejas de corrupción.

Capítulo 2. Conclusiones relativas a los estudios de casos de la Amazonía.

Capítulo 3. Recomendaciones frente a las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional que van más allá de actos individuales corruptos.

B. Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto

Capítulo 4. Observaciones sobre las redes de narcotráfico en las ciudades puerto y las respuestas al fenómeno.

Capítulo 5. Recomendaciones de políticas públicas para enfrentar de manera más efectiva las redes de narcotráfico marítimo en las ciudades puerto.

C. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho constitucional y electoral

Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho constitucional.

Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho electoral.

D. Recomendaciones en materia de derecho administrativo

Capítulo 8. Recomendaciones relativas a las medidas transversales de prevención.

Capítulo 9. Recomendaciones relativas a las medidas específicas de prevención.

Capítulo 10. Recomendaciones relativas a las medidas sobre vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria.

E. Recomendaciones en materia de derecho disciplinario

Capítulo 11. Recomendaciones sobre el marco deontológico y el sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

F. Recomendaciones en materia de financiero y tributario

Capítulo 12. Recomendaciones sobre derecho financiero y tributario y cooperación jurídica internacional no judicial

G. Conclusiones y recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley

Capítulo 13. Conclusiones y recomendaciones sobre mecanismos anticorrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blockchain y acciones de transparencia.

Capítulo 14. Conclusiones y recomendaciones sobre seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: especial atención a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas.

- H. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho privado, recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil y arbitraje de tratados de inversión

Capítulo 15. Conclusiones y recomendaciones sobre liderazgo ético y acciones colectivas para la transparencia en los negocios.

Capítulo 16. Conclusiones y recomendaciones sobre recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil.

Capítulo 17. Conclusiones y recomendaciones sobre el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

- I. Recomendaciones en materia de derecho penal

Capítulo 18. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas naturales en la parte general del derecho penal.

Capítulo 19. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas jurídicas en la parte general del derecho penal.

Capítulo 20. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal I.

Capítulo 21. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal II.

J. Recomendaciones en materia de derecho procesal penal

Capítulo 22. Recomendaciones relativas a los modelos institucionales de prevención, los incentivos, y protección de alertadores, denunciantes y testigos y la participación y protección de las víctimas.

Capítulo 23. Recomendaciones relativas a las actuaciones de investigación.

K. Conclusiones y recomendaciones sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal

Capítulo 24. Conclusiones y recomendaciones en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal.

L. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional penal

Capítulo 25. Conclusiones sobre el desconocimiento de la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional en su definición en los tratados internacionales anti-corrupción

Capítulo 26. Conclusiones y recomendaciones relativas a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y la cooperación internacional.

Capítulo 27. Conclusiones y recomendaciones sobre cuestiones sustantivas y procesales en materia de derecho internacional penal.

LL. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos

Capítulo 28. Sistema universal de protección de los derechos humanos.

Capítulo 29. Sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

M. Conclusiones y recomendaciones en materia de política exterior de los Estados latinoamericanos y de ejes de acción de las organizaciones de ámbito regional en América Latina.

Capítulo 30. Conclusiones y recomendaciones sobre la política exterior de los Estados latinoamericanos.

Capítulo 31. Conclusiones y recomendaciones sobre los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de las Convenciones de Palermo y Mérida.

2. EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

La presente obra colectiva ha sido elaborada por el grupo de investigación de derecho administrativo (el Grupo) de la Red en ejecución del Proyecto 71848 cuyo objeto es proponer medidas en el derecho interno colombiano y para la región desde la perspectiva disciplinar que ofrece el derecho administrativo que puedan servir para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra la corrupción asociada al crimen transnacional organizado.

El Grupo es coordinado por el profesor Manuel Alberto Restrepo Medina (Colombia), quien se desempeña como profesor en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y por el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien dirige a su vez el Programa 70593 y el Proyecto 70817. Desde el comienzo de sus trabajos a finales de agosto de 2020, el Grupo ha contado con la coordinación administrativa de Gabriela Velásquez Medina (Colombia), Juan José Romero Morales (Colombia), Ana María Martínez Agudelo (Colombia) y Sofía Linares Botero (Colombia), adscritos a la Universidad del Rosario (Colombia), y ha estado conformado por los siguientes investigadores que participan como autores en la presente obra colectiva:

1. Aprile, Natalia Soledad (Argentina): Universidad del Rosario (Colombia).
2. Díaz Perilla, Viviana Esned (Colombia): Abogada.
3. Duitama Pulido, Eliana Andrea (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).

4. Duque Botero, Juan David (Colombia): Abogada.
5. Latorre González, Indira (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
6. Murillo Mena, Jessica (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
7. Nieto Rodríguez, María Angélica (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
8. Restrepo Medina, Manuel Alberto (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
9. Rojas Villamil, Héctor David (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
10. Valencia Tello, Diana Carolina (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).

Desde su establecimiento en agosto de 2020, el Grupo ha realizado diversos encuentros virtuales de carácter interno para debatir sobre el desarrollo de las investigaciones y garantizar la cohesión de todos los trabajos que hoy ven la luz en esta obra. Además, el 12 de octubre de 2022 se celebró un panel presencial y por acceso remoto abierto a todo el público para dar a conocer los resultados parciales de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones, como parte del I Seminario Internacional sobre Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Administrativo, realizado los días 11 y 12 de octubre de 2022. El panel a cargo del Grupo de Derecho Administrativo abordó los temas de integridad y generación de valor público y gobernanza de los intereses privado y contó con la participación de los investigadores María Angélica Nieto Rodríguez, Héctor David Rojas Villamil y Manuel Alberto Restrepo Medina¹.

Así mismo, las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo han sido presentadas en el III (2021), IV (2022) y V (2023) Congresos de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario y

¹ El panel se puede ver desde el enlace https://fb.watch/ghvcm4jx_h/ (inicia en el minuto 4:10).

la X Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, celebrada del 2 al 9 de junio de 2023 en La Haya (Países Bajos)², en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia Internacional³, desarrollado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

Por último, las conclusiones y recomendaciones finales del Grupo han sido también expuestas en el Seminario Internacional de Presentación de Resultados del Proyecto 71848 celebrado el 15 de agosto de 2023 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (vid. supra Seminario Internacional 19).

3. SOBRE LA PRESENTE OBRA COLECTIVA

La obra que presentamos busca contribuir, desde la perspectiva disciplinar que ofrece el derecho administrativo, al logro del objetivo del Proyecto 71848 de proponer medidas en el derecho interno de los países de América Latina, y de Colombia en particular, que puedan servir para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT). Por ello, sus contenidos parten de la comprensión del alcance y la relevancia del fenómeno analizado y de la conciencia de la insuficiencia que hasta el momento han tenido las respuestas estatales desde el derecho para confrontarlo.

Así, el punto de inicio de los trabajos adelantados lo constituye el entendimiento aceptado por la academia y las instituciones internacionales interesadas de que la corrupción en el ámbito público consiste en el abuso del cargo o función pública para la obtención de un beneficio o ganancia privada en detrimento de los recursos públicos

² Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/semana-iberoamericana-de-la-justicia-internacional-y-los-derechos-humanos>.

³ Para mayor información sobre el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/seminario-de-pensamiento-iberoamericano>.

(Banco Mundial). Hoy ese abuso, más que una conducta individual, cada vez más corresponde a un fenómeno organizado por una red de relaciones sociopolíticas mafiosas que se sirve de la cooptación, e incluso captura, del Estado por parte de políticos, particulares y funcionarios para apropiarse de los recursos públicos (Rodríguez & Reyes, 2023).

La corrupción puede llegar al extremo de alcanzar un carácter sistémico para la preservación del *status quo* de quienes detentan ilícitamente el poder político y controlan las instituciones públicas, como en el caso de Guatemala, o más frecuentemente, como señala Castresana (2021), cuando corporaciones económicas y financieras, en no pocas ocasiones multinacionales, así como grupos criminales organizados, financian sistemáticamente de manera encubierta e ilegal a los partidos políticos, sobornan a los altos funcionarios, manipulan la información a través de los medios de comunicación y las redes sociales que controlan, y con ello consiguen adjudicaciones de contratos en licitaciones amañadas y cooptan los mecanismos de adopción de decisiones de las instituciones democráticas.

Como consecuencia y siguiendo a Manrique (2021), la corrupción afecta el disfrute y el goce efectivo de los derechos fundamentales de la población, al detraer recursos destinados a la atención de sectores básicos para la vida digna de las personas y deteriorar la calidad democrática del funcionamiento de las instituciones. Estas prácticas no solo configuran delitos, sino que son antiéticas, inmorales e inconstitucionales, lo que debilita y deslegitima la institucionalidad y el Estado de derecho. Lo anterior ocasiona la entrada de la criminalidad al sistema político y constituye la principal amenaza a la estabilidad y al orden de los países.

Frente a este enorme reto, la respuesta habitual y casi que automática desde el Estado ha sido la de privilegiar el enfoque punitivo, creando nuevos delitos y circunstancias de agravación de las penas y reduciendo los beneficios y subrogados penales para los autores de estas conductas, sin que, como en el caso de los fenómenos de tráfico ilícito de drogas, de armas o de personas, esta estrategia haya servido siquiera para contener, ya no para reducir o dismantelar esas mafias y desincentivar esos comportamientos, derivando más bien en lo que se ha dado en denominar el populismo punitivo.

Una respuesta más adecuada para la confrontación de este fenómeno requiere una aproximación inter y transdisciplinaria, con el aporte de disciplinas extra jurídicas y el involucramiento de ámbitos jurídicos diferentes y eventualmente complementarios del derecho penal. Si, justamente, uno de los actores centrales para que la corrupción se presente es la participación activa y pasiva de los servidores públicos y la principal fuente que la alimenta son la contratación pública y el otorgamiento de licencias y permisos, resulta pertinente preguntarse por las respuestas que desde el régimen jurídico aplicable a la estructura y actividad administrativa del Estado se podrían proponer para contribuir al propósito señalado. En esa medida, el objetivo de esta obra colectiva es responder a la pregunta de si el derecho administrativo puede, y de qué manera, contribuir al abordaje del fenómeno de la corrupción y de su incidencia transnacional.

Justamente, por esa incidencia, como lo evidencian casos como el de Odebrecht, la respuesta a este fenómeno requiere ser abordada, al menos, tanto nacional como regionalmente, por lo cual un balance de lo que se ha realizado hasta la fecha desde el derecho administrativo para proponer lo que se podría hacer en adelante, demanda conocer las experiencias de otros sistemas jurídicos distintos del propio, para desde ese conocimiento tener una perspectiva más amplia que permita plantear recomendaciones a esos mismos niveles.

Conforme a lo anterior, el análisis regional incluye, además del caso colombiano, los casos de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, porque por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región. En cuanto a los países de referencia del orden internacional se tomaron los casos de EE.UU., por ser el país de mayor influencia sobre la región desde, al menos, el final de la II Guerra Mundial y España, por la estrecha relación política, económica, cultural y jurídica que mantiene con los países latinoamericanos y, además, porque ambos países son miembros de organizaciones internacionales de integración en la que participan los países latinoamericanos en su conjunto.

Para definir la estructura y el contenido del presente volumen se partió de la consideración de que en el fomento de la integridad pública radica parte importante del éxito de una política en contra de la corrupción, por lo cual, se identificaron los escenarios típicos

de concreción del ejercicio de la actividad administrativa del Estado en los cuales se suelen presentar las mayores oportunidades y casos de falta de integridad pública y ocurrencia de actos de corrupción, para proponer estrategias específicas de prevención en relación con estas manifestaciones particulares de ejercicio de la función administrativa.

Los ámbitos identificados que corresponden a estas características fueron los siguientes: el régimen de la función pública, la contratación pública de bienes y servicios (con particular atención a la contratación de obras públicas), la gestión de las empresas públicas y el trámite de licencias, permisos y autorizaciones (con especial mención al caso de las licencias de tenencia y porte de armas).

Cada uno de estos ámbitos se aborda en un capítulo separado y en cada uno de ellos la organización de los contenidos corresponde a la misma estructura: primero se verifica una explicación del alcance del objeto específico materia de análisis, planteando su relevancia como escenario de especial afectación por la corrupción y la necesidad de contar para el mismo con estrategias específicas de prevención, luego se realiza la presentación del estado del arte sobre cada ámbito en los instrumentos internacionales, los países de referencia de fuera de la región (EE.UU. y España), los países de la región (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) y el caso colombiano, para concluir con un balance del estado actual de la cuestión y la formulación de un conjunto de recomendaciones al respecto.

Al finalizar el análisis de los cuatro ámbitos identificados, se presentan dos capítulos (5 y 6) que destacan las principales conclusiones alcanzadas y realizan una serie de recomendaciones para la confrontación de este fenómeno, tanto en la región en general, como en Colombia en particular.

En Bogotá (Colombia), a 12 de noviembre de 2023,

HÉCTOR OLASOLO
MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

Capítulo 1

El régimen de la función pública

NATALIA SOLEDAD APRILE*

1. INTRODUCCIÓN

El involucramiento del crimen organizado con los servidores públicos para obtener su complicidad es esencial para la consecución de sus fines. Los Estados latinoamericanos son más proclives a este tipo de prácticas porque, como Alda Mejías (2014) subraya, aunque en América Latina no puede hablarse de Estados fallidos, “[e]n el contexto de un Estado débil, caracterizado por la falta de institucionalidad y la excepcionalidad ante la ley, el crimen organizado, mediante la corrupción, tiene más posibilidades de influir en las decisiones estatales y de lograr la protección de sus representantes, una cuestión trascendental para su implantación y desarrollo”. De esta manera, ante la ausencia de mecanismos efectivos de control y transparencia, así como de una cultura de apego a las normas, las relaciones clientelares proliferan para ganar protección estatal. Esto es lo que caracteriza a un Estado como “débil”, en los términos en que lo ha dimensionado el Banco Mundial a través de los indicadores de buen gobierno. La inestabilidad política y la violencia, unidas a la incapacidad estatal para mantener el control y para hacer que sus funcionarios cumplan y respeten las normas, configuran un escenario más propenso para la corrupción y la captura del Estado por parte de grupos criminales organizados. Y esto no se puede atribuir a la ausencia de normas, sino que existe un nivel paralelo de actuación al margen de la ley y la informalidad que no es desarticulado.

* Abogada con orientación en Derecho Público Administrativo (UBA, Argentina). Magister en Democracia y Buen Gobierno (Universidad de Salamanca, España). Doctoranda en el programa Estado de Derecho y Gobernanza Global (Universidad de Salamanca, España). <https://orcid.org/0000-0002-4289-0545>.

En este contexto, el régimen que regula el ingreso y la permanencia de los empleados en el sector público merece especial atención. En torno a las acciones del crimen organizado transnacional se teje una red, en la que están inmersos varios actores, siendo parte necesaria de este entramado los funcionarios públicos (Piedrahita, 2020). Puede afirmarse que la relación entre el fenómeno de la corrupción y la organización burocrática se da en dos direcciones: por un lado, un sistema bien organizado y estructurado sobre la base del mérito y la profesionalización puede servir de catalizador eficiente para la lucha contra la corrupción; en sentido contrario, un diseño y una gestión inadecuada de los recursos humanos propicia un ambiente conveniente para que se reproduzcan prácticas de corrupción. En definitiva, la regulación y la gestión del servicio civil puede abrir o restringir la puerta de ingreso para que las organizaciones criminales penetren al interior de las instituciones del Estado.

Cabe aclarar que, a efectos de este estudio, se aludirá de manera indistinta a las nociones de función pública y de servicio civil, teniendo en cuenta que ambas expresiones son las más difundidas y utilizadas en la materia. Para ello, se parte de la definición de función pública que incorpora la Carta Iberoamericana de la Función Pública (CIFP), según la cual:

[...] [l]a función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), 2003).

Los retos a los que se enfrenta la regulación del sistema de función pública se asocian, principalmente, con la idea de hacer compatibles ciertos principios propios de las escuelas neogerenciales, como el de eficacia y eficiencia, con los principios de igualdad, mérito e imparcialidad que intentan modernizar y actualizar las estructuras de gestión del Estado a través de sistemas de carreras públicas profesionales y permanentes. Este anhelado equilibrio, que busca generar ad-

ministraciones profesionales permanentes, no solamente impacta en el desarrollo económico pleno y sostenido de los Estados (Ferraro, 2009), sino que además existen evidencias de que hay una relación directa entre el diseño de los sistemas de función pública y la lucha contra la corrupción (CLAD, 2003).

En efecto, se ha demostrado que, ciertas características administrativas como el reclutamiento basado en el mérito y la profesionalización, tienen una incidencia significativa en la reducción de la corrupción (Dahlström, 2012). Según el análisis comparativo desarrollado por la OCDE en 2020, en Latinoamérica se han realizado esfuerzos durante la última década para profundizar la profesionalización del empleo público e incrementar el reclutamiento basado en el mérito. Sin embargo, todavía gran parte de la fuerza laboral del servicio público aún no está sujeta a procedimientos de contratación basados en el mérito. Además, la profesionalización y la capacitación digital de la alta dirección se han producido solo en algunos países. A esto hay que añadir que los nombramientos de trabajadores estatales obedecen en gran medida a afinidades políticas, por lo que existen barreras en ese ámbito para obstaculizar todo tipo de reforma y su aplicación (OCDE, 2020).

Definitivamente, la función pública plantea un escenario de estudio concreto en el cual es posible analizar de qué manera y en qué medida las regulaciones y las prácticas que se tejen en torno a este tema pueden contribuir en la contención de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Si bien es cierto que cada país regula de manera particular su régimen de servicio civil, lo cierto es que existe claridad en torno a que la estructura burocrática y el sistema de acceso a la administración pública abren la puerta a ciertas prácticas que se relacionan directamente con el crimen organizado transnacional.

Esta relación entre función pública y criminalidad organizada se demuestra, por ejemplo, cuando esta última se infiltra en la propia administración del Estado, ya sea a nivel nacional, regional o local, lo que se facilita por las fórmulas flexibles de contratación basadas en la discrecionalidad en el nombramiento en los niveles directivos y en los esquemas de empleo ocasional y contractual. Este tipo de modalidades de contratación facilita también la aceptación de

sobornos del crimen organizado transnacional, puesto que su temporalidad (y con frecuencia precariedad) hace que los trabajadores públicos temporales sean, en principio, más vulnerables a este tipo de prácticas. Todo ello redundará en que, en el posterior desempeño de sus funciones, este personal facilita las actividades de las organizaciones delictivas y dificulta la adopción y aplicación de medidas dirigidas a la fiscalización y obstaculización de sus actividades. En el caso colombiano, por ejemplo, se ha visto esta clase de infiltración en los distintos niveles de la administración pública por parte de las estructuras paramilitares y los grandes carteles de la droga (Garzón, 2012).

A la luz de lo anterior, el presente capítulo prestará particular atención como ejes de análisis a la necesidad de limitar el ámbito de discrecionalidad en: (a) los nombramientos en los niveles directivos mediante una clara delimitación entre las posiciones que entrañan responsabilidad política y aquellas otras de naturaleza gerencial; y (b) los esquemas de empleo ocasional y contractual.

Para ello, se expondrán en primer lugar los estándares internacionales, con particular atención a la CIFP y a los estándares del BID sobre el régimen normativo de la función pública (sección 2). A continuación, se analizará cómo se regula la misma en España, Francia y EE. UU como países de referencia fuera de América Latina (sección 3). Posteriormente, estudiaremos su regulación comparada en los cinco países latinoamericanos que son tomados como objetos de estudio a lo largo del presente volumen (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), tratando de identificar ciertas tendencias comunes en el desarrollo de su regulación (sección 4). Hecho esto, pasaremos a analizar la regulación normativa de la carrera administrativa en Colombia y realizaremos un análisis comparativo con la regulación nacional e internacional previamente abordada (sección 5) Para finalizar, estudiaremos si alguna de las medidas normativas adoptadas responde específicamente a la necesidad de confrontar la corrupción en esta materia cuando se encuentra asociada al crimen organizado transnacional, y ofreceremos una estrategia de acción para América Latina (a la luz de las tendencias regulatorias identificadas) y otra para Colombia.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE EL RÉGIMEN DEL SERVICIO CIVIL

Como se ha apuntado en la introducción, el desafío en la regulación del régimen de la función pública es que debe compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los principios de igualdad y mérito, que se esperan de las administraciones profesionales en contextos democráticos. Esta necesidad implica que, entre otras cosas, la gestión del recurso humano en la administración pública tiene que conducirse sobre procedimientos que prioricen que la selección, la permanencia y el retiro de los funcionarios públicos se asiente fundamentalmente en criterios meritocráticos. La idea básica es contrarrestar el grado de politización que afecta a las burocracias, sobre todo en los países latinoamericanos en donde se pone de manifiesto la baja institucionalización de los criterios de mérito para la incorporación y desvinculación de agentes públicos, tal como ha sido evidenciado a partir de las mediciones realizadas por el BID (Iacoviello & Strazza, 2014).

Precisamente a través del trabajo realizado por el BID, se ha podido determinar y medir la débil implementación de las burocracias meritocráticas latinoamericanas y, desde luego, su fuerte politización. Este análisis ha sido posible a partir de la elaboración de un marco analítico para el diagnóstico institucional de sistemas de servicio civil (Longo, 2002). Esta herramienta sirve como referente a efectos de diagnosticar sistemas nacionales, suministrando unas orientaciones metodológicas mediante índices que abarcan una serie de dimensiones para que, de acuerdo con su contexto propio, cada país pueda adaptar el modelo.

El modelo se propone como un referente amplio, capaz de ser adaptado a distintos contextos y sustentado en un sistema integrado de gestión que se despliega en distintos subsistemas que deben estar alineados, en el marco de una estrategia coordinada, según las reglas y las prácticas de cada país. Para efectos de valorar los puntos críticos que se diagnostican en cada uno de los componentes del modelo, el evaluador del régimen de la función pública debe valerse de siguientes índices: (a) eficiencia; (b) mérito; (c) consistencia estructural; (d) capacidad funcional; y (e) capacidad integradora. A partir de

estos indicadores de calidad, se extrae el Índice Agregado de Desarrollo del Servicio Civil, que permite clasificar a los países en tres niveles de desarrollo del servicio civil: nivel de bajo desarrollo, nivel de desarrollo medio y nivel alto o sistemas profesionales.

De acuerdo con lo que aquí interesa, uno de los componentes del modelo analítico es la gestión del empleo, que comprende el reclutamiento, la selección, la movilidad y la desvinculación del personal administrativo. Lo interesante en este aspecto es que se destaca la distancia que existe entre la norma y la realidad y, en esa medida, se recomienda atender especialmente a las prácticas efectivas, antes que a las regulaciones normativas. Entre los puntos críticos de este componente se incluyen la igualdad y el mérito en el acceso y se indica que el reclutamiento debe realizarse por razones de idoneidad, técnicamente apreciadas. Expresamente, se señala que debe evitarse la arbitrariedad, la politización y las prácticas de patronazgo o clientelismo, y destinar solo a un número reducido y razonable la selección de personal bajo criterios de tipo político. El modelo propone igualmente que la selección se realice con base en la existencia de perfiles por competencias y que los órganos de selección sean independientes en el ejercicio de sus funciones. Así mismo, deben aplicarse procedimientos que permitan asegurar el acierto de la incorporación de los empleados públicos, como, por ejemplo, períodos de prueba. Finalmente, la desvinculación tiene que obedecer, principalmente, a razones de carácter profesional y no a criterios de cambio político (Longo, 2002).

De lo expuesto se extrae que la selección con base en el mérito es imprescindible para garantizar la existencia de administraciones profesionales. Ahora bien, las disfuncionalidades que puedan detectarse en este aspecto derivan tanto de la excesiva flexibilidad como también de la indebida rigidez del sistema. De esta manera, asignar un peso excesivo a los méritos formales puede también dificultar la adaptación a las necesidades y la reacción frente a los cambios. En consecuencia, la preservación del principio del mérito se considera primordial pero dentro de sus justos límites, porque tanto las prácticas de clientelismo y arbitrariedad como el exceso de formalidades afectan al correcto funcionamiento del sistema. Por ello, entre las orientaciones que pueden seguirse para evitar estas patologías, se

sugiere: (a) descentralizar la gestión del recurso humano; (b) potenciar la función directiva separando la política de la gestión, a través de directivos profesionales; y (c) flexibilizar las prácticas de gestión, lo que puede plasmarse, entre otras estrategias, en la reducción del número de personal, la externalización de servicios, el uso de modalidades contractuales sin estabilidad, la sustitución de la antigüedad por el rendimiento en los ascensos y la introducción de fórmulas de retribución variable al rendimiento (Longo, 2002).

En definitiva, a partir del marco analítico propuesto por el BID, se ha ido realizando a lo largo del tiempo el seguimiento y el análisis de la gestión de recursos humanos en los países de Latinoamérica y el Caribe, teniendo en cuenta que la estructura en cada país está condicionada tanto por el contexto interno de la organización (estructura, cultura, entre otros) como por el entorno (marco legal, mercado laboral, entre otros). En estos diagnósticos se puede observar que las reformas jurídicas en la región se han encaminado bajo el propósito de compatibilizar eficiencia y eficacia con la igualdad de oportunidades y el valor del mérito, características paradigmáticas de las administraciones profesionales en democracia. Ahora bien, estas reformas no ingresan tranquilamente en la agenda de los gobiernos, pues tanto su propuesta como su implementación se oponen a los intereses clientelares de actores políticos que sacan provecho de la discrecionalidad para realizar nombramientos o conceder ascensos.

En paralelo con el modelo analítico propuesto por el BID, se fue gestando, con base en un acuerdo de buenas prácticas en los sistemas de función pública, la CIFP, que finalmente fue aprobada en el año 2003. En este documento se reconoce de forma explícita que, para mejorar la gobernabilidad, estimular el desarrollo económico y reducir la brecha de desigualdad social, la función pública debe ser profesionalizada y debe estar caracterizada principalmente por “atributos como el mérito, la capacidad, la vocación de servicio, la eficacia en el desempeño de su función, la responsabilidad, la honestidad y la adhesión a los principios y valores de la democracias” (CLAD, 2003). A los efectos que aquí importan, la Carta destaca la relación existente entre los mencionados atributos y la lucha contra la corrupción. Además, como hace el BID, en la Carta también se señala que es pertinente atender al contexto social, económico y po-

lítico de cada país, en cuanto que condicionan las características del sistema de servicio civil.

Más allá de las diferencias que puedan establecerse en cada sistema nacional, el propósito de la CIFP consiste en determinar unas bases y un lenguaje comunes que permitan orientar los esfuerzos de los países en un mismo sentido, para que, respetando las individualidades, se propenda a la mejora y modernización de los sistemas nacionales de función pública. Como notas principales de esta noción, en el documento se explica que una administración pública profesional es aquella que está “dirigida y controlada por la política en aplicación del principio democrático, pero no patrimonializada por esta, lo que exige preservar una esfera de independencia e imparcialidad en su funcionamiento, por razones de interés público”¹ (CLAD, 2003).

Dentro de los criterios orientadores de la función pública, se puede ver en el segundo capítulo el intento de hacer compatibles ciertas notas características de las escuelas neogerenciales de la gestión pública (como la eficiencia y la flexibilidad) con otros principios más apegados a las corrientes neoweberianas (como la ética, la responsabilidad, la participación y la igualdad). Evidentemente, esto se traduce en un listado de principios acorde con un modelo de burocracia adaptado a los contextos democráticos actuales, en los que es posible ceder ante determinadas condiciones de flexibilidad en la medida en que se respeten los pilares básicos del mérito y la legalidad. También en línea con el modelo integrado desarrollado por el BID, en el capítulo tercero de la Carta se indica que:

[...] la función pública debe ser diseñada y operar como un sistema integrado de gestión cuyo propósito básico o razón de ser es la adecuación de las personas a la estrategia de la organización o sistema multiorganizativo, para la producción de resultados acordes con tales prioridades estratégicas” (CLAD, 2003).

En el capítulo cuarto de la Carta se describen los ejes para el desarrollo de una función pública profesional. En primer término, se destaca la importancia de la planificación en materia de recursos humanos y del desarrollo de sistemas de información eficientes. Para

¹ Capítulo primero, punto 3.

la organización del trabajo se recomiendan ciertos instrumentos de gestión de personal como la descripción de los puestos de trabajo y los requisitos de idoneidad o perfiles de competencias correspondientes, equilibrando especialización con flexibilidad. Asimismo, se reclama que en los perfiles se debe ir más allá de los conocimientos técnicos o la experiencia, para tener en cuenta las habilidades, actitudes, capacidades cognitivas y rasgos de personalidad considerados relevantes.

Por otra parte, el acceso al empleo debe estar determinado por los siguientes postulados: (a) publicidad de las convocatorias; (b) libre concurrencia; (c) transparencia; (d) especialización de los órganos técnicos y cualificación profesional de sus integrantes; (e) garantía de imparcialidad; (f) fiabilidad y validez probadas de los instrumentos utilizados para verificar las competencias de los aspirantes; (g) elección del mejor candidato, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad; y (h) eficacia, eficiencia y agilidad de los procesos de reclutamiento y selección. En lo aquí concierne, es interesante resaltar que en la Carta se señala que “[1]a carrera profesional de los empleados públicos será facilitada por regulaciones flexibles, que eliminarán en lo posible las barreras o limitaciones formales”, y que en la promoción a puestos de trabajo deben utilizarse instrumentos dotados de objetividad para disminuir los riesgos de arbitrariedad, nepotismo o clientelismo (CLAD, 2003).

Es importante también remarcar que la Carta reconoce la relevancia de la franja directiva o gerencial como función diferenciada tanto de la política como de las profesiones públicas que integran la función pública ordinaria. Sobre este sector, propone arreglos institucionales que hagan posible: (a) una esfera de delegación; (b) sistemas eficaces de control y rendición de cuentas; (c) premios y sanciones vinculados a la responsabilidad y los resultados de la gestión; y (d) racionalidad y creación de valor público en el uso de los recursos. Además, para la garantía de su profesionalidad, se indica que deben existir regulaciones específicas para definir el universo de cargos directivos, delimitándolos tanto de las funciones políticas como del servicio civil ordinario. Estas regulaciones han de establecer a su vez exigencias de cualificación profesional, competencias, reglas de acceso con criterios de capacidad y mérito, reglas de evaluación y rendi-

ción de cuentas que definan mecanismos de control por resultados, reglas de permanencia que se vinculen a los resultados de la gestión, e incentivos que estimulen la buena gestión, vinculando una parte de la compensación a los resultados.

Ahora bien, en el marco del proyecto de Diagnóstico Institucional de los Sistemas de Servicio Civil de América Latina y el Caribe, liderado y coordinado desde el Diálogo Regional de Política del BID, a partir del trabajo de la Red de Gestión y Transparencia de la Política Pública, se ha desarrollado conocimiento sobre la gestión de recursos humanos, y sobre el grado de implantación de la CIFP, en Latinoamérica y el Caribe, que es de alto interés tanto para los organismos internacionales como para los gobiernos de la región. Por ello, aprovechando la experiencia acumulada, se elaboró en el año 2010 la nueva Metodología de Diagnóstico a partir de unos ajustes sobre el Marco Analítico existente. La idea central de esta nueva metodología se resume en determinar la relevancia, el significado y el impacto efectivo de las políticas de empleo público a partir de la CIFP y la viabilidad del fortalecimiento institucional de estos servicios civiles en el mediano plazo (Longo & Iacovello, 2010).

Queda claro que las aspiraciones regionales apuntan a consolidar una institucionalidad de la función pública profesional. También es evidente que las reformas y desarrollos que se impulsan deben atender al contexto propio y particular de cada sistema nacional, aunque en todos ellos debe converger la idea de que el recurso humano debe ser planificado, seleccionado sobre la base del mérito y lo suficientemente flexible en su organización como para responder a los cambios que se presenten. Las debilidades que caracterizan el régimen de la función pública, relacionados generalmente con la infiltración de intereses políticos en las estructuras burocráticas, impiden la implementación de prácticas y nuevas lógicas en el servicio civil. Para su efectividad, este tipo de reformas implica la necesidad de consensos y compromisos que involucren a varios actores, no solo estatales sino también de la sociedad civil y del entorno político. Por eso, si bien es loable que se impulsen en el plano normativo, no hay que descuidar que su éxito depende de la efectiva implementación y desarrollo.

Finalmente, es preciso señalar que, a nivel de estándares internacionales, ni en la CIFP ni en el Marco Analítico elaborado por el BID,

se alude a la problemática aludida en la introducción, es decir a las relaciones que se establecen entre redes criminales y funcionarios de la administración pública. Esta complicidad entre criminalidad organizada y burocracia, si bien es bastante conocida, no es abordada de manera expresa. En los documentos analizados solo se hace referencia a la lucha contra la corrupción y a la protección de los denunciantes de este fenómeno, pero no se alude directamente, ni a la forma, ni a las respuestas concretas frente a estas prácticas, en que el crimen organizado utiliza el sistema para corromper empleados públicos o colocar personas afines que les garanticen impunidad, lo que además “les permite obtener grandes ganancias a costa de debilitar la creencia de los ciudadanos en sus gobiernos, ya que estos ven cómo sus funcionarios o instituciones, lejos de cumplir con su rol de procurar el bienestar común se muestran incapaces o esquivos de hacerlo, a la par de observar cómo muchos de ellos, se enriquecen” (Krauth, 2018).

3. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS

3.1. *Primera aproximación*

De acuerdo con la clasificación de Pollitt & Bouckaert (2004), que permite identificar unos rasgos definitorios en el régimen de la función pública en los países desarrollados, existen dos modelos de regímenes político-administrativos: el que llaman “de la perspectiva del *Rechtstaat*”, que ubica como eje vertebrador de la sociedad al Estado, basado fundamentalmente en el principio de legalidad y en el que el derecho es eje central de los procesos que adelantan los funcionarios públicos (dentro de este modelo, en Europa, se incluirían países como Alemania, España y Francia). El segundo modelo, denominado del “interés público”, confiere un papel menos protagónico al Estado, la ley no está en primer plano, se adoptan las decisiones en un marco de mayor pluralismo y consenso, predominando principios como la imparcialidad, la transparencia, la flexibilidad y el pragmatismo, incluso sobre el de legalidad. En este sistema, los servidores públicos son vistos como ciudadanos al servicio del gobierno y no como una clase especial, como sucede en Holanda, Suecia y en los países anglosajones (Longo, 2001).

Con respecto a los modelos de servicio civil, se ha construido una segunda clasificación que los distingue entre: servicio civil de estructura abierta y servicio civil de estructura cerrada (los sistemas de carrera adoptan, en mayor o menor medida, elementos de ambos modelos) (Quiroga Leos, 1984). Conforme a esta distinción, los sistemas de estructura abierta, como por ejemplo el de Estados Unidos, se caracterizan por una mayor simplicidad y flexibilidad porque los puestos se determinan en función de las necesidades, no hay un sistema rígido de carrera y hay movilidad entre el sector público y el privado. De su lado, los modelos de estructura cerrada, como los de España y Francia, conciben la función pública como un ambiente separado del sector privado, organizado en un sistema de carrera administrativa, aferrados al principio de legalidad y al criterio del mérito.

Precisamente, a efectos de este análisis, se tomarán en cuenta los casos de España, Francia y Estados Unidos y, a partir del encuadre de cada uno de estos sistemas en los modelos enunciados, se extraerán inferencias sobre las estrategias que se han adoptado en torno a los procesos de reclutamiento y selección de los empleados públicos, la organización de la carrera profesional y la administración del sistema en estos países desarrollados.

3.2. España

España fue el primer país en adoptar un estatuto general de la función pública, en 1852. Su tradición la ubica entre los países que siguen un modelo rígido de carrera administrativa, atado fuertemente al principio de legalidad y justificado en valores como la imparcialidad, el mérito y la igualdad. Al igual que en Francia, el reclutamiento de los servidores públicos se realiza básicamente por concurso para el ingreso a un sistema de carrera jerarquizado. El personal de la administración pública es seleccionado a través de un procedimiento basado en los principios de mérito y capacidad y de acuerdo con la actividad profesional que exija el cargo, de manera que la carrera se estructura mediante el ascenso por grados y categorías que se van adquiriendo de una manera progresiva a lo largo de la vida profesional (Sánchez Medero, 2011).

En la evolución histórica del sistema de carrera en España se identifica una combinación entre el sistema cerrado de carrera adminis-

trativa y el modelo de empleo. Esto quiere decir que existe personal que presta servicios retribuidos a la administración pública, en virtud de un contrato de trabajo de acuerdo con la legislación laboral. Y al mismo tiempo, están los funcionarios de carrera quienes, en virtud del nombramiento legal, están vinculados con la administración pública por una relación estatutaria regulada por el derecho administrativo, para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente (Sánchez Medero, 2011).

En cuanto a las deficiencias que se apuntan, una de ellas es que el sistema de carrera genera desincentivos, lo que repercute negativamente en la eficacia de los aparatos administrativos, pues diluyen la responsabilidad y erosionan la rendición de cuentas de las administraciones. Así:

[...] el burocratismo se asocia a que los funcionarios tienen garantías de permanencia en sus puestos, por lo que encuentran pocos incentivos para cumplir eficientemente con las tareas, ya que tienen poco castigo por el incumplimiento total o parcial de las mismas. Además, los sistemas de control externos son casi inexistentes. Y como los funcionarios tienen su puesto fijo, difícilmente se le puede despedir y, por tanto, se encuentran exentos de tener que rendir cuentas (*ídem.*).

Adicionalmente, respecto del mecanismo de selección del personal, se cuestiona que en España el reclutamiento se evalúa con base en la memorización de contenidos y que también se produce una desconexión entre el proceso selectivo y las necesidades de la organización, al delegar el reclutamiento en unos órganos de selección, en general, escasamente profesionalizados para esa función. A esto se agrega que la evaluación de desempeño se considera débil e irregularmente implantada en el sector público español y que faltan indicadores de desempeño, instrumentos para valorar competencias, técnicos especializados y directivos capacitados y comprometidos (Arenilla Sáez, 2019).

3.3. Estados Unidos

En Estados Unidos, el *Pendleton Act* de 1893 instauró el “sistema de mérito” (*merit system*), como estandarte de los principios de administración burocrática profesional, con el fin de abolir un sistema

clientelar de asignación de los empleos estatales administrado por los partidos políticos que era denominado “*spoils system*”. La sanción de la ley implicó el establecimiento de un régimen de empleo público meritocrático, con el objetivo de profesionalizar y mejorar el desempeño de la administración pública. Igualmente, la ley preveía la estructuración de la carrera administrativa y la conformación de un régimen salarial previsible. Sin embargo, la aplicación efectiva de la norma fue muy paulatina, cumpliéndose sus objetivos de profesionalización en un 86% recién durante el gobierno de Eisenhower, setenta años después.

Durante la década de 1950, a través de reformas, como la *Performance Rating Act* y la *Incentive Award Act*, se consolidó la idea de medir y evaluar el desempeño organizacional e individual en el sector público y promover su mejora, generalmente a través de incentivos de carácter monetario (Longo, 2001). En lo que respecta a la carrera administrativa, estas iniciativas apuntaron a introducir el desempeño como criterio central del progreso en la carrera. Esta tendencia se consolida con la irrupción de las ideas gerencialistas y la adopción de la nueva gerencia pública como paradigma para la reforma administrativa por parte de los gobiernos de Bill Clinton (1993-2001) y George W. Bush (2001-2009).

Clinton intentó una amplia reforma del servicio civil federal, tendiente a incorporar las ideas de la nueva gestión pública y a dotar una mayor flexibilidad al sistema. Uno de los instrumentos de reforma consistió en asignar a los directivos mayor discrecionalidad en el manejo de la política de personal y a las agencias de mayor autonomía en la clasificación de los puestos de trabajo y la definición del régimen salarial. Si bien no se logró avanzar en todos los aspectos de esta reforma, lo cierto es que se lograron reformas parciales de la regulación del servicio civil, como la evaluación y el incentivo del desempeño (Grottola, 2018).

En cuanto al sistema que rige en la actualidad, se destaca la presencia de tres sistemas de empleo público: un régimen general competitivo (*competitive service*), un régimen de excepciones al general aplicado fundamentalmente en organismos de seguridad e inteligencia (*excepted service*) y el *Senior Executive Service* (SES). El primero abarca a todos los puestos del servicio civil en el ámbito del Poder Ejecutivo

con la excepción de aquellos específicamente exceptuados, los que requieren de la confirmación de la nominación por parte del Senado y los pertenecientes al SES. El régimen de excepciones está ligado a una mayor flexibilidad en las relaciones laborales, dado que, por la especial actividad que desarrollan, cuentan con menores posibilidades de recurrir medidas disciplinarias o de desvinculación. Finalmente, en cuanto al SES, constituye un régimen diferenciado para la alta dirección, concebido como un cuadro de administradores generalistas de élite, que por los perfiles de habilidades requeridos como el proceso de reclutamiento son definidos a nivel central. El régimen incorpora incentivos salariales ligados al desempeño (Grottola, 2018).

Entre los principales problemas que presenta el modelo estadounidense, se cuestiona que el sistema de pago por desempeño no refleja en la realidad incrementos en la productividad y que su fracaso tiene que ver con que el presupuesto que se les asigna no es lo bastante generoso para volverlos atractivos entre sus potenciales beneficiarios. Y, además, otro aspecto que conspira contra su efectividad se vincula con la divergencia entre los valores y motivaciones de quienes se vuelcan a la función pública respecto de quienes se desempeñan en el ámbito privado; en muchos casos, el empleo público se concibe como una vocación de servicio más que como una búsqueda de ganancia económica. A su vez, existen dificultades para determinar el grado óptimo de discrecionalidad que debe otorgarse a los directivos para evaluar a sus subordinados (Grottola, 2018).

3.4. Francia

El reclutamiento por concurso es también típico del modelo francés, en donde se exige previamente un número de vacantes disponibles, un tribunal independiente del poder político, una clasificación de los postulantes por orden de mérito y la obligación de la autoridad de respetar esa clasificación. Lo más característico de este modelo es la existencia de escuelas de formación especializada de funcionarios, de las que se recluta el personal de la administración. Asimismo, la formación específica se complementa con un riguroso y exigente sistema de oposiciones o concursos orientados a seleccionar a los mejores de acuerdo con la función que exija cada cargo.

La relevancia que se le asigna al concurso en Francia también se combina con un sistema de carrera, basado en el diseño jerarquizado de los empleos públicos y organizado en cuerpos. De esta manera, en cada cuerpo se agrupan funcionarios que desarrollan empleos propios de su área de formación profesional (Longo, 2001). Todos los miembros del cuerpo tienen igualdad de oportunidades para acceder a las categorías o grados superiores, e incluso, sin que se produzca un ascenso, hay posibilidad de obtener una promoción de carácter económico en reconocimiento del tiempo de servicio prestado y la fidelidad hacia la administración, pues se parte de la presunción de que el paso del tiempo implica un incremento en las cargas familiares y personales del funcionario. También cabe la posibilidad de que se otorgue un ascenso sin tener en cuenta el tiempo de prestación, sino los méritos especiales. No es posible soslayar que en Francia existe discrecionalidad en el nombramiento de cargos directivos, que están sujetas a limitaciones básicamente presupuestarias (Longo, 2001).

Según explica Parada (2007):

[...] la rigidez que el sistema de carrera ha generado sobre el conjunto de la función pública francesa —bien porque las necesidades de personal son superiores a los funcionarios que proporciona el sistema de selección, bien porque hay puestos o necesidades que no encuentran el funcionario o el cuerpo adecuado para su desempeño— se ha compensado mediante la contratación de personal externo". Este tipo de contratos temporales se rigen por el derecho administrativo, con reglas muy parecidas a las del régimen de función pública, pero sin derecho alguno a la estabilidad, "lo cual ha creado innumerables tensiones y forzado procesos de 'titularización', es decir, la conversión de '*les contractuells*' en funcionarios de carrera.

Esta es, sin duda, una de las principales debilidades del sistema francés.

3.5. Tendencias en los sistemas de carrera administrativa en países no latinoamericanos

De acuerdo con las características reseñadas respecto de cada uno de los países seleccionados para este análisis, y teniendo en cuenta la clasificación de Pollitt y Bouckaert, así como la de los modelos de

servicio civil ya mencionadas al comienzo de este apartado, se puede extraer que el servicio civil, tanto en España como en Francia, sigue un modelo de estructura cerrada, basado en la ley y en el sistema de carrera. En ambos, se le asigna un rol fundamental a la carrera administrativa con unos mecanismos de reclutamiento, formación, ascensos y promociones estructurados con base en el mérito y diferenciados del poder político. De su parte, el modelo norteamericano cuenta en su base con una estructura diferente, pues el poder político ejerce una influencia muy poderosa sobre la burocracia federal (Ferraro, 2009), y aunque existen requerimientos relacionados con el mérito y la experiencia para acceder a cargos públicos, no hay un sistema de carrera cerrado y cada agencia gubernamental define el criterio para la selección y las promociones. Además, la amplia descentralización de este sistema hace que el régimen del personal del servicio civil sea ampliamente heterogéneo y mucho más flexible que en un sistema cerrado como el europeo, lo que se advierte por el amplio influjo que tuvo la corriente de la Nueva Gerencia Pública en este país.

Evidentemente, en cada país se toman elementos de los dos modelos de servicio civil y, en general, en todos los casos, los países desarrollados han producido reformas y ajustes para incorporar modalidades flexibles, como la contratación temporal. Claro está, que el nivel de intensidad con el que se producen estas reformas oscila entre un mayor acercamiento a las nociones de uno u otro sistema, ya sea estimulando la flexibilidad o la meritocracia. En todo caso, en este aspecto, se ha detectado que la mayor parte de los países desarrollados transitan en sus reformas desde modelos meritocráticos hacia modelos administrativos y/o de rendición de cuentas. Los modelos administrativos serían aquellos que pretenden atenuar la rigidez y fomentar ciertos esquemas de descentralización, para estimular la eficiencia, mientras que los modelos de rendición de cuentas le apuestan al control ciudadano y de los poderes legislativo y judicial, sobre los funcionarios públicos (Heredia, 2002).

Ahora bien, es notorio que el aparato burocrático profesional del Estado en países desarrollados, en teoría, tiende a diferenciarse del poder político y dicha independencia se concibe como una garantía contra ciertas prácticas asociadas con el clientelismo o la corrupción. Sin embargo, en la realidad, las prácticas contrarias al buen gobierno también

se hacen presentes y ello tiene que ver con que los sistemas burocráticos también presentan fisuras en su diseño. En España, por ejemplo, solamente los funcionarios de carrera acceden a sus puestos con base en evaluaciones y criterios de mérito, pero esa no es la única categoría de empleados públicos, ya que aproximadamente casi el 30% del personal queda excluido de la categoría “funcionario de carrera”. A esto se suma que “la politización en España se cuele por las innumerables rendijas de las que disponen los partidos políticos (y las conexiones que ellos crean), tanto para influir en quien ocupa un puesto en la estructura político-administrativa del ejecutivo español, como en otros órganos u entidades de naturaleza semipública” (Masedo, 2016).

En Francia también se advierte un grado de politización de los servicios civiles, que se atribuye a la polarización generada por la alternancia en el gobierno dos partidos políticos. También los ministros acostumbran a contratar discrecionalmente a un amplio número de colaboradores políticos o personales, pues se deja a discreción del gobierno de turno una cantidad de puestos gerenciales que pueden ser ocupados discrecionalmente (Cardona Peretó, 2006). Es decir, aun en estos sistemas altamente organizados sobre la base de la carrera administrativa, se advierten ciertos niveles de politización.

En cuanto a EE.UU., caracterizado por un modelo más flexible y descentralizado, también se observa una amplia incidencia y control del poder político sobre la administración pública, lo que se comprueba con las teorías que han analizado, en el nivel federal, la amplia hegemonía o predominio del Congreso sobre el gobierno (Ferraro, 2009).

De esta manera, se puede apreciar que los países desarrollados han realizado ajustes y procesos de reforma a sus sistemas de servicio civil, orientándose a fortalecer la eficacia, la transparencia y la flexibilidad en la gestión pública. Sin embargo, queda demostrado que no hay soluciones mágicas y que la politización es un fenómeno que les afecta, aunque la relación entre política y burocracia en estos países no es tan problemática como la que se presenta en América Latina. En este sentido, Oszlak (2006) subraya que hay prácticas, como el nepotismo o la corrupción, que “son parte de ciertas culturas, o quizás aparecen con más frecuencia en ciertos ambientes culturales que en otros”.

Finalmente, cabe destacar, que, si bien el fenómeno del crimen organizado transnacional se ha extendido también en los países desarrollados (de manera que como Barras (2014) advierte a nivel europeo “está evolucionando con rapidez, principalmente como consecuencia de la ampliación de la Unión Europea, la apertura de fronteras entre los Estados miembros, el aumento de intercambios entre los países de Europa Central y del Este y el incremento de comunidades extranjeras en los diferentes Estados”), la relación entre crimen organizado y servicio civil no es todavía parte de las regulaciones sobre la función pública existentes en España, Francia y EE.UU. Desde luego, hay estrategias para contener este fenómeno, pero hasta el momento las mismas se han concentrado en el ámbito de la seguridad, y aún no se evidencia un abordaje desde el ámbito de la organización del servicio civil.

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS

4.1. Primera aproximación

La evolución del empleo público en la región demuestra distintas experiencias, caracterizadas en su mayoría por la importancia que se le ha dado al tema en las últimas décadas. De acuerdo con los informes que sobre la materia ha elaborado el BID, los países pueden ser clasificados en tres niveles de desarrollo del servicio civil. En primer lugar, en el nivel de bajo desarrollo se ubican países como Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana. Aunque con distintos grados de intensidad, en general en estos países se evidencia “alta discrecionalidad en las decisiones de gestión de recursos humanos, muy reducida o inexistente presencia del mérito, severas dificultades para atraer y retener personal y escasa coherencia estratégica general. Aunque tienen algunos instrumentos normativos y técnicos de gestión de recursos humanos, presentan nula o muy acotada implementación” (Iacoviello & Chudnovsky, 2015).

En segundo lugar, dentro del grupo de países de desarrollo medio, encontramos a Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Uruguay, que han avanzado en el desarrollo de sistemas de carrera, en

la incorporación de procesos de selección basados en el criterio de mérito y que:

[...] a diferencia del grupo anterior, las políticas de recursos humanos muestran aplicación real en una porción variable pero visible de la administración pública y se apoyan en instrumentos normativos y técnicos aceptados por las entidades. Sin embargo, al no tener una aplicación generalizada, es posible encontrar fragmentos del aparato público donde siguen rigiendo dinámicas más típicas del primer conjunto de países (Iacoviello & Strazza, 2014).

Por último, en el nivel más alto de sistemas profesionales se ubican Brasil y Chile, en los que el sistema de mérito se encuentra más consolidado, con instituciones de control que se dedican a la profesionalización del empleo público (Iacoviello & Chudnovsky, 2015). Si bien los sistemas de ambos países presentan notables diferencias (Brasil se ha dedicado a consolidar un modelo meritocrático bajo la lógica weberiana clásica, mientras que Chile se ha orientado a unas reformas de empleo público más flexibles basada en la incorporación de incentivos por rendimientos), lo cierto es que las prácticas que han aplicado se asocian con burocracias más profesionales y avanzadas. Esto no significa, sin embargo, que no se den prácticas y trayectorias que debilitan ambos sistemas de alta profesionalización, por lo que todavía tienen desafíos importantes por delante.

De acuerdo con esta clasificación, se describirán a continuación los casos que se presentan con más éxito en la región (Brasil y Chile), dos casos del nivel intermedio (Argentina y México), y un caso del nivel inferior (Perú) con el fin de extraer lineamientos que, a partir de las distintas experiencias, puedan contribuir a establecer un panorama sobre la situación del servicio civil en la región, tanto en cuanto a las fortalezas como a los puntos débiles que se pueden definir de su lectura. Además, se reflexionará sobre la posibilidad de aplicar en estos países la misma clasificación, entre sistemas de servicio civil cerrados y abiertos, que se ha utilizado para analizar a los países desarrollados.

4.2. *Sistemas latinoamericanos con un mayor nivel de profesionalización en la carrera administrativa*

4.2.1. Brasil

El caso brasilero se presenta por organismos internacionales como el BID como un modelo de profesionalización del servicio civil en Latinoamérica, en el sentido de que se ajusta fuertemente al modelo burocrático tradicional (BID, 2006). Bajo los parámetros definidos por Rauch & Evans (1999) en torno a la llamada “escala weberiana”, Brasil se ubica en los primeros puestos, sobre todo por haber sido el primero en adoptar el sistema de cuerpos permanentes en la administración pública. Sin embargo, aun cuando tenga una destacada posición en tales análisis, lo cierto es que al mismo tiempo se afirma que “el modelo está inacabado, habiendo convivido siempre con otras formas de ingreso y permanencia en los cuadros de personal: interinos, extranumerarios, otras formas de vínculo precario, aparte de los cargos de libre nombramiento. La explicación habitual remite a la politización del sistema público por medio del clientelismo y del poder de nombramiento utilizado por los gobernantes como moneda de cambio en el juego político-partidista” (Ramió, 2008).

El régimen brasilero se basa en dos instrumentos: el concurso público y la organización de carreras de acuerdo con la formación profesional. La noción del mérito se vincula exclusivamente con el concurso público, como garantía de igualdad y como sinónimo de evaluación de desempeño, pero esta estrechez en el concepto es cuestionada por quienes creen que limitarse a esa noción restringe el análisis a la valoración del conocimiento formal, perdiendo de vista otras competencias o habilidades prácticas (Pacheco, 2008). Por otro lado, en la estructura federal de Brasil, si bien no se registra un porcentaje elevado de cargos por designación, lo que preocupa es que el margen de discrecionalidad se activa para el nombramiento de cargos de coordinación, gerencia y dirección, lo cual “abre una serie de posibilidades de utilización de criterios políticos, que pueden usarse con mayor o menor ímpetu por el gobierno con miras a adaptar sus intereses político-partidistas, o incluso como instrumento de cooptación” (Pacheco, 2008). Estos matices generan patologías

en un sistema que navega entre la formalidad normativa y la realidad política.

En los análisis más recientes, se destaca que Brasil ha avanzado en dos sentidos:

[...] una mayor tecnificación de las plantas y la prevención de prácticas de nepotismo. El aumento de la cantidad de postulantes en los concursos, asociado a la oferta de salarios más atractivos y la creación de nuevas carreras para proveer cuadros técnicos calificados, han contribuido a aumentar el nivel educativo de las dotaciones no jerárquicas (Llano, 2014).

Este escenario convive con el de un amplio margen de discrecionalidad en la designación de puestos directivos y un creciente peso de los niveles de alto rango sobre la totalidad de empleo público. De manera que, aunque el tema haya ocupado un lugar prioritario en la agenda pública, las prácticas políticas limitan las posibilidades de que el modelo funcione plenamente.

Cabe igualmente señalar que, en términos de corrupción, si bien es ampliamente conocido que Brasil padece conflictos graves en este tema, que no conducen a primera vista con un servicio civil desarrollado, lo cierto es que la corrupción en este país se define como esencialmente política. Villoria describe que “Brasil es el país que, si se analiza en detalle, mejor demuestra que un SCC, aunque sea en el nivel federal, es una barrera eficaz contra la marea de la corrupción sistémica” (Villoria, 2008). En consecuencia, según este autor, Brasil ha logrado mantener un sistema burocrático eficaz y honesto a nivel federal, que lo aleja del riesgo de corrupción sistémica que padecen otros países de la región.

4.2.2. Chile

En Chile, el desarrollo de la carrera administrativa, además de estar determinado por el sistema de reclutamiento basado en el mérito, también apunta conceptualmente al logro de la transparencia y la participación. Así, superando el modelo burocrático tradicional, ha introducido tres instrumentos clave con énfasis gerencialista: la profesionalización del servicio público, la creación de la Dirección

Nacional del Servicio Civil y el establecimiento del Sistema de Alta Dirección Pública. Este último se dirige “contar con directivos que posean competencias y capacidades relacionadas con el pensamiento estratégico, el liderazgo, el desarrollo de equipos profesionales y técnicos de alto nivel y el compromiso con las políticas públicas” (Lavanderos & Silva, 2008).

Una de las fortalezas del modelo chileno es que, progresivamente, ha ido implementando un mecanismo de reclutamiento y selección de los altos directivos públicos que parte de una preselección de candidatos idóneos para los cargos de primer y segundo nivel jerárquico. Esto implica que, a medida que se van despejando vacantes en esos niveles, los cargos deben ser provistos por medio de concursos públicos y según criterios de competencia profesional, de capacidad directiva y de probidad. Entre las garantías que promueve este sistema se puede destacar que los altos directivos deben desempeñarse con dedicación exclusiva, que los nombramientos duran tres años renovables por dos periodos de acuerdo a una evaluación y que están obligados a suscribir un convenio de desempeño que se refleja en sus remuneraciones.

En definitiva, este modelo que funciona desde el año 2003, tiene por objeto seleccionar directivos de primer y segundo nivel jerárquico en el sector público según perfiles propuestos por la autoridad y aprobados por el Consejo de Alta Dirección Pública, que incorporen competencias básicas que buscan asegurar el desempeño de los gerentes públicos, lo que se apoya en convenios y programas que soportan su gestión. Precisamente, este sistema ha sido considerado por organismos internacionales, “uno de los aspectos más relevantes y modernizadores de la administración pública chilena, ya que obliga a un cambio profundo en la cultura política y funcionaria que había imperado hasta la fecha de su conformación” (Lavanderos & Silva, 2008).

En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, se destacan ciertos desafíos pendientes para este país en la materia, en orden al perfeccionamiento de la estrategia apuntada y, sobre todo, a no descuidar los segmentos no directivos. En este nivel, se cuestiona “[l]a progresiva expansión del sistema de empleo (*vía contrata*) en detrimento del sistema de carrera” (Llano, 2016). Por ello, es necesario adoptar

medidas que permita ajustar esta tendencia con el sistema de méritos, con el fin de lograr un adecuado equilibrio en los principios que orientan el servicio civil.

4.3. Sistemas latinoamericanos con un nivel intermedio de profesionalización en la carrera administrativa

4.3.1. Argentina

Entre los países de un nivel intermedio en la profesionalización de la carrera administrativa se encuentra Argentina. A tono con las corrientes reformadoras del Estado en la década de 1990, en Argentina se impulsó en el año 1991 un sistema de carrera profesional llamado Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA), que tuvo como finalidad lograr un escalafón general basado en criterios meritocráticos. Sin embargo, este sistema no solamente adoleció de ciertas falencias propias de su diseño (por ejemplo, solo cubre solo una cuarta parte de la población de empleados de la administración pública nacional), sino que además la influencia del entorno político impidió la consolidación de un servicio civil profesionalizado (Ferraro, 2006).

Dentro de la burocracia federal argentina, una de las formas en que se verifica la influencia política es a través de la estructura del nivel gerencial, ya que los funcionarios de carrera rara vez asumen posiciones de autoridad. Esta es una realidad que condiciona enormemente cualquier tipo de implementación de un sistema profesional. Adicionalmente, un hecho histórico marcó el estilo de la gestión pública a partir de la década de 1990, pues la salida de un régimen de gobierno dictatorial determinó la creación de estructuras burocráticas paralelas, por la sospecha de falta de lealtad por parte de los funcionarios permanentes (Ferraro, 2006). Esta coyuntura provocó la proliferación de contratos temporales que desvirtuaron la consolidación de un servicio civil estable y profesional y generó una situación en la que, por un lado, “no se obtienen mejoras en el rendimiento porque los contratos son tan provisorios que no se pueden plantear objetivos de trabajo razonables, y por otro lado no se puede garantizar la autonomía de criterio de la persona contratada en el marco

de la permanente dependencia por la renovación de su contrato” (Iacovello & Tomassi, 2002).

El crecimiento exponencial de la planta de personal que accedía por vía discrecional se incrementó aún más a partir del año 2000, cuando “fue sancionada una ley por la cual se facultaba al Poder Ejecutivo a dejar sin efecto por razones de servicio la asignación de funciones ejecutivas, gerenciales o equivalentes cuyos titulares gozaran de estabilidad”. De este modo, el servicio civil de carrera queda relegado cuando se trata de los niveles gerenciales, mientras que, en los niveles medios e inferiores, reina la discrecionalidad en la designación a través de modalidades contractuales temporales. Ambos fenómenos no solo no se han revertido desde aquella reforma, sino que se han expandido en el tiempo.

Iacovello & Llano (2017) reflejan la gravedad de esta situación al afirmar que “[d]esde el año 2004 hasta el 2014 estas modalidades contractuales aumentaron un 260% y su peso sobre el empleo estable pasó de representar el 20,3% al 57,3% en dicho período, sobrepasando el 15% previsto por la normativa vigente”. Además, las designaciones provisionales y excepcionales se transformaron en la regla para la cobertura de los puestos directivos. En este nivel, el 93% de los directores nacionales y generales estaba designado transitoriamente en diciembre de 2018, y un 80% se encontraba exceptuado de los requisitos profesionales establecidos por la normativa vigente (Diéguez, Rubio, & Zuvanic, 2019).

En conclusión, como explica Bonifacio (2020), el sistema de carrera administrativa se desarrolló de manera intermitente durante la primera década, luego fue suprimido en la siguiente década y, en la tercera con los últimos gobiernos, tuvo una rehabilitación parcial con el mantenimiento formal de los rasgos esenciales de las reglas de juego de una función pública profesional. Como en el resto de la región, las dificultades de la implementación derivan de las presiones políticas que se resisten a ceder sus intereses en un terreno de juego que les resulta provechoso para afianzar las prácticas de clientelismo y corrupción. En todos los niveles de la estructura federal, las administraciones públicas en Argentina no han logrado mantener sus intentos por profesionalizar el empleo público de manera perdurable.

4.3.2. México

Como sucede en casi todos los países de la región, en México el aparato administrativo ha sido desde siempre un área de disputa para el poder político. Pero una de las particularidades de este caso es que durante muchos años ni siquiera hubo avances en la consolidación del modelo de gestión burocrático, “lo que se corrobora justamente con el hecho de que no se logró poner en marcha un sistema centralizado de servicio civil de carrera” (Pardo, 2006). Obviamente, esto generó un escenario muy fértil para la corrupción, la ineficiencia, la escasa rendición de cuentas y los abusos de poder. Fue recién en el año 2003 que se logró un consenso político en la necesidad de realizar una reforma al régimen de empleo público a través de una Ley del Servicio Profesional de Carrera.

Si bien el dictado de esta norma representa un importante paso en la consolidación de un servicio civil profesionalizado, basado en los principios de mérito, eficiencia y responsabilidad, la realidad es que su implementación estuvo acompañada de varias reformas y cambios normativos que fueron flexibilizando el modelo inicial. Una de las falencias más notorias en el sistema tiene que ver con el artículo 34 de la Ley del Servicio Profesional de Carrera, según el cual, se pueden hacer nombramientos provisionales sin necesidad de concurso por motivos excepcionales cuando peligre o se altere el orden social, los servicios públicos, la salubridad o el ambiente en alguna zona o región del país. Como Strazza (2014) explica, “se comenzó a hacer un uso recurrente y distorsionado del artículo 34, lo que llevó al crecimiento exponencial de los nombramientos sin los justificativos de excepcionalidad requeridos e incluso sin respetar necesariamente las limitaciones temporales”.

Pero no solo eso, sino que además se verifica una utilización frecuente de la capacidad de veto del superior inmediato, que “se utiliza para bloquear la llegada de postulantes no preferidos y allanarle el camino a los priorizados” (Strazza, 2014). Sin dudas, esto no solamente incide en la efectividad del sistema de méritos, sino que además es un desincentivo para la presentación de candidatos. A esto hay que añadir que, cuando se trata de empleados de base, se efectúan los nombramientos directos, sin concurso y bajo la lógica de la negociación política.

4.4. Sistemas latinoamericanos con un menor nivel de profesionalización en la carrera administrativa: Perú

La trayectoria del servicio civil en Perú ha sido más lenta en el proceso de avanzar hacia un sistema profesionalizado y basado en el mérito. Como parte de la tendencia que se vivió en la región en la década de 1990, Perú encaró entonces un proceso de reducción del aparato administrativo, fomentó la contratación flexible e implementó una Ley de Modernización. Si bien hubo intentos normativos por regularizar el sistema de carrera de los servidores públicos (institución de raigambre constitucional), en realidad no llegaron a producirse cambios relevantes. Esta es la explicación por la cual, en las mediciones efectuadas para el período 2011-2013, Perú hacía parte del grupo de Estados con un bajo desarrollo de acuerdo con el Índice de Desarrollo del Servicio Civil (Cortázar Velarde et al., 2014).

En este contexto, en 2008 se lanzaron una serie de decretos legislativos con el fin de fortalecer la institucionalidad del servicio civil y de profesionalizar el segmento directivo del empleo público. Estas medidas dieron cauce a una reforma legislativa que se concretó en 2013 y fue aprobada como Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, poniendo el foco en la meritocracia del servicio civil como parte esencial de la modernización (Iacovello, 2015). De esta manera, sólo a partir de 2013 comenzó el tránsito hacia un modelo de carrera administrativa consolidada en Perú, a través de distintas entidades que regulan y controlan el sistema.

Al igual que en los países ya analizados, en Perú también se advierte el predominio de la cobertura discrecional de los puestos en el sector público. Sin embargo, una de las notas positivas que se pueden advertir en este país es la instrumentalización de un Cuerpo de Gerentes Públicos, con el ánimo de profesionalizar el sector directivo. En suma, en los últimos años hubo avances notables a partir la legislación aprobada en 2013, que establece un marco para mejorar las garantías contra la politización de las decisiones de recursos humanos, aunque la realidad es que todavía se encuentra en una etapa preliminar de implementación y maduración (Iacovello, 2015).

4.5. *Análisis comparado*

Luego de haber realizado una reseña de las principales características de los distintos sistemas nacionales de servicio civil en la región latinoamericana, es posible identificar que las reformas a las administraciones públicas durante la década de 1990 se concentraron en introducir los supuestos teóricos que plantean la idea de que la administración pública debe estar integrada por un cuerpo profesional permanente seleccionado con base en el criterio del mérito. Esta premisa, combinada con estrategias de contratación flexible, tuvo gran difusión a nivel normativo en Latinoamérica. La lógica de estas reformas estuvo, en la mayor parte de los casos, acompañada por disposiciones constitucionales que surgieron luego de procesos de reforma a partir de la tercera ola democratizadora, incorporando instituciones y principios dirigidos a fortalecer el servicio público y una cultura profesional en las estructuras estatales.

No cabe duda de que la profesionalización del empleo público constituye en una de las variables más importantes para la reducción de la corrupción (Dahlström, 2012). Implica que los servidores públicos posean una serie de atributos como el mérito, la capacidad, la vocación de servicio, la eficacia en el desempeño de su función, la responsabilidad, la honestidad y la adhesión a los principios y valores de la democracia (CLAD, 2003). Sin embargo, también es cierto que los procesos de profesionalización del empleo público, como todos los que se implementan en el sector público en general, deben atender la coyuntura y la realidad en la que van a operar.

En este sentido, no podemos olvidar que las interacciones entre el poder político y la administración son muy cercanas, y el clientelismo y la politización en el ingreso a los cargos públicos son moneda corriente. Esto significa que los sistemas basados en el mérito como factor de reclutamiento funcionan a medias, entre la rigidez normativa de un sistema profesional de carrera que se choca en la realidad con prácticas flexibles mal utilizadas. Con distintas intensidades, y algunos buenos ejemplos (como en el caso de Brasil y Chile), los modelos de función pública en América Latina comparten rasgos propios de su cultura social y política, por lo que conservan todavía muchos retos en orden a superar los logros alcanzados a nivel jurídi-

co formal, requiriéndose en particular una transformación en las relaciones que se establecen entre el sector político y la administración, porque como están actualmente dadas se permiten juegos de poder que erosionan los sistemas democráticos y hacen más proclive el mal gobierno y la corrupción.

Por esta razón, cuando analizamos el posible encuadre de los sistemas latinoamericanos analizados dentro de los modelos de estructura abierta o cerrada, es claro que en la región no se han consolidado todavía administraciones públicas profesionales. Hay una tendencia manifiesta en orden a establecer carreras administrativas orientadas por el criterio del mérito y la igualdad, lo que ubicaría a estos sistemas dentro del modelo cerrado. Y, a la vez, hay avances en punto a la combinación de estos factores con elementos más flexibles que garanticen mayor eficiencia, eficacia y adaptabilidad. El problema no es que en estos países no se haya avanzado, sino que se hace de manera distorsionada. Si bien existen reglas que imponen criterios estrictos de selección por mérito, en la realidad la contratación de buena parte de los cargos se realiza por criterios de clientelismo político o favoritismo personal (Ferraro, 2009). Al final, las reformas orientadas a incluir mayor flexibilidad, que han demostrado ser eficientes en otros contextos, se convierten en excusas para reproducir prácticas clientelistas, y se pierde el norte de consolidar sistemas burocráticos profesionales.

En este sentido, es importante considerar que tanto en los países latinoamericanos como no latinoamericanos que son parte de este estudio, se han diseñado e instrumentado herramientas que permiten, a partir de la premisa de la profesionalización del empleo público, disminuir las prácticas clientelares, la corrupción y la politización de la administración. Estos ajustes, alineados con los estándares creados por el BID y los principios y fundamentos de la CIFP, se intentan combinar con una perspectiva más pragmática de la gestión pública que incluye, por ejemplo, formas de contratación más flexibles y remuneraciones por rendimientos, emulando las formas de la gestión privada.

Ahora bien, para que este esquema funcione y para que estas dos lógicas se combinen adecuadamente, deben existir unos cimientos sólidos en torno a la honestidad y a una cultura de la profesionaliza-

ción en la administración pública. De lo contrario, las aparentes virtudes de las reformas que pretenden modernizar la burocracia estatal se transforman en instrumentos contraproducentes, pues permiten que se reproduzcan ciertos fenómenos que ya están instalados en la cultura política e institucional. Es una realidad que la administración pública funciona como nicho para generar redes clientelares y que, si bien se hacen grandes esfuerzos a nivel normativo para establecer sistemas profesionales de carrera administrativa, los intereses políticos se imponen e impiden que estas reformas puedan tener efectos reales y persistentes.

Los países de la región latinoamericana tienen por delante el desafío de profundizar la profesionalización de su servicio civil. La evidencia muestra que, si bien el sector público en estos países tiende a ser comparativamente pequeño (12,3% del empleo total en comparación con el 21,2% en países de la OCDE) (OCDE, 2020), el criterio del mérito no es el indicador prevalente. Además, hay una gran masa de funcionarios que son designados con total discrecionalidad, en función de sus afinidades políticas. En definitiva, no es más que la politización de la administración, que tiene por efecto la alta rotación de personal, sujeta a los ciclos políticos, la utilización de las instituciones públicas para fines políticos, con el menoscabo que ello produce en la continuidad y sostenibilidad de las políticas y los programas. Si bien esta misma dinámica también se da en países como España, Francia y EE.UU., se produce en una escala mucho menor.

Finalmente, esto se conecta con las prácticas de corrupción, pues si hay algo que se encuentra demostrado es que la falta de un servicio civil profesionalizado y de calidad es causa directa de este fenómeno (Villoria, 2008). La exposición a estas prácticas vuelve a las comunidades más proclives a violar la ley, lo que genera un caldo de cultivo para el surgimiento y consolidación del crimen organizado. Para que estas organizaciones criminales funcionen tiene que darse una serie de condiciones que permiten su asentamiento y por ello es que:

[l]as fortalezas de estas organizaciones criminales, se sustentan en la capacidad económica producto de la actividad ilícita; lo que les proporciona esquemas de protección, grupos de justicia privada, utilización de tecnología punta en la cadena de valor del negocio (producción, distribución y comercialización, lavado de activos), la penetración de las entidades en la modalidad de corrupción y la inserción

de dinero ilícito en la base primaria de la economía local y regional a través de la figura de testaferros (AMERIPOL, 2013).

La profesionalización de la administración requiere cambios rotundos a nivel ético y cultural. La consolidación de sistemas profesionalizados implica que, necesariamente, se deban generar arreglos institucionales que impidan el solapamiento y las fricciones indebidas entre el sector político y el administrativo. Pero, además, resulta vital un cambio de mentalidad acerca de las funciones y el papel que cumple la burocracia, en el sentido de reconocer que no deben funcionar como apéndice del poder político. Una de las recetas que funciona para lograrlo, es poner suficiente atención en los cargos directivos, proponiendo modelos de profesionalización que especialmente se ocupen de este nivel. El ejemplo de Chile, en este aspecto, refleja que cuando existen reglas claras en cuanto a la profesionalización, el mérito y la capacidad en los niveles de mayor responsabilidad, es más fácil establecer límites a las interacciones entre política y burocracia, favoreciendo el desempeño institucional y generando incentivos adecuados para que estos espacios no se confundan. Con mayor alcance, los resultados se ven en los bajos índices de corrupción que tiene este país con relación a casi todos los de la región.

Según sostiene Rebollo (2015), en Chile:

[l]a implementación del Sistema de Alta Dirección Pública como sistema de gestión de recursos humanos de la gerencia pública, ha logrado desarrollar un nivel directivo independiente del conjunto de la carrera funcionaria, y distinto del nivel de confianza política, obteniendo así un adecuado equilibrio entre los criterios técnicos y políticos en la conformación de su gerencia pública.

El grado de autonomía de la burocracia respecto del poder político se mide a través de un índice de mérito, “que evalúa el grado en que existen garantías efectivas de profesionalidad en el servicio civil y el grado de protección efectiva de los funcionarios frente a la arbitrariedad, la politización y la búsqueda de rentas” (Echebarría, 2008). Brasil y Chile lideran este índice.

Definitivamente, además de poner el foco en los niveles directivos, un sistema de carrera profesionalizado implica:

[...] una burocracia seleccionada de acuerdo con los principios de igualdad y mérito, y que trabaja con una serie de garantías que tratan de otorgarle independencia de juicio y de acción para la defensa de los valores superiores del ordenamiento jurídico, en especial la garantía de la permanencia en el empleo, salvo supuestos jurídicamente previstos y tipificados de responsabilidad que podrían, tras el justo y adecuado proceso, finalizar con la expulsión de la carrera o separación del servicio (Echebarría, 2008).

Esto es esencial, pues el alcance del mérito no debe ser acotado al proceso de selección, sino que debe extenderse a garantías durante el desempeño del cargo, que protejan efectivamente frente a la arbitrariedad, la politización y los riesgos de corrupción.

Asimismo, para que los sistemas de carrera basados en el mérito funcionen es imprescindible que exista una verdadera voluntad política en su implantación. Latinoamérica se caracteriza, en su generalidad, por demostrar que los sistemas de carrera basados en el mérito hacen parte de la agenda política regional, que existe conciencia frente a este tema y que hay claridad respecto de que la profesionalización del sector público es una meta concreta. No obstante, la intención reformadora no alcanza, porque, además del diseño jurídico, hace falta motivación política para lograrlo. Como sostienen Salvador & Ramió (2008):

[m]ientras que las declaraciones ofrecen ‘ganancias’ inmediatas para los gobiernos impulsores, su operativización y puesta en práctica puede comportar altos costes políticos, difíciles de administrar en sistemas caracterizados por la inestabilidad y la visión a corto plazo. Contrasta así un nivel formal, de discurso modernizador, adaptado a los referentes internacionales y a aquello que se considera apropiado, con una práctica ‘desacoplada’, distinta a lo formalmente definido.

Entre las garantías necesarias para que el desarrollo de la carrera administrativa apunte a un desempeño efectivo, también se encuentra la cuestión salarial. Para Echebarría (2008), “[e]l sistema salarial contiene potencialmente los incentivos para promover la permanencia en la organización, la asunción de responsabilidades, el desarrollo de competencias y el ajuste entre los objetivos individuales y organizacionales”. El diagnóstico en este aspecto también nos orienta a mirar a Brasil y a Chile, que reflejan sistemas ordenados de gestión salarial, con relativa equidad y procesos para mejorar la competi-

vidad salarial, así como evaluaciones que relacionan el desempeño individual con el grupal o institucional. En Brasil, por ejemplo, se aplica la gratificación por desempeño a efectos de la remuneración, sin que haya una relación directa con la evolución en la carrera, ya que las promociones continúan realizándose en gran medida por tiempo de servicio (antigüedad) (Pacheco, 2008). En cambio, en países como Colombia o México, se observan situaciones de inequidad interna y problemas de competitividad salarial en los niveles gerenciales (Echebarría, 2008).

Respecto del dilema entre el mérito y la flexibilidad, en el sentido de que un sistema rígidamente meritocrático puede constituir una traba a la flexibilidad que demanda la política, hay autores que plantean que un objetivo no desplaza al otro y que es posible la instauración de herramientas flexibles combinadas con el sistema de mérito (Longo, 2001). Otros, desde una visión más ortodoxa, plantean que el éxito de las medidas de flexibilidad depende de la consolidación previa de un adecuado sistema de mérito (Ferraro, 2009). El riesgo que se puede advertir en cuanto a la utilización en simultáneo de instrumentos asociados con el mérito y la flexibilidad, consiste en que la adopción de ciertas soluciones que funcionan en países desarrollados, no necesariamente sean adaptables y funcionales a los países latinoamericanos, que todavía en la materia evidencian cierto grado de inmadurez. El modelo que plantean Longo y Ramió se basa en (a) la institucionalización sólida de los mecanismos de acceso, carrera y permanencia; (b) la creación simultánea de mecanismos flexibles que faciliten la llegada de los mejores profesionales; y (c) la utilización de herramientas como la evaluación de desempeño, la gestión por competencias y las retribuciones variables (Longo, 2001; Salvador & Ramió, 2008). En suma, la combinación de mérito y flexibilidad no deja de ser un asunto delicado que cada Estado debe evaluar cuidadosamente.

Martínez Puón (2013), al pensar en ideas para Latinoamérica, sugiere “la identificación de roles y niveles de responsabilidad que le corresponde realizar tanto a los políticos como a los servidores públicos”, en tanto la definición de esos espacios, establecidos en acuerdos, permitiría clarificar el ámbito de actuación de los funcionarios y con ellos fortalecer la función pública profesional. Pese a que esto suene

un tanto irreal en la práctica, lo cierto es que no hay que perder de vista que las reformas en materia de profesionalización del empleo público exigen largos períodos de diseño, maduración, ejecución e institucionalización que trascienden un ciclo electoral ordinario, y que por tanto para sostenerse deben alejarse del cortoplacismo que caracteriza a nuestros actores políticos.

Finalmente, en cuanto a los aprendizajes que se pueden extraer de las experiencias internacionales, cabe decir que indudablemente se observa que en los modelos de países desarrollados se han combinado estrategias de sistemas de carrera rígidos, al estilo weberiano, junto con otros instrumentos de flexibilidad en el empleo, que provienen de las reformas impulsadas por la lógica del *management* y que han permitido otras modalidades laborales en el sector público. Las mismas reformas se han dado en América Latina, aunque, desde luego, en entornos políticos más problemáticos. Como resultado, mientras en nuestra región ha dado lugar a cuestionamientos por la inestabilidad que generan estas modalidades más flexibles utilizadas a gran escala, desde otra perspectiva se ha advertido que el empleo contractual no necesariamente ofrece más flexibilidad que el estatutario:

ya que ambos pueden acabar gozando de la misma estabilidad y protección, y de las mismas condiciones salariales y de trabajo. La experiencia de España, en cuyas administraciones existe un numeroso empleo contractual, sujeto al derecho laboral, permitiría suscribir esta tendencia (Longo, 2001).

Las diferencias que se pueden advertir en distintos tipos de modelos nos brindan luz sobre los posibles matices que pueden tener las reformas que apuntan a un mejor desarrollo de la carrera administrativa. En Francia, se destaca el papel central que se le asigna a los procesos de selección y la relevancia de valores como la regularidad y la permanencia que prevalecen sobre otros criterios más flexibles, de adaptación al cambio. Sobre esto, tiene indudable influencia la trascendente posición que ocupan los sindicatos en este país. En Estados Unidos es más notorio, en cambio, el paradigma de la flexibilidad y también la forma en que el Congreso participa en la dirección operativa de la burocracia pública, teniendo incluso mayor influencia que el propio Poder Ejecutivo (Ferraro, 2009). En todo caso, las reformas

apuntan en general a reducir, sin afectar a las garantías propias de los sistemas de carrera, los elementos de rigidez que en algún sentido pueden dificultar un funcionamiento eficaz de las administraciones. Esta ha sido la orientación que han seguido, con diferentes instrumentos, los países de la OCDE (Longo, 2001).

Definitivamente, la despolitización del factor humano no solo incide en la calidad del servicio público, sino que también es una de las estrategias que se promueven para disminuir la corrupción, en la medida en que “los empleados públicos profesionalmente competentes, con valores públicos, estables y racionalmente retribuidos, son más impermeables a los estímulos de la corrupción” (Ramíó, 2008).

Finalmente, es importante tener también en consideración que la interrelación entre corrupción y crimen organizado transnacional obliga a considerar que no solamente es necesaria la voluntad política para que operen cambios, pues los vacíos que puedan existir a nivel de diseño institucional también acaban afectando las instituciones en las cuales se filtran las redes criminales. Sin embargo, esta perspectiva tampoco encuentra un abordaje concreto ni en las regulaciones de los países de la región, ni en las de terceros países como España, Francia o EE.UU. que también han sido objeto de estudio.

En particular, en los países latinoamericanos, se observan conexiones entre grupos criminales y funcionarios de alto nivel, que permite a los primeros incidir en la formulación de políticas, obtener información estratégica y garantizarse una protección sólida. A su vez, hay vínculos entre las redes criminales y los funcionarios de menor nivel, principalmente en el sector seguridad, lo que les garantiza protección y participación directa en las maniobras delictivas. Sin embargo, las respuestas frente al crimen organizado transnacional y a las múltiples instancias de corrupción con las que se encuentra vinculado, se siguen concentrando, en gran medida, en un enfoque de seguridad, que hasta la fecha se ha mostrado poco eficaz. De ahí la importancia de ampliar este enfoque a otros ámbitos, como el de la regulación de la función pública, a la luz de las prácticas utilizadas por aquel para corromper empleados públicos o colocar personas afines que les garanticen impunidad. Por ello, una adecuada regulación y aplicación de cuestiones tales como el tipo de reclutamiento, los criterios de ascenso y separación del cargo, la formación y capacitación,

la asignación salarial y la integridad en la gestión pública, se presentan como elementos ciertamente relevantes para la contención de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

5. EL SISTEMA DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

La Constitución de Colombia (1991) dedica varios artículos a la regulación de la función pública y específicamente a la carrera administrativa, estableciendo en el artículo 125 que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, con las excepciones que señala la misma Constitución y la ley, y que tanto el ingreso como el ascenso y la permanencia se basan exclusivamente en el mérito. Igualmente, que el retiro se efectuará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo o por las demás causales que determine la ley. A efectos de administrar y vigilar la carrera, el artículo 130 de la Constitución establece la Comisión Nacional del Servicio, como órgano independiente de las ramas del poder público, de carácter permanente, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

En desarrollo de estas directrices constitucionales, se han dictado varias normas con la pretensión de activar en el nivel nacional el sistema de carrera administrativa y la selección de los empleados a través del mérito. Desde la ley 27 (1992), pasando por la ley 443 (1998), hasta llegar a la ley 909 (2004) se ha recorrido un largo camino en la consolidación normativa de una administración pública que se pretende técnica, meritocrática, moderna y eficiente. Estos objetivos han quedado específicamente definidos a partir de la inclusión en la ley 909 (2004) de las prácticas que se enuncian en la CIPF (2003). Con esta norma, se busca garantizar que sea la competencia profesional el criterio que prevalezca para el nombramiento de los agentes públicos de carrera y que se instale la cultura de la evaluación del mérito, la capacidad y la experiencia para su desempeño.

Tal como ha quedado diseñado normativamente, el sistema de la carrera administrativa en Colombia tiene como objetivo principal procurar la profesionalización de la mayor parte de los empleos del

Estado y garantizar unos derechos en el acceso, la permanencia y el retiro de sus funcionarios de carrera, con fundamento en el mérito. Esta meta resulta acorde con las corrientes de reforma administrativa que pretenden matizar ciertos esquemas que habían caracterizado las reformas neogerenciales, como el de la contratación flexible y temporal. Además, el reclutamiento por mérito y la existencia de carreras profesionales no solo tiene que ver con la exigencia de profesionalización del empleo público, sino que también responde a la reivindicación de una administración pública democrática (Ferraro, 2009), lo que contribuye al desarrollo económico del país y a la reducción de sus niveles de corrupción y pobreza (Cortázar Velarde *et al.*, 2014).

Si bien estos objetivos están claros, lo cierto es que el camino recorrido desde la reforma constitucional demuestra que la consolidación de este sistema ha debido sortear varias dificultades de orden operativo y ha tenido que convivir con viejos vicios de la burocracia estatal.

El camino comenzó con la ley 27 (1992), con la cual se activaron en las entidades del nivel nacional y territorial la carrera administrativa y la selección de los empleados a través del sistema del mérito. Asimismo, esta norma posibilitó las inscripciones extraordinarias en la carrera administrativa, sistema por el cual se permitía el ingreso automático y sin concurso a la carrera de los funcionarios que reunieran dos condiciones: (a) estar ocupando un cargo que la ley hubiera definido como de carrera; y (b) acreditar los requisitos contemplados en la ley y en los respectivos decretos reglamentarios. Además, se reglamentó el proceso de selección de los funcionarios de carrera, el proceso de evaluación de desempeño o calificación de servicios, la indemnización frente a la supresión de cargos de carrera y la capacitación de los funcionarios.

No obstante, como señala la DAFP (2005), “la falta de competencia técnica de las entidades y la inexistencia de un sistema único de nomenclatura, sumado al predominio de una cultura que privilegiaba los intereses particulares sobre el mérito, dificultó la actualización de las entidades en estas herramientas de gestión organizacional y del recurso humano y la puesta en marcha de la carrera”. De este informe también se extrae que:

En aplicación de esta ley en el nivel territorial se inscribieron 100.054 empleados en el período 1993 a 19981, de los cuales aproximadamente el 80% lo hicieron con base en la inscripción extraordinaria y los demás a través de procesos de selección.

A esto se suma que la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-030 (1997), declaró inexecutable el artículo 22 de la ley 27 (1992) y determinó que “no puede existir norma alguna dentro de nuestro ordenamiento que permita el ingreso automático a cargos de carrera”. Con ello, dejaba claro que la única vía de acceso a la carrera administrativa es el concurso de méritos y que cualquier excepción a esta regla desnaturaliza el sistema y hace prevalecer el concepto de discrecionalidad, impidiendo el acceso de quienes tienen las condiciones y capacidades para desempeñar un empleo público.

Posteriormente, la ley 443 (1998) modificó la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), creándose comisiones a nivel departamental y distrital. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de esta norma en la Sentencia C-372 (1999), argumentando que la CNSC es una y no tiene carácter de cuerpo asesor o consultivo de los Gobiernos nacional o territorial. Destacó la Corte que este es, en realidad, un “ente autónomo, de carácter permanente y de nivel nacional, de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, cuya integración, período, organización y funcionamiento deben ser determinados por la ley. No hace parte del Ejecutivo ni de otras ramas u órganos del poder público”. Por lo tanto, “ningún sentido tiene la existencia de comisiones independientes a nivel territorial, no previstas por aquélla, cuya función descoordinada e inconexa desvertebraría por completo la estructura que la Constitución ha querido configurar en los términos descritos, frustrando los propósitos esenciales de sus arts. 125 y 130”. Finalmente, la Corte exhortó al Congreso para que, en virtud de lo decidido en la Sentencia C-372 (1999), expidiera la ley prevista en el artículo 130 de la Constitución.

En este panorama, al quedar prohibida la posibilidad de las inscripciones extraordinarias y al condicionarse los nombramientos provisionales a la previa convocatoria del concurso, se creó una situación de interinidad que condujo a que la provisión de los cargos se realizara mediante las figuras del encargo o nombramiento provisio-

nal (DAFP, 2005). Además, al declararse inconstitucionales las partes fundamentales de la ley 443 (1998), se inicia un período de parálisis de la carrera administrativa, lo que hizo que este fuera:

un período de gran comodidad para los nominadores porque pudieron responder con creces a las presiones de los grupos, movimientos y partidos políticos que reclamaban puestos en la burocracia. Es decir, se recuperaron las costumbres del patronazgo, del cacicazgo y del clientelismo; en resumen, el *spoils system* (Puentes González, 2017).

Esto conllevó a que se proyectara una nueva ley que regulara la carrera administrativa, cuyo diseño se orientara sobre la base de planes anuales de necesidades y en la que el mérito se extendiera como condición para la provisión de empleos de naturaleza gerencial, incorporando así los principios de la CIFP que busca la consolidación de una administración pública moderna y eficiente. El proyecto propuesto por el Gobierno Nacional se convirtió en la ley 909 (2004), que busca la profesionalización de la administración pública colombiana. Para ello, establece que el acceso y la permanencia en los empleos públicos debe darse previa comprobación del mérito, y que los procesos de selección deben de ser públicos y abiertos (de manera que quienes lo deseen puedan participar sin discriminación alguna), y han de garantizar la transparencia y la objetividad. Con ello, se pretende atraer y retener al personal más idóneo y capacitado para desarrollar la función pública.

Como resultado, la Corte Constitucional ha subrayado en su Sentencia C-431 (2010) que por el hecho de pertenecer a la carrera administrativa se abre paso a configurar un conjunto de beneficios a su favor, como el derecho a gozar de estabilidad en el cargo, el derecho a obtener los privilegios que se enlazan con la condición de escalafonado y el derecho a contar con distintas alternativas en caso de liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias o de traslado de funciones de una entidad a otra o en el evento en que se modifique la planta de personal.

La ley 909 (2004) recoge también el principio de responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, lo cual se controla a través de la evaluación del desempeño y de las normas disciplinarias. Además, se conforma la CNSC confiriéndole las funciones que le asigna la Constitución en el art. 130, es decir, las de

administración y vigilancia de la carrera, y se le atribuye la naturaleza de órgano independiente de las ramas del poder público, de carácter permanente, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cumpliéndose así los postulados de la Carta Iberoamericana en el sentido de que el empleo debe ser manejado por órganos independientes, especializados y del más alto nivel.

Finalmente, la ley 909 (2004) incorpora el principio de flexibilidad en la organización y gestión de la función pública, que se basa en el principio de la planeación del recurso humano. En este aspecto, le asigna al Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) y a las unidades de personal de cada entidad, la elaboración de planes estratégicos de recursos humanos y líneas básicas para su implementación por parte de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva, así como los planes anuales de empleos vacantes, que deben ser remitidos a la CNSC.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha indicado en su Sentencia C-753 (2008) que la carrera administrativa se entiende como aquel:

[...] sistema técnico de administración de personal de los organismos y entidades del Estado cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso del servicio público, con base exclusiva en el mérito y en las calidades de los aspirantes.

Además, para el Consejo de Estado (Sentencia 00141 (2012)):

[e]l régimen de carrera permite, en primer lugar, cumplir con los fines de transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa y, de manera más amplia, del servicio público. Esto debido a que el concurso público de méritos permite la selección de los ciudadanos más idóneos para el ejercicio de la función pública, lo que redundará indefectiblemente en el cumplimiento de dichos objetivos, que se encuadran a su vez en las finalidades esenciales del aparato estatal.

En contraposición a lo hasta aquí señalado, los cargos de nivel gerencial en el servicio público de Colombia, así como otros cargos considerados de confianza, son de libre nombramiento y remoción,

no adquieren estabilidad y renuncian cuando se produce el retiro o la desvinculación del superior jerárquico. De esta manera, no se mantiene un número permanente de servidores públicos profesionales en los niveles de alta y media gerencia, lo que, como subraya la OCDE (2014), “menoscaba la continuidad en la gerencia del servicio público y tiende a debilitar la imparcialidad, en la medida en que la frontera entre los nombramientos políticos y los gerentes profesionales no está clara”.

Esto no significa que todos los empleos en la función pública deban estar sometidos al mismo régimen, ya que en ciertos niveles o cargos es recomendable cierto margen de oportunidad en la designación y remoción de los servidores públicos, sino que, con el fin de evitar un uso indiscriminado de facultades discrecionales, es preciso distinguir cuándo se trata de empleos que exigen responsabilidad política o un alto grado de confianza, de otros que requieren un mayor grado de objetividad en su nominación

En definitiva, en Colombia hay, en principio, un marco normativo claro en orden a reforzar los procesos de selección de personal de la administración con base en el mérito. Este marco refleja el esfuerzo y el compromiso que ha asumido el país, en concordancia con las exigencias que se plantean a nivel de la comunidad internacional, para promover que el empleo público sea un sistema profesionalizado, capacitado e idóneo. Sin embargo, la realidad indica que existen problemas importantes que se alejan de ese ideal, como por ejemplo la designación ampliamente discrecional en los niveles directivos o los esquemas de empleo ocasional y contractual, que abundan y generan amplia inestabilidad en el sistema de empleo.

Si bien estas modalidades más flexibles se consideran acordes con una administración eficiente y moderna, lo cierto es que su utilización inadecuada y abusiva, sobre todo en ciertos niveles jerárquicos, se traduce en la politización de los nombramientos, en la falta de profesionalización y en la inestabilidad en la conducción de las políticas y programas de gobierno. En consecuencia, si bien Colombia ha avanzado en fortalecer los principios de mérito, transparencia e igualdad en la gestión pública, procurando mejorar los procesos de selección, la realidad es que la posibilidad de hacer nombramientos discrecionales para cargos de nivel directivo, el uso clientelar de

la administración y los altos índices de corrupción, demuestran la existencia de solapamientos impropios entre el sistema político y el administrativo.

Finalmente, es importante señalar que, con relación al crimen organizado transnacional, y su vínculo directo con la estructura administrativa, no hay nada expresamente regulado en las normas sobre empleo público en Colombia, a pesar de las múltiples estrategias utilizadas por aquel para corromper empleados públicos o colocar personas afines que les garanticen impunidad. En consecuencia, es posible deducir que, así como en el resto de los países latinoamericanos y no latinoamericanos, no son dos temas que logren conectarse directamente en la regulación sobre el servicio civil, aunque sí existen avances institucionales en el sentido de la puesta en funcionamiento de una carrera administrativa. De todas maneras, como lo indicó Transparencia por Colombia, para luchar contra el crimen organizado las decisiones institucionales deben ir más allá de la retórica de la lucha contra la corrupción. Deben disponer de recursos públicos para las entidades con competencias y funciones específicas para este propósito; respaldar y fortalecer la investigación y la sanción, y de una vez por todas adoptar una carrera administrativa eficiente y transparente. Estas son tareas urgentes que debe realizar el Estado colombiano (Transparencia por Colombia, 2019).

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones

Según se ha analizado, dentro del marco propio de la organización y funcionamiento de la función pública, no hay orientaciones ni consideraciones puntuales sobre la lucha contra la corrupción vinculada con el crimen organizado transnacional. Este escenario no puede, sin embargo, aislarnos ni omitir que, pese a esta ausencia en las normas especializadas sobre empleo público, existe otro tipo de respuestas que se han diseñado y puesto en práctica para abordar el fenómeno a partir de la década de 1990, aunque los resultados no hayan sido especialmente alentadores (DeShazo, 2007) porque

la implementación no se lleva a cabo de forma sistemática y efectiva (Círculo de Estudios Latinoamericanos, 2020). Al respecto, se ha identificado que “[l]os gobiernos carecen de planes sólidos para poner las leyes en práctica. Además, las entidades que son responsables de vigilar el cumplimiento —tanto dentro del gobierno como en la sociedad civil— a menudo carecen de la capacidad para desempeñar dicha función” (DeShazo, 2007).

Siendo conscientes de lo anterior, el impacto que sigue teniendo la regulación y gestión de la función pública en materia de corrupción y la conexión causal de este tema con la infiltración de estructuras criminales organizadas dentro de la administración, requiere precisar cuáles pueden ser las estrategias que permitan reducir los niveles de arbitrariedad. Lo primero a decir es que no existen, por supuesto, fórmulas únicas y mágicas pues como ha quedado expuesto, los elementos del contexto interno y externo de cada Estado influyen en el diseño y funcionamiento del sistema de servicio civil. Tampoco alcanza con que la regulación normativa se alinee en este campo de aplicación, pues las reglas formales tampoco aseguran que las prácticas contrarias al buen gobierno no se reproduzcan. Existe una brecha amplia entre la regulación jurídico-formal y la puesta en marcha de las políticas, generalmente por las resistencias de actores políticos que obtienen provecho de la informalidad y la discrecionalidad.

De manera que, en este panorama, no queda más que referirse a ciertas estrategias y medidas que, combinadas en función del contexto, pueden funcionar como arreglos institucionales válidos para aplacar el fenómeno de la politización y de la corrupción en las administraciones públicas. Estas herramientas, que surgen de distintos estudios teóricos focalizados en comprender tanto las limitaciones como las oportunidades que se detectan alrededor de las experiencias de procesos de reforma al servicio civil, se dirigen especialmente a la profesionalización de los funcionarios, la profundización de los mecanismos en materia de transparencia, la interiorización de los valores del servicio público y la limitación de la discrecionalidad en los nombramientos, como elementos que contribuyen decididamente en la desarticulación de la criminalidad y la corrupción como fenómenos asociados.

6.2. Recomendaciones para América Latina

6.2.1. Generar consensos en el ámbito político

Para empezar, cabe decir que cualquier tipo de reforma en Latinoamérica requiere de más tiempo y profundidad que en los países desarrollados, porque los contextos críticos de los países de la región no pueden dar lugar a creer que los cambios operen de manera más o menos rápida. El primer paso, en este sentido, es impulsar un consenso político que permita construir políticas públicas a largo plazo y un modelo de burocracia permanente y profesional que trascienda los mandatos de gobierno. Evidentemente, los materiales de construcción están diseñados en las garantías constitucionales y legislativas que promueven un servicio civil de carrera basado en el mérito, la idoneidad y el buen desempeño. Sin embargo, está pendiente su institucionalización permanente a través de políticas de largo plazo que aseguren la existencia de controles efectivos y eviten la cooptación.

En Colombia, así como en los restantes países de Latinoamérica que fueron abordados, se advierte la existencia de un conjunto de medidas, lo que indica que, al menos teóricamente, se ha evolucionado en la creación y consolidación de una carrera administrativa a partir de la década de 1990, pero que evidentemente la arena política y sus dinámicas interfiere en el progreso de las reformas impulsadas (BID, 2006). De manera que, si bien se han dado pasos importantes en el plano formal normativo, estos no se dan con el mismo ritmo en la práctica, por las fuertes tradiciones políticas y las prácticas clientelares, a lo que podemos añadir la excesiva flexibilización que se observa a través de la utilización indebida de los contratos temporales.

Por ser la puerta de entrada a la administración y a los beneficios que ello reporta para quienes pretenden desviar el poder hacia intereses privados, el régimen de la función pública presenta importantes tensiones entre su marco normativo y unas arraigadas tradiciones políticas, que denotan falta de compromiso real y ausencia de valores éticos en la gestión pública. En definitiva, no es más que la politización de la administración, que tiene por efecto la alta rotación de personal, sujeta a los ciclos políticos, la utilización de las instituciones públicas para fines políticos, además del impacto que esto produce en la continuidad y sostenibilidad de las políticas y los programas.

En este sentido, Heredia (2002) afirma que “[el] tránsito de burocracias discrecionales, fragmentarias e irresponsables a burocracias eficientes, profesionales, honestas y transparentes constituye un proceso largo, costoso y difícil”, pero reconoce la existencia de logros y experiencias exitosas de cambio que indican que modernizar y profesionalizar los sistemas de empleo público, aunque difícil, no es imposible. Para ello, resalta la importancia de los consensos políticos entre los grupos que impulsan las reformas y sus opositores, lo que en sistemas presidencialistas puede, aunque no necesariamente, dificultarse más por la alta concentración de poder en el ejecutivo (Brasil y Chile, por ejemplo, promovieron reformas exitosas en contextos de fuerte concentración del poder en el ejecutivo porque había voluntad real de implementarlas).

Adicional a la promoción de consensos, la motivación es otro aspecto crucial a la hora de promover reformas. Según Heredia (2002), cuando se gestan modificaciones en el sistema de la función pública, “lo que más importa es que la supervivencia política del presidente y de su partido dependan de, en efecto, apoyarlas”. Para ello es necesario que el partido que esté en el poder tenga incertidumbre sobre su posibilidad de supervivencia en el gobierno, y que esta sea su motivación para incentivar la reforma. La experiencia en México en la década de 1990 indica que:

el partido gobernante en México —PRI, Partido Revolucionario Institucional— enfrentaba condiciones de incertidumbre que podrían haber incentivado el establecimiento de un servicio civil de carrera como medio para asegurarle a sus miembros la supervivencia en el gobierno. La iniciativa fue impulsada, de hecho, desde el ejecutivo, pero fracasó, principalmente por la fragmentación dentro del propio partido (Heredia, 2002).

Otra de las motivaciones que llevan a impulsar reformas en los sistemas de servicio civil son las crisis fiscales, que inducen a reducir personal, como por ejemplo se ha evidenciado en Argentina.

En suma, la experiencia indica que las motivaciones políticas y los contextos económicos y políticos son determinantes. Lo importante es que, en cualquier caso, las reformas o ajustes que se promuevan deben trascender los intereses de los grupos políticos de turno y deben insertarse en la lógica de políticas de Estado. En tanto la función

pública siga siendo utilizada como un elemento partidario, afectada por las transiciones gubernamentales y alejada de una institucionalidad perdurable, no será posible pensar en la consolidación de un modelo permanente y profesional.

6.2.2. Fortalecer los pilares de la gobernanza: transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana

Además de lo dicho, no se puede soslayar que hoy en día, a partir del impulso de la teoría de la gobernanza en la gestión pública, las decisiones resultan de la interacción entre diversos actores (públicos y privados) y no solamente del Estado como centro del poder político del cual emanan jerárquicamente, como tradicionalmente se concebía. En el ámbito de la función pública, se entiende que las reformas de los sistemas hacen parte de un proceso que redistribuye poder entre políticos, burócratas, grupos de interés y ciudadanos. En esta línea de pensamiento, el éxito de las reformas depende de “la disposición y capacidad de grupos de interés concentrados y de grupos amplios de ciudadanos para lograr que esté en el propio interés de los políticos y los burócratas actuar con mayores niveles de eficiencia, honestidad y eficacia” (Heredia, 2002).

Al verlo desde esta óptica, la centralización del poder de decisión en manos del ejecutivo tiene que cambiar hacia una concepción que involucre a la ciudadanía. Para lograrlo, se propone evolucionar de sistemas meritocráticos a sistemas de rendición de cuentas (*Ídem.*), en los que los ciudadanos tengan oportunidades de controlar al gobierno y de esta forma incrementar la transparencia y la rendición de cuentas sobre las decisiones en materia de empleo público. Las políticas de datos abiertos, como la que se ha implementado desde el Departamento de la Función Pública en Colombia, que ponen a disposición de la ciudadanía la información sobre nóminas de personal, remuneraciones, cantidad y tipos de empleo de planta permanente, caracterización del empleo público, procesos de meritocracia, entre otros, constituyen una herramienta eficaz para mejorar la calidad institucional del sistema de función pública. Generalmente, existe poca información sobre el número de empleados, los costos y las remuneraciones y, por esa razón, deben crearse sistemas eficientes de información.

6.2.3. Profesionalizar los niveles gerenciales

Una tendencia que, lamentablemente, tiene lugar en casi todos los modelos de servicio civil que fueron analizados es la de que las altas direcciones se definen por criterios de confianza y discrecionalidad. Si bien es saludable que, en su justa medida, se realicen designaciones basadas en estos criterios, porque de esta manera se garantiza la responsabilidad frente al mandato otorgado, lo cierto es que este mecanismo juega en contra de la capacidad técnica y la autonomía (Velarde, Lafuente, & Sanginés, 2014).

Brasil, Chile, EE.UU. y Perú constituyen ejemplos de cómo esta realidad puede revertirse a partir de la puesta en marcha de diseños que profesionalicen los segmentos directivos. En general, es una tendencia que se ha expandido entre los países miembros de la OCDE, pero que sigue siendo escasa en Latinoamérica. En Chile, se logró luego de la consolidación de un pacto político entre el gobierno y la oposición, que derivó en una reforma que incluía la conformación de un nuevo Sistema de Alta Dirección Pública (SADP). Además, aunque se afirma que “[e]l patronazgo chileno sobrevive en el frecuente uso de la discrecionalidad basada en la confianza política a la hora de decidir sobre la permanencia de los altos directivos públicos en sus funciones” (Ramos, 2013), también es cierto que esta política se pone como ejemplo, tanto en la región como en el mundo, por haberse consolidado y sobrevivido a cambios de gobierno, a partir de haberse edificado en la lógica de la concertación y la solidez institucional.

Está demostrado que, por sí solo, el esfuerzo transformador no alcanza puesto que debe alinearse con otras cuestiones, como la disposición del gasto público. Además, en cierto modo se recomienda que la reforma a la alta gerencia se blinde frente a posibles bloqueos, lo cual es posible cuando se impulsa de manera aislada y progresiva y no dentro del paquete de una reforma administrativa general. Por otra parte, la experiencia indica que este tipo de medidas prospera si existe control de la gestión por parte de unos organismos especializados y creados al efecto, como ocurre en Chile. Este modelo ha sido también seguido por Perú, donde en forma más cautelosa se ha avanzado en la consolidación de un sistema controlado por un órgano independiente, que, surgido de un proceso incremental, ha sentado

las bases para un posterior esfuerzo de reforma integral, a través de la Ley 30057, del Servicio Civil, aprobada en 2013.

6.2.4. Adoptar medidas específicas contra la politización

La brecha en la implementación de las normas es el gran problema en la región latinoamericana, pues a esta altura casi todos los países han realizado reformas normativas tendientes a la instauración de sistemas meritocráticos y profesionales. Los cambios que se requieren son a nivel de implementación efectiva y para ello es imprescindible considerar que los modelos que tuvieron mejores resultados fueron aquellos que trabajaron sus reformas en forma progresiva. Dicho en otras palabras, “se logran más avances con los recursos limitados disponibles si se diseñan, a priori, reformas incrementales en vez de integrales, que tomen en cuenta las restricciones técnicas y políticas existentes” (Velarde, Lafuente, & Sanginés, 2014).

Asimismo, para que las reformas legales se traduzcan en acciones concretas, la capacidad institucional tiene que poder responder a esas transformaciones. La disponibilidad presupuestal, el apoyo de organismos internacionales, la exposición del tema a la opinión pública, son aspectos que de acuerdo con la experiencia en la región han contribuido a que la profesionalización del servicio civil sea una meta alcanzable (*Ídem.*).

6.2.5. Incentivar reformas en las políticas salariales

La mejora del desempeño del sector público se incentiva a través de una gestión de la compensación que logre retener al capital humano, sobre todo en los niveles directivos. En Latinoamérica, los sistemas de compensación salarial han sufrido algunos ajustes como resultado de negociaciones sindicales o incentivos políticos, lo que ha derivado

en sistemas en los que priman las inequidades salariales, tanto horizontales (misma responsabilidad, diferente remuneración) como verticales (cargos jerárquicamente superiores con remuneración inferior), en sistemas con niveles de compresión salarial inadecuados

(poca diferencia entre posiciones de mayor y menor responsabilidad, lo cual actúa como desincentivo para tomar posiciones de mayor liderazgo), y en sistemas de gestión de nómina altamente complejos, poco transparentes y por lo tanto más difíciles y caros de administrar. (Velarde, Lafuente, & Sanginés, 2014).

Dentro de la agenda de políticas públicas, este tema se encuentra pendiente. Su adecuado abordaje requiere de la coordinación entre la rama ejecutiva y los organismos que controlan la política fiscal para que exista alineación entre objetivos y recursos. Luego, es necesario abrir los sistemas de información y hacer transparentes los datos sobre remuneraciones por institución o por sector, con el fin de poner en evidencia posibles distorsiones e inequidades (Heredia, 2002). En todo caso, se requiere el apoyo de actores claves como los sindicatos y los propios empleados.

La cuestión salarial es un tema crucial en materia de corrupción. La presencia de sobresueldos e irregularidades en este tema es moneda corriente y una agenda de transformación en el sector público no puede desconocerlo.

6.3. Recomendaciones para Colombia

Pensar una estrategia específica para Colombia implica tener en cuenta que se han dado pasos hacia adelante en orden a generar condiciones para prevenir y luchar contra la corrupción. Sin ahondar en áreas distintas de la que aquí se trata, en el ámbito de la función pública el diseño de una carrera administrativa en el año 2004 ha sido un avance importante. Al menos, existe cierto nivel de institucionalidad en el tema, aunque no sea suficiente para abarcar un tema tan complejo y sistémico como lo es la corrupción y su asociación con el crimen organizado. Es que los arreglos formales no alcanzan si las entidades encargadas de su implementación no son eficientes, están altamente influenciadas por el sector político y no cuentan con presupuestos acordados.

Al observar el diseño y la gestión del empleo público en el país, Transparencia por Colombia encuentra obstáculos institucionales para el adecuado funcionamiento de la carrera administrativa por la

falta de articulación y coordinación entre la CNSC y el DAFP. Señala que hay una discordancia entre la Constitución, que le asigna a la Comisión la administración y vigilancia de la carrera administrativa, y la Ley 909 de 2004 también le atribuye al DAFP la planificación y coordinación del recurso humano. Esto da lugar, según esta corporación, a “la inadecuada delimitación de competencias entre la CNSC y el DAFP y los limitados recursos financieros de ambos entes, pero en especial de la CNSC” (Transparencia por Colombia, 2019). Las limitaciones financieras impiden el desarrollo de los concursos de mérito, por lo cual no solo es necesaria una reforma de tipo presupuestal, sino también de coordinación y adecuación de las funciones de los organismos competentes.

Además, la forma de vinculación de los funcionarios públicos es uno de los aspectos claves para impedir la penetración de grupos criminales en la administración. De acuerdo con los datos aportados por la CNSC, los concursos para cubrir empleos de carrera se realizan sobre todo en entidades del orden nacional y en algunas ciudades del orden departamental, pero no alcanzan a cubrirse todas las entidades territoriales (Transparencia por Colombia, 2019). Esto deja en evidencia que la provisión de empleos en la administración colombiana se efectúa principalmente a través de modalidades que no consideran el criterio del mérito, que además se aplican de forma abusiva y a través de las cuales se encubren relaciones laborales permanentes a través de formas contractuales previstas para situaciones ocasionales.

Este es uno de los graves problemas que tiene el servicio civil en Colombia y que la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, ha intentado dilucidar para proteger los derechos de los contratistas del Estado. En el caso de la Corte Constitucional, se ha construido una sólida línea argumental en torno a que la administración pública no puede válidamente celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque de esa forma se ocultan verdaderas relaciones laborales y se desnaturaliza la contratación estatal (Sentencia C-614 de 2009). De su lado, el Consejo de Estado reconoce la figura del contrato realidad cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional

de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones con sus elementos de trabajo (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de octubre de 2018).

Por lo tanto, una estrategia inexcusable en una apuesta superadora de las fisuras del régimen de la función pública consiste en la identificación de este tipo de contrataciones, en el seguimiento a través de indicadores que permitan monitorear la evolución y crecimiento de esta información tanto a escala nacional como territorial, por sectores y por entidad, para poder tomar decisiones e ir desmantelando la práctica abusiva de las contrataciones que encubren relaciones laborales y que permiten, además, que ingresen al sector público personas que pueden estar involucradas en redes u organizaciones criminales. Una de las alternativas es poner un límite a la cantidad de contratistas por prestación de servicios, que Transparencia por Colombia ubica en un 30%, pues correspondería esa cifra a un nivel de bajo riesgo de corrupción.

En relación con la cobertura de empleos de libre nombramiento y remoción, hay que destacar que la propia Ley 909 (2004) dice que estos cargos pertenecen a los puestos de alta dirección. Ya se ha señalado en páginas anteriores que una de las políticas que más se destaca en países con mejores índices de desarrollo en materia de función pública es la de implementar la profesionalización de la alta dirección, como lo ha hecho Chile. Por ello, sería conveniente que en Colombia se desarrollara un sistema de gerencia pública, lo que indudablemente marcaría

un quiebre en la manera en que se piensa la relación entre política y administración pública, toda vez que se incorpora un elemento meritocrático en la selección de este tipo de funcionarios. La tendencia mundial en este sentido apunta a diferenciar la labor superior de las instituciones públicas de aquellas de nivel medio y bajo, incorporando un elemento técnico en la selección de los cuadros superiores (Santibañía, 2018).

El mérito también puede medirse en cargos de libre nombramiento y remoción y, en efecto, se evalúan competencias psicotécnicas en este tipo de ingresos. Al respecto, Transparencia por Colombia muestra que el 74% de los directivos de libre nombramiento y remoción de las entidades nacionales son sometidos a selección por

méritos, mientras que en las gobernaciones el porcentaje es de 17% y en las alcaldías tan solo de 1%. Por su parte, los porcentajes son más bajos cuando se refiere a ingresos por mérito en el nivel asesor, pues corresponden a 46%, 13% y 0 % en las entidades nacionales, gobernaciones y alcaldías capitales de departamento, respectivamente (Transparencia por Colombia, 2019).

En consecuencia, otra de las estrategias debe dirigirse hacia los sistemas de evaluación en las designaciones de cargos de libre nombramiento y remoción para que midan capacidades y conocimientos específicos. Sin dejar de lado que este tipo de cargos exige un cierto grado de confianza, sería conveniente que las evaluaciones de mérito tengan en cuenta aptitudes y conocimientos específicos de las funciones a desempeñar. Además, estos procesos de selección deberían ser controlados y dirigidos por la CNSC con cargo a cada una de las entidades requirentes.

Igualmente, es pertinente reparar en las evaluaciones de desempeño. Según informa Transparencia por Colombia, en una medición realizada en el año 2017, de 20059 empleados de carrera pertenecientes a 47 entidades públicas, solo 10 servidores habían sido calificados con evaluación no satisfactoria, lo que demuestra la falta de objetividad de este instrumento (Transparencia por Colombia, 2019). Lo que se sugiere en este aspecto es realizar pruebas de permanencia y buscar mecanismos para reducir la subjetividad de los evaluadores. Por ejemplo, a través de la consideración de los índices globales de desempeño de la entidad o de indicadores de gestión, como parte de la evaluación personal de los agentes. Esto no solamente debe aplicarse a los funcionarios de carrera, por lo que Transparencia por Colombia recomienda que se realice algún tipo de seguimiento basado en el mérito a los funcionarios provisionales y de libre nombramiento y remoción, a través de un instrumento diferente a la evaluación del desempeño, pues de lo contrario generaría derechos de carrera administrativa (Transparencia por Colombia, 2019).

Todas las sugerencias de reforma señaladas obedecen a situaciones que, pese a estar en cierta forma reguladas, requieren de ajustes o arreglos institucionales. Pero, sobre todo, para lograr cambios profundos, tiene que existir voluntad política para diseñar una política pública integral que analice todas las variables de la función pública y

permita avanzar en la garantía de una cultura pública de integridad y valores éticos en la administración. Los empleados del Estado deben ser competentes y eficientes y para que lo sean es necesario que cuenten con la capacitación necesaria, con incentivos justos y adecuados a su desempeño y con la garantía de obtener una retribución decente, no solo para desempeñar adecuadamente su labor, sino también para que la administración deje de ser un espacio atractivo para las redes criminales.

La falta de organización de la información, el descontrol respecto de las fórmulas de contratación flexibles, la falta de valor social que se le atribuye al servicio público y la percepción negativa sobre la imagen de los servidores, tienen que revertirse. Como expresa Sanabria (2018):

Los vicios son muchos, contrataciones sin procesos meritocráticos, evaluaciones basadas en criterios diferentes a los técnicos, inestabilidad de los cargos superiores, etc. El consenso en torno a esta temática no es eliminar la política de la gestión pública, sino eliminar su influencia en ámbitos donde resulta negativa para los fines de la actividad pública.

Evidentemente, es un camino de largo plazo, pero en el que se pueden ir adoptando decisiones concretas y específicas para cambiar la imagen y el funcionamiento del aparato administrativo, su cultura y sus lógicas. En esto, el consenso político salvará cualquier intento individual de hacer un cambio que no sea perdurable y sostenible y “No realizar los cambios que requiere la gestión del talento humano en el sector público colombiano, se traducirá en un desempeño deficiente de las instituciones públicas y por ende en la no resolución de problemas públicos” (Sanabria, 2018).

Es indudable que todas las estrategias anunciadas tendrían un impacto necesario en la forma en que opera el crimen organizado en el país. Las relaciones de corrupción entre funcionarios públicos y delincuentes, varían de acuerdo con las condiciones de fortaleza o debilidad de un Estado y el carácter autoritario o democrático del régimen político. Por ello, si se apuesta al fortalecimiento de la estructura administrativa a través de un modelo profesionalizado del servicio civil, la corrupción endémica que caracteriza al sector público se vería necesariamente neutralizada. Esto debe trabajarse, sobre

todo, en el ámbito de la función pública en las entidades territoriales que, al final, son el eslabón más débil y se encuentran más próximas a recibir presiones o ser amedrentadas por grupos delictivos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Alda Mejías, S. (2014). “Estado y crimen organizado en América Latina: posibles relaciones y complicidades”. *Revista Política y Estrategia*. 124. Pp. 73-107.
- Arenilla Sáez, M. & Delgado, D. (2019). “Una nueva función pública que fortalezca la confianza en las instituciones públicas”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. (16). Pp. 36-53.
- Cardona Peretó, F. (2006). “Reclutamiento, selección y promoción en los Sistemas de Servicio Civil de los países miembros de la Unión Europea y en algunos países candidatos”. *Revista Servicio Profesional de Carrera*. (3). Pp. 71-108.
- Cortázar Velarde, J., Lafuente, M., & Sanginés, M. (2014). *Al servicio del ciudadano: Una década de reformas del servicio civil en América Latina. (2004-13)*. Washington, D.C: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Dahlström, C., Lapuente, V., Teorell, J. (2012). “The merit of meritocratization: Politics, bureaucracy, and the institutional deterrents of corruption”. *Political Research Quarterly*. Vol. 65 (3). Pp. 656-668.
- Echebarría, K. (2008). “El papel de la profesionalización del empleo público en América Latina”. En: Longo, F. & Ramió, C. (Eds.). *La profesionalización del empleo público en América Latina*. Barcelona: CIDOB. Pp. 27-44.
- Ferraro, A. (2006). “Una idea muy precaria: el nuevo servicio civil y los viejos designados políticos en Argentina”. En: *Latin American Research Review*. Vol. 41 (2). Pp. 165-182.
- Ferraro, A. (2009). *Reinventando el Estado. Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*. Iberoamérica. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Funaro, R. (2013). “The Costs of Crime and Violence”. *Ideas for Development in the Americas (IDEA)*. Vol. 30. Pp. 1-12.
- Garzón, J. (2012). “La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican”. *Citizen Security and Organized Crime*. https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/Garzon.Rebellion.ESP_.pdf.

- Grillo, F & Arias, M. (2005). “Reglamentación Ley 909 de 2004. Empleo público, carrera administrativa y gerencia pública”. *Revista Institucional del Sector Función Pública: Departamento Administrativo de la Función Pública. Vol. 5.*
- Grottola, L. (2018). *El servicio civil en el Gobierno Federal de los Estados Unidos de América. Antecedentes históricos y situación actual. Conferencia: XIII Congreso Nacional y VI Congreso Internacional sobre Democracia: Rosario, Argentina.*
- Heredia, B. (2002). *The Political Economy of Reform of the Administrative Systems of Public Sector Personnel in Latin America: An Analytical Framework.* Washington, D.C: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Iacovello, M. Llano, M. (2017). “Confianza mata mérito: el impacto de la concentración de poder presidencial en la gestión de recursos humanos en el Estado argentino”: *Temas y debates: revista universitaria de ciencias sociales. Vol. 21(33).* Pp. 91-105.
- Iacoviello, M. & Chudnovsky, M. (2015). “La importancia del servicio civil en el desarrollo de capacidades estatales en América Latina”. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Lavanderos, R. & Silva, F. (2008). “Profesionalización de la función pública: el caso chileno. Selección de gerentes públicos de primer y segundo nivel jerárquico de la administración civil del Estado de Chile”. En: Longo, F., Ramió, C. & Arellano, D. (Eds.). *La profesionalización del empleo público en América Latina.* Barcelona: Fundación CIDOB. Pp. 313-325.
- Martínez, R. (2013). La profesionalización de la Función Pública: ideas para Latinoamérica. *Venezuela: Colecciones de Gobierno y Administración Pública del GIGEP.*
- Masedo, L. R. (2016). “Burocracia, política y corrupción en España”. *Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública. (27).* Pp. 117-141.
- Oszlak, O. (2006). “Burocracia estatal: política y políticas públicas”. *POSTData: Revista de Reflexión y Análisis Político. (11).* Pp. 11-56.
- Pacheco, R. S. (2008). “Brasil: politización, corporativismo y profesionalización de la función pública”. En: Longo, F., Ramió, C. & Arellano, D. (Eds.). *La profesionalización del empleo público en América Latina. Barcelona: CIDOB.* Pp. 171-198.
- Parada, R. (2007). *Derecho del empleo público.* Madrid: Marcial Pons.
- Pardo, M. (2006). *El Servicio Civil de Carrera para un mejor desempeño de la gestión pública. Volumen 8 de la serie Cultura de la Rendición de Cuentas.* México D.F.: Auditoría Superior de la Federación.
- Piedrahita, P. (2020). “La corrupción política como crimen organizado transnacional”. *Revista Criminalidad, 62(2).* Pp. 233-245.

- Pollitt, C., y Bouckaert, G. (2004). *Public management reform: A comparative analysis*. USA: Oxford University Press.
- Puentes González, G. (2017). “Fricciones entre las ramas del poder público a propósito de la función pública en Colombia”. En: *Estudios Socio-Jurídicos*. (19)(1). Pp. 78-123.
- Quiroga Leos, G. (1984). “El servicio civil de carrera”. *Revista Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal* (14). Pp. 105-120.
- Ramos, C. &. (2013). “Los nuevos acuerdos entre políticos y servidores públicos en la Alta Dirección Pública en Chile y Uruguay”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*. Vol. 22 (1). Pp. 11-36.
- Rauch, J. &. (1999). “Bureaucracy and growth: a cross national analysis of the effects of Weberian State Structures on Economic Growth”. *American Sociological Review*. Vol. 64 (5). Pp. 748-765.
- Rebollo, W. (2015). “Despolitización de la función pública: análisis de eficacia del Sistema de Alta Dirección Pública en la República de Chile”. *Revista Estudios de Políticas Públicas*. Vol. 1 (2). Pp. 48-65.
- Salvador, M. & Ramió, C. (2008). “Instituciones y reforma del sector público: el impacto de los referentes internacionales en la gestión de recursos humanos de las administraciones públicas latinoamericanas”. En: Longo, F., Ramió, C. & Arellano, D. (Eds.). *La profesionalización del empleo público en América Latina*. Barcelona: CIDOB. Pp. 79-100.
- Sánchez, G. (2011). “El sistema civil de carrera en España. Desde el Franquismo hasta la democracia”. En: *Revista Enfoques*. Vol. 9 (14). Pp. 177-193.
- Tenorio, L & Ríos, S. (2010). *Metodología para el diagnóstico de la implantación de la Carta Iberoamericana de la Función Pública*. (18). Buenos Aires: CLAD.
- Velarde, J. C. (2014). *Al servicio del ciudadano: una década de reformas del servicio civil en América Latina*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Villoria, M. (2008). “Profesionalización del empleo público: ética y lucha contra la corrupción en las instituciones públicas de América Latina”. En: Longo, F., Ramió, C. & Arellano, D. (Eds.). *La profesionalización del empleo público en América Latina*. Barcelona: CIDOB. Pp. 101-139.

Informes, resoluciones y otros documentos

- AMERIPOL. (2013). “Análisis situacional del narcotráfico “una perspectiva policial”: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú. Madrid: Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas”. https://www.policia.gov.co/file/63027/download?token=VgOSuKJ_.

- Bonifacio, J. A. (2020). “Coaliciones promotoras para construir una función pública profesional transversal y multinivel en Argentina”. *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/09/Coaliciones-promotoras-para-construir-una-funci%C3%B3n-p%C3%ABblica-profesional-transversal-y-multinivel-en-Argentina-Bonifacio.pdf>.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (2003). “Carta Iberoamericana de la Función Pública”. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-la-Funcion-Publica-06-2003.pdf>.
- Diéguez, G., Rubio, J. & Zuvanic, L. (2019). “Reformas para jerarquizar la dirección pública y mejorar la gestión del Estado. Alta Dirección Pública Profesional, CIPPEC”. https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/09/MEMO_AD_P_WEB.pdf.
- Echebarría, K. (2006). “Informe sobre la situación del servicio civil en América Latina”. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Iacovello, M. (2015). Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Perú. (3). Washington D.C: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Iacovello, M., & Tomassi, M. (2002). *Diagnóstico institucional de sistemas de servicio civil: Caso Argentina*. Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Llano, M. (2014). *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Brasil*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Llano, M. (2014). *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Chile. (3)* Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Longo, F. (2001). *La reforma del servicio civil en las democracias avanzadas: mérito con flexibilidad*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Longo, F. (2002). *Marco Analítico para el diagnóstico institucional de sistemas de servicio civil*. Barcelona: Banco Interamericano de Desarrollo
- OCDE. (2014). “Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. Colombia, la implementación del buen gobierno”. *OCDE Publishing*. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/colombia-implementando-la-buena-gobernanza_9789264202351-es.
- OCDE. (2020). Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020. Paris: OECD Publishing. <https://publications.iadb.org/es/panorama-de-las-administraciones-publicas-america-latina-y-el-caribe-2020>.
- Strazza, L. (2014). *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: México*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Capítulo 2

***Medidas aplicables a la
contratación pública de bienes y
servicios. Particular atención a la
contratación de obras públicas***

JUAN DAVID DUQUE BOTERO*

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno presente en la mayoría de Estados modernos y que toma diferentes matices a la luz de cada ordenamiento jurídico, pues su organización política, sistema judicial y legislación vigente determinarán en gran medida la forma en la que se hará frente a los actos de corrupción.

Rose-Ackerman (1996) considera que cualquier Estado, ya sea benévolo o represivo, controla la distribución de beneficios y la imposición de costos, los cuales generalmente están en cabeza de funcionarios públicos que gozan de un poder discrecional, y aquellos que deseen un trato favorable de su parte pueden estar dispuestos a pagar para obtenerlo. Entonces, un pago es corrupto cuando se realice ilegalmente a agentes públicos con el objetivo de obtener un beneficio o evitar un costo. Para Rose-Ackerman (1996) la corrupción es un síntoma de que algo anda mal con la gestión que adelanta el Estado.

* Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso x El Sabio, Madrid, España. Máster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Se ha desempeñado como director de Colombia Compra Eficiente, Secretario General del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC) y Magistrado Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Desde antaño, en Colombia han sido múltiples los escándalos en materia de corrupción, especialmente en el marco de la contratación pública, lo cual también ha incrementado el ya alto grado de desconfianza existente por las instituciones y quienes ostentan su dirección y control. Así, la ineficacia del sistema administrativo y judicial para responsabilizar a quienes cometen actos de corrupción también se ha convertido en una grieta que permite que este fenómeno se extienda con mayor facilidad, pues, por un lado, las consecuencias de estos actos puede que nunca se materialicen o en caso de ser así, no son lo suficientemente “representativas” en relación con la recompensa obtenida por su comisión.

De manera particular, en Colombia, lo que se ha denominado en los últimos años como “Sistema de Compra Pública”, está compuesto por un robusto régimen normativo que orienta el marco de acción para los sujetos o partícipes que intervengan en las actividades de contratación de bienes y servicios de la administración. A pesar de que estas normas sean claras en establecer el predominio de los principios de transparencia, publicidad, participación y selección objetiva, el fenómeno corruptivo sigue estando presente de manera reiterada en la mayoría de los procesos de selección de contratistas, y en particular en el ámbito de la contratación de obras públicas.

En ese contexto, son múltiples las críticas que actualmente recibe la estructura de la contratación estatal en Colombia en cuanto a prevención del fenómeno de la corrupción respecta, y lo preocupante no es la ausencia de mecanismos jurídicos idóneos para reducir los escenarios en los que se pueden cometer actos de corrupción sino su verdadera eficacia.

Ahora bien, países como Francia, hasta el año 2016, también eran criticados, en relación con los estándares internacionales, por las escasas medidas implementadas en su ordenamiento jurídico en términos de esfuerzos contra la corrupción. En España, el sector público también se ha visto obligado a autoimponerse criterios de transparencia, competitividad y eficiencia en beneficio de los ciudadanos, empresas y de las propias administraciones públicas en materia de contratación pública.

En 2021, Estados Unidos implementó una estrategia específicamente orientada para combatir la corrupción, conformada por cinco pilares que se refuerzan mutuamente, y que paralelamente desarrollan métricas sobre el progreso de cada objetivo estratégico. En Latinoamérica el panorama es similar y en países más cercanos a Colombia, como Perú, México, Chile, Argentina y Brasil, los rasgos en común en cuanto a corrupción respectan se acentúan y la necesidad de regulaciones eficaces también.

Por lo anterior, el presente capítulo tiene como objetivo adelantar un análisis comparado de las herramientas jurídicas existentes en relación con la lucha contra la corrupción en países no latinoamericanos como Francia, España y Estados Unidos; en países pertenecientes a América Latina como México, Perú, Chile, Argentina y Brasil; y finalmente estudiar el caso colombiano. Este análisis adelantará en términos de la completitud de cada sistema normativo, así como de sus falencias, lo cual permitirá proponer un breve marco de acción para los Estados latinoamericanos y específicamente Colombia en materia de prevención y mitigación de actos que contraríen el interés general y que puedan ser constitutivos de corrupción.

Para ello, en primer lugar, se expondrán algunos de los estándares internacionales existentes en materia de lucha contra la corrupción, concretamente en lo que se refiere a la Convención Interamericana Contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, y las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Posteriormente, en el marco de un análisis comparado del derecho, se identificará la regulación imperante en dos países de Europa: Francia y España; en Estados Unidos; y en cinco países latinoamericanos: México, Perú, Chile, Argentina y Brasil.

Esto sentará las bases regulatorias extranjeras que servirán como punto de comparación para dar paso al estudio del caso colombiano en relación con su regulación actual en la lucha contra la corrupción, especialmente en la contratación pública. Finalmente, se expondrán las conclusiones y las recomendaciones para América Latina y Colombia sobre la base del análisis comparado expuesto.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y REGIONALES DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La comunidad internacional se ha propuesto luchar de manera conjunta contra la corrupción reconociendo que se trata de un fenómeno multidisciplinario que evoluciona de manera rápida, encontrando la forma de adaptarse a nuevos parámetros de transparencia. Es por eso que en la actualidad diferentes Estados han sido partícipes y suscrito diferentes instrumentos internacionales y mecanismos de vigilancia, seguimiento e implementación a los compromisos adquiridos (Wolf, 2014).

A continuación, se identificarán algunos de los principales instrumentos internacionales relacionados con la materia, esto con el fin de establecer sus principales puntos de encuentro, así como sus diferencias, y finalmente, determinar su impacto en los países que vinculan.

2.1. *Convención Interamericana Contra la Corrupción*

En 1996, la Organización de Estados Americanos adoptó la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC). En esta ocasión, los países miembros manifestaron la importancia de luchar contra este fenómeno como consecuencia del impacto que tenía en la concreción de la democracia, haciendo énfasis en la gran afectación en la confianza en las instituciones, la distorsión de la economía y el deterioro de la moralidad social (OEA, 1996). Esta Convención se convirtió en el primer instrumento de la región que a la fecha se encuentra suscrita por los treinta y cinco Estados miembros de la OEA.

En lo que se refiere al contenido de la CICC, en ella se establecieron definiciones clave como: función pública, funcionario público y bienes; no obstante, no se precisó el contenido de la expresión “corrupción”, aunque sí fueron delimitados cinco conductas específicas que se pueden catalogar como tal: (a) la aceptación de sobornos; (b) el ofrecimiento de sobornos; (c) el incumplimiento de funciones por parte de los funcionarios públicos o aquellos particulares en ejercicio de funciones públicas; d) desvío de bienes

públicos; y e) la participación en la comisión, tentativa de comisión o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos antes mencionados (Art. VI).

Adicionalmente, se identificaron y establecieron medidas preventivas tales como la anticipación normativa de posibles conflictos de interés y la efectiva implementación de estas normas; procesos educativos y de capacitación que le permitan entender a los funcionarios públicos sus responsabilidades y deberes éticos; sistemas públicos de declaración del patrimonio por parte de funcionarios; sistemas para contratación de funcionarios y la adquisición de bienes y servicios del Estado; sistemas de recaudo y control de impuestos con garantías sobre la correcta administración de los mismos; eliminación de beneficios tributarios que esté en contravía de las políticas anticorrupción; sistema efectivo de denuncias contra actos de corrupción ante los órganos de control; medidas contra el soborno y control de los movimientos económicos de sociedades mercantiles; estimulación de la participación de la sociedad civil.

Además, de forma novedosa, la CICC en su artículo VII estableció lineamientos relacionados con el delito de soborno transnacional, que para efectos de esta Convención es considerado como un acto de corrupción. Al respecto dispuso que:

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 él, 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.

Entre aquellos estados partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus Leyes lo permitan (Convención Interamericana Contra la Corrupción, 1996, Art. VII)

En el marco de la implementación de la Convención para el año 1997, la Asamblea General de la OEA aprobó la Resolución 1477 en la que se adoptó el “Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción”. Bajo este programa, se plantearon acciones en diferentes ámbitos como el jurídico, institucional, internacional y de la sociedad civil para realizar una efectiva implementación del programa en los países miembros de la OEA. No obstante, en esta oportunidad, al igual que con la suscripción de la Convención, no se incluyó un órgano o mecanismo de seguimiento que se encargara de la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos.

Ahora bien, conscientes de la importancia de contar con un ente que realizara el seguimiento a las acciones de los Estados Parte respecto del cumplimiento de los compromisos adquiridos, para el año 2001 se aprobó la creación del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (MESICIC), con la finalidad de dotar de imparcialidad y objetividad la evaluación sobre compromisos.

La forma en la que opera el MESICIC es a través de la realización de rondas de trabajo con cada país, en las que analiza las medidas adoptadas para la implementación de la Convención y prepara un informe en el que formula recomendaciones a cada Estado (OEA, MESICIC, 2002).

De acuerdo con lo que aquí interesa, el MESICIC se ha orientado a fijar pautas de conductas de buenas prácticas para orientar la implementación de los compromisos adquiridos en la Convención, entre las que se encuentran: (a) vinculación de servidores públicos; (b) normas de conducta para prevenir conflictos de intereses; (c) comprensión de responsabilidades y normas éticas de los servidores públicos; (d) remuneración equitativa y probidad en el servicio público; (e) declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas; (f) deber de los funcionarios de denunciar actos de corrupción; (g) protección de denunciantes de actos de corrupción; (h) normas para la preservación de recursos públicos; (i) contratación pública; (j) negación de beneficios tributarios; (k) prevención del soborno de funcionarios; (l) fomento de la participación de la sociedad civil y de las organizaciones gubernamentales; (m) tipificación penal de actos de corrupción; (n)

tipificación penal del soborno transnacional; (ñ) cooperación técnica mutua y asistencia recíproca; y (o) extradición a los agentes que incurrir en actos de corrupción (OEA, Portal Anticorrupción de las Américas, 2021).

Vale la pena aclarar que, las recomendaciones y seguimientos realizados por el MESICIC, se dirigen de manera independiente a la situación y avances de cada país. Esto es así porque a pesar de la estandarización de contenidos mínimos de lucha contra la corrupción para la región. En el avance de los países en la consecución de las metas fijadas influye el contexto interno y dependen en gran parte de la voluntad y realidad política por la que atraviesa un país, y que no todos los países que ratificaron la Convención han cumplido con la presentación y sustentación de informes así como tampoco han asistido a todas las rondas de seguimiento (Transparencia Internacional, 2009).

Lo que sí queda claro es que como aspiración regional se quiere la consolidación de sistemas de información que permitan consultar datos confiables sobre servidores públicos y sus respectivas declaraciones de bienes y rentas así como sus antecedentes, datos sobre la forma en la que la entidades invierten y gestionan los recursos públicos, la posibilidad de realizar denuncias efectivas, y promover estándares claros de responsabilidad para los agentes que contribuyan a la promoción de actos de corrupción o que permitan ocultarlos o llevarlos a cabo.

2.2. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) es el primer instrumento público internacional que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas debido a una manifestación expresa de preocupación por el gran impacto del fenómeno de la corrupción sobre la sociedad, las instituciones, la democracia, la justicia y el desarrollo sostenible, así como el incremento de la delincuencia organizada y los delitos económicos. (ONU, 2003)

Como finalidad de la adopción de este instrumento, se encuentra la de promover medidas de prevención y lucha contra la corrupción;

promoción y apoyo a la cooperación internacional y asistencia técnica en su prevención; y difusión sobre la obligación de la rendición de cuentas y debida gestión pública (*Ibid.*). A diferencia de la CICC, esta Convención no presenta un catálogo de medidas preventivas, por el contrario, el articulado corresponde más bien a un recordatorio para que los Estados adelanten procesos de verificación sobre su legislación interna en relación con conductas de corrupción.

Ahora bien, en lo que se refiere a la contratación pública, esta sí adquiere un papel protagónico que no se le otorgó en el instrumento antes analizado, ya que en esta oportunidad, se le impone la obligación a los Estados de desarrollar e incorporar sistemas de contratación pública que se funden en la transparencia, libre competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, así mismo, impone la carga de establecer mecanismos de difusión de la información eficaces, criterios objetivos y predeterminados para tomar decisiones.

Sobre la definición del concepto de corrupción, tampoco hubo una delimitación específica, aunque una vez revisados los antecedentes y la discusión en relación con la misma, se puede concluir que esto se debe a que las partes decidieron no centrarse en dotarlo de contenido desde una perspectiva teórica sino por el contrario decidieron plasmar en la Convención aquellos elementos que consideraron más peligrosos y dañosos para la democracia y el correcto funcionamiento de los Estados en relación con el fenómeno de la corrupción (Mason, 2020).

En conclusión, la Convención se orienta a fijar parámetros o estándares de buena gestión pública, fortalecimiento de la democracia y de las instituciones dándole un papel protagónico a la cooperación internacional, e impregnando de un alto contenido penal los delitos relacionados con la corrupción que deja a voluntad de los países interesados incluir estas normas en sus ordenamientos (Ríos, 2003).

2.3. Organización para la Cooperación y el Desarrollo

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es una organización internacional que propende por diseñar mejores políticas para una mejor vida, mediante la colaboración

de gobiernos, buscando promover buenas prácticas de políticas públicas para la formulación de estándares internacionales y proponiendo soluciones con fundamento en el análisis de datos reales. Conforme a lo anterior, esta organización formula recomendaciones de carácter general, promoviendo buenas prácticas, así como también recomendaciones concretas a los países miembros o adherentes.

Especialmente, en materia de contratación la OCDE (2016) ha presentado once recomendaciones, que se sintetizan a continuación:

1. Asegurar un nivel adecuado de transparencia en todas las fases de la contratación, bajo acciones como la promoción de trato justo y en igualdad de condiciones a los proveedores del Estado, permitiendo libre acceso a los portales, proporcionando garantías de transparencia de flujo de fondos públicos desde el principio del procedimiento contractual.

2. Asegurar niveles óptimos de transparencia a lo largo de todas las fases de los procesos de contratación, exigiendo a los interesados en procesos de contratación actuar de acuerdo con un alto grado de integridad; poner a disposición del público instrumentos de aseguramiento de integridad adaptándolos a los riesgos de cada caso concreto; formular procesos de capacitación de integridad, incluir requisitos, consistentes en controles internos, medidas de aseguramiento de cumplimiento y programas anticorrupción.

3. Permitir el acceso en igualdad de condiciones a oportunidades para concurrir en procesos de contratación pública a los potenciales competidores sin distinciones; disposiciones de marcos institucionales, legales y reglamentarios razonables y sólidos, para el caso de las licitaciones exigir documentación clara e integrada; y usar de manera recurrente los procesos competitivos limitando el uso de posibles excepciones y de contrataciones con un único proveedor.

4. Permitir el reconocimiento del uso de sistemas de contratación pública con la finalidad de obtener objetivos secundarios de políticas sopesando las finalidades frente al logro del objeto de contratación; evaluar constantemente la adecuación de la contratación como instrumento para perseguir objetivos secundarios de política de acuerdo con unas prioridades nacionales claras; elaborar una estrategia adecuada para la integración de los objetivos secundarios de política

en los sistemas de contratación; y emplear una metodología adecuada de evaluación de impacto para cuantificar la eficacia del sistema de contratación en el logro de objetivos secundarios de política.

5. Fomentar la participación, elaborar, y seguir, un procedimiento normalizado para la introducción de cambios en el sistema de contratación pública; entablar periódicamente diálogos transparentes con los proveedores y con las asociaciones empresariales para exponerles los objetivos en materia de contratación pública; y garantizar un adecuado conocimiento de los mercados, brindar oportunidades para la participación directa de las partes interesadas externas.

6. Promover procedimientos de satisfacción de necesidades de la administración pública impulsando la eficiencia a lo largo del ciclo de contratación pública, mediante, la simplificación del sistema de contratación pública y su marco institucional, implantar procedimientos técnicos adecuados que satisfagan eficientemente las necesidades de los destinatarios. Crear, y utilizar, instrumentos que mejoren los procedimientos de contratación pública, reduzcan las duplicidades y logren una mayor eficiencia.

7. Implementar mejoras en el sistema de contratación pública para aprovechar las facilidades de las herramientas tecnológicas innovando la contratación pública electrónica, para hacer uso de las novedades más recientes en materia de tecnología digital que aporten soluciones integradas de contratación electrónica para todo el ciclo de la contratación pública; y procurarse herramientas avanzadas de contratación electrónica que sean modulares, flexibles, expansibles y seguras.

8. Disponer de personal capacitado para aportar en todo momento eficiente y eficazmente la rentabilidad en ese ámbito, para asegurarse de que los profesionales de la contratación pública tengan un alto nivel de integridad, capacitación teórica y aptitud para la puesta en práctica, proporcionándoles herramientas específicas y periódicamente actualizadas; así como un sistema de carrera atractivo, competitivo y basado en el mérito; fomentar la adopción de enfoques colaborativos con universidades, *think tanks* o centros políticos a fin de mejorar las capacidades y competencia del personal de contratación pública.

9. Estimulación de mejoras en los mecanismos de evaluación de eficacia del sistema de contratación pública, permitiendo evaluar de manera periódica y sistemáticamente los resultados del procedimiento de contratación pública, desarrollar indicadores para cuantificar el rendimiento, la eficacia y el ahorro de costos en el sistema de contratación pública.

10. Integrar estrategias de gestión de riesgos para la definición, detección y atenuación en los contratos públicos, elaborar herramientas de evaluación de riesgos que permitan identificar y abordar amenazas al óptimo funcionamiento del sistema de contratación pública, dar a conocer las estrategias de gestión de riesgos.

11. Aplicar mecanismos de supervisión y control con miras a fortalecer los procesos de rendición de cuentas en todo el ciclo de contratación, establecer un orden jerárquico claro en la supervisión del ciclo de la contratación pública, desarrollar catálogos de sanciones eficaces y aplicables; gestionar las quejas de un modo equitativo, ágil y transparente; y asegurarse de que los controles internos (incluidos los controles financieros, la auditoría interna y los controles de la gestión), así como los controles y auditorías externos, están coordinados e integrados entre sí y disponen de suficientes recursos.

3. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS

Para iniciar con el análisis comparado propuesto, se estudiarán los sistemas nacionales no-latinoamericanos de España, Estados Unidos y Francia, esto con el objetivo de identificar sus características, enfoque y objetivos en relación con la lucha contra la corrupción.

3.1. España

A la par de las instituciones comunitarias, España ha implementado dentro de su ordenamiento jurídico interno un conjunto de medidas que constituyen una completa política anticorrupción, con medidas como la creación de la Fiscalía Anticorrupción en 1995. Esta fiscalía investiga y conoce los procesos relacionados con delitos eco-

nómicos u otros cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones relacionados con el fenómeno de la corrupción (Ministerio Fiscal, 2021).

En la actualización del 6 de octubre de 2021, se consolidó el Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción el cual “trata de atender a la demanda tanto de los profesionales e investigadores como de toda aquella autoridad, funcionario o simple ciudadano que deban hacer uso de la profusa y dispersa legislación en la materia. Los primeros encontrarán sistematizada y puesta al día el conjunto de normativa vigente en materia de prevención y represión de lucha contra la corrupción” (Boletín Oficial del Estado, 2021: 38)

En ese sentido, este Código siguió la distinción realizada por la CNUCC entre medidas de naturaleza preventiva y represivas. Además, desde el punto de vista objetivo es un Código centrado en el ámbito público incluso haciendo referencia a la normativa autonómica, local e internacional sobre la materia.

Por ejemplo, la Ley 2/2021 del 18 de junio, “de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante” tiene como fundamento de sus disposiciones la preocupación que representa el fraude y la corrupción, así como las consecuencias que trae consigo sobre la administración pública, y es catalogada como un problema sistemático que afecta el “corazón de la democracia” y que necesita de la implementación de medidas efectivas que involucren a la sociedad y afiancen el principio de legalidad y responsabilidad.

En ese mismo sentido, la Ley Foral 7/2018 del 17 de mayo, “de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra” creó esta entidad con el objetivo de detectar, prevenir, investigar y erradicar la corrupción y las prácticas fraudulentas de las administraciones públicas de Navarra, dentro de sus principales funciones también se encuentra la supervisión de la contratación pública.

Si bien el objetivo del presente capítulo no es analizar de forma exhaustiva la normativa española en esta materia, se puede concluir que, en principio, la regulación comunitaria es suficiente y adecuada para enfrentar el fenómeno de la corrupción.

Incluso con la reforma del año 2015, con el art. 445 bis del Código Penal que fue recogido en el art. 286 ter dentro de la Sección 3ª “De los delitos de corrupción en los negocios” se castigan las conductas relacionadas con el soborno trasnacional, así:

Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años (Ley Orgánica 10, 1995, Art. 286 ter).

En este punto se vuelve forzoso hacer referencia a casos como el de la multinacional brasileña Odebrecht, encargada de sobornar a funcionarios de altos cargos de más de 10 países en todo el mundo utilizando una maquinaria empresarial diseñada para tal fin, con la que se obtuvieron casi 2 billones de dólares (Ramírez, 2018). Debido a que esta empresa cotizaba en la bolsa estadounidense, está siendo también investigada en este país, en aplicación de la ley estadounidense de Prácticas de Corrupción en el Extranjero también conocida como FCPA.

No obstante, se considera que la aplicación del Código Penal español en relación con este tipo de delitos es puramente simbólica, pues “en los 18 años de vigencia de este delito tan sólo se ha dictado una sentencia, la de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 2017, por la que se condena en conformidad a dos directivos de una em-

presa editorial española por el soborno de altos cargos del gobierno de Guinea Ecuatorial” (Berdugo, 2019:12).

Ahora bien, partiendo de que el fenómeno de corrupción no se limita a esferas domésticas como se puede apreciar en múltiples casos recientes, se procede con el análisis e impacto de la normativa estadounidense actual en esta cuestión.

3.2. *Estados Unidos*

En diciembre de 2021, la Casa Blanca expidió la Estrategia en contra de la Corrupción con un enfoque interesante desde sus primeras líneas, según el cual el Gobierno de Estados Unidos reconoce la lucha contra la corrupción como un objetivo de política exterior directamente relacionado con la economía mundial. En ese sentido, de acuerdo con ésta, para contrarrestar este fenómeno contemporáneo es indispensable reconocer las esferas transnacionales de la corrupción y responder de forma sistemática desde el ámbito local (The White House, 2021).

La estrategia se enmarca en un análisis de las vulnerabilidades de los sistemas financieros estadounidenses e internacionales; en reforzar mejores prácticas internacionales; fortalecer las regulaciones y su implementación; apoyar el papel de los actores que no son gubernamentales; crear voluntad política y reconocer los escenarios en los que no está presente; y perseguir de forma sistemática la rendición de cuentas mediante la combinación de un compromiso diplomático, ayuda exterior y medidas de aplicación de la ley (The White House, 2021).

En el ámbito doméstico también existe una regulación federal que penaliza el soborno y que prohíbe el pago o recepción de gratificaciones a funcionarios públicos —18 USC *Section* 201—, en este mismo marco se penaliza cuando un agente solicita, acepta o acuerda aceptar corruptamente cualquier cosa de valor con la intención de ser recompensado en relación con cualquier negocio o transacción relacionada con la entidad pública receptora de determinados fondos. También esta ley tipifica como delito a la extorsión en el marco de actuaciones corruptas en la esfera pública y aplica a cualquier fun-

cionario público que haya obtenido un pago al que no tenía derecho a sabiendas de que este se hizo a cambio de actos oficiales.

Bajo esa misma óptica, casi tres décadas atrás, fue expedida la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) de 1977, para dar respuesta a las revelaciones sobre el soborno generalizado a funcionarios extranjeros por parte de empresas nacionales, la cual tenía como objetivo poner fin a estas prácticas y crear condiciones equitativas para empresas honestas, así como restablecer la confianza del público en la integridad del mercado (Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, 2012)

Las disposiciones anti-soborno de la FCPA prohíben tanto a las personas y empresas privadas estadounidenses como a las empresas públicas estadounidenses y extranjeras que cotizan en las bolsas de valores de Estados Unidos o que están obligadas a presentar informes periódicos ante las autoridades correspondientes, la realización de pagos corruptos a funcionarios extranjeros con el fin de obtener o conservar negocios. Por otro lado, se exige que los emisores de títulos valores elaboren y mantengan libros y registros precisos con un exigente control contable interno, lo cual, evidentemente se traduce en la prohibición de falsificar a sabiendas los libros o eludir o inaplicar el sistema de controles internos (Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, 2012).

Ahora bien, son el Departamento de Justicia y la Comisión de Valores, las autoridades competentes para aplicar la FCPA y están comprometidos con la lucha contra el soborno en el extranjero mediante una fuerte aplicación.

3.3. Francia

En 1993, Francia adoptó la Ley *Sapin* de 1993 y posteriormente, el 1 de junio de 2017 fue promulgada su “segunda versión”: la Ley *Sapin* II conocida como la Ley de transparencia, de lucha contra la corrupción y la modernización de la economía que tiene fundamento en

tres pilares: (i) transparencia; (ii) lucha contra la corrupción; y (iii) modernización de la economía.

Esta ley representa la voluntad del Estado francés por reforzar esta lucha acompañando el régimen legal interno con estándares internacionales, como lo son la CNUCC, y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. El ámbito de aplicación de esta norma se limita a las sociedades con domicilio de Francia, grupos de sociedades con casa matriz en Francia y a empresas extranjeras con una facturación superior a 100 millones de euros o con más de 500 empleados.

El diseño del programa anticorrupción consta de ocho medidas (Cano, 2015):

1. Reglas de conducta que se refieren al comportamiento que se exige y espera del personal de las empresas. En caso de incumplimiento, estas deben dejar constancia y trazabilidad de las sanciones impuestas.

2. Canal de denuncia, teniendo como prioridad la vía de comunicación disponible a todos los empleados y en su caso a terceros ajenos a la empresa, para que puedan comunicar la concurrencia de prácticas corruptivas.

3. Análisis de riesgos en materia de corrupción, con la elaboración de un mapa o matriz de riesgos que permita apreciar el impacto y probabilidad de los riesgos identificados, atendiendo a la actividad de la empresa.

4. Procesos de *Due diligence* sobre terceros.

5. Control y seguimiento contable.

6. Formación y capacitación continua.

7. Un sistema disciplinario en el que se establezcan sanciones aplicables al personal que no cumple con lo previsto en el programa anticorrupción y en el Código de Conducta.

8. Sistema de auditoría en *Compliance*, teniendo como objeto permitir evaluar las acciones anticorrupción adoptadas a efectos de verificar su eficacia.

Esta Ley de transparencia creó a la Agencia Anticorrupción, convirtiéndola en la autoridad responsable de supervisar y generar planes nacionales para prevenir comportamientos y actos corruptos, así como encargada de la identificación y/o detección de actividades corruptas en entidades públicas y dispositivos económicos. Es por eso que, de acuerdo con su estructura organizacional, esta fue dotada de independencia funcional en el desempeño de funciones de vigilancia y control.

En materia de contratación pública la Ley *Sapin* de 1993 incluía herramientas de prevención contra la corrupción en relación con los procedimientos públicos y la esfera económica; ahora, la Ley *Sapin* II reitera ese enfoque y adicionalmente impuso la obligación al Gobierno francés de elaborar un código de contratación estatal tratando de facilitar el acceso a un texto unificado que contendría todas las disposiciones relativas a la contratación estatal (Zarate & Chemas Vélez, 2018).

Recientemente el gobierno francés publicó la Estrategia Anticorrupción de Cooperación Internacional 2021-2030 a través de tres tipos de acciones, las primeras están relacionadas con el fortalecimiento de la estrategia francesa de combate contra la corrupción a través de dos objetivos específicos: (i) mejora continua en la eficacia de los procesos de cooperación internacional; y (ii) la limitación del riesgo. El segundo grupo de acciones, corresponde a la promoción de lucha contra la corrupción para una mejor gobernanza en la cooperación internacional, los objetivos que componen esta acción son: (a) la promoción de transparencia; (b) rendición de cuentas en el sector público; y (c) fortalecimiento de la cooperación francesa. El último eje de acción, tuvo apoyo en el trabajo de organizaciones internacionales, actores no gubernamentales e instituciones locales francesas con objetivos relacionados con la colaboración internacional, la colaboración de actores y agentes no gubernamentales y por último el aprovechamiento de la experiencia de las Entidades Fiscalizadoras promoviendo actos preventivos de corrupción.

Respecto a los delitos relacionados con el soborno transnacional, como acto constitutivo de corrupción, el Código Penal francés, consagra disposiciones que lo castigan, puntualmente el Capítulo V, en el art. 453-3 introducido en el año 2000 dispone que:

Para la aplicación del convenio para la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales firmado en París el 17 de diciembre de 1997, será castigado con diez años de prisión y multa de 1.000.000 francos el hecho de proponer, en cualquier momento, sin tener derecho a ello, directa o indirectamente, ofertas, promesas, dádivas, regalos o ventajas cualesquiera para obtener de una persona depositaria de la autoridad pública, encargada de una misión de servicio público, o investida de un mandato público de carácter electivo en un Estado extranjero o en el seno de una organización internacional pública, la realización o el abstenerse de realizar un acto de su función, de su misión o de su mandato o facilitado por su función, su misión o su mandato, con el fin de obtener o conservar un contrato u otra ventaja indebida en el comercio internacional. Será castigado con las mismas penas el hecho de conceder, en cualquier momento, directa o indirectamente, a una de las personas previstas en el apartado precedente que las haya solicitado, sin tener derecho a ello, ofertas, promesas, dádivas, regalos o ventajas cualesquiera para realizar o abstenerse de realizar un acto previsto en el apartado mencionado. La persecución de los delitos previstos en el presente artículo sólo podrá ejercerse a petición del ministerio público.

3.4. Análisis comparado

Como pudo evidenciarse en el estudio hecho a lo largo de este acápite, la corrupción es un fenómeno transversal a cualquier gobierno contemporáneo, incluso el mundo europeo o norteamericano, y por lo tanto requiere de esfuerzos legislativos, judiciales y administrativos efectivos para su erradicación.

Por un lado, Francia fue un país criticado fuertemente por la debilidad y los vacíos que tenía su ordenamiento jurídico hasta hace algunos años, más exactamente en el 2016, cuando se implementó la Ley *Sapin II* conocida como la Ley de transparencia, de lucha contra la corrupción y la modernización de la economía. Gracias a su promulgación y a la voluntad del Estado francés por fortalecer y dotar a sus instituciones de herramientas legales contra la corrupción, se implementó un instrumento coherente con estándares internacionales en esta materia. Es claro que esta normativa encuentra rasgos comunes con la española, por ejemplo, con los requisitos que deben cumplir las organizaciones para evitar actos de corrupción. Sin embargo, pueden diferir en aspectos formales relacionados con la cantidad de empleados o ingresos para la activación de determinadas obligaciones.

España es un país ejemplar en cuanto a implementación legal en materia de corrupción se refiere, no obstante, debe quedar claro que esto no es una garantía para su materialización o para la prevención de actos de corrupción. Ahora bien, en la regulación española, el principio de transparencia constituye un principio esencial en la actuación de la administración pública, la cual está orientada a la preservación del interés general.

Por lo anterior, el reconocimiento de la importancia de este principio, como bien lo consagra la Ley 2/2016 de 11 de noviembre “por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes”, reafirma la necesidad que tienen los ordenamientos jurídicos modernos de articular mecanismos que permitan canalizar e identificar información sobre eventuales actuaciones que contraríen el interés público realizadas por funcionarios públicos en ocasión de la labor que desempeñan.

Después del análisis adelantado en los acápites previos, también es evidente que el FCPA norteamericano inspiró varias de las disposiciones francesas en relación con la prevención de la corrupción, por ejemplo, en lo que respecta a la supervisión interna reforzada. De esta forma, también se destaca en la regulación norteamericana el enfoque no solo doméstico sino internacional del fenómeno corruptivo, pues desde su origen estuvo orientado a prevenir la realización de conductas contrarias a los intereses públicos por medio de sus funcionarios, es decir, la normatividad americana desde un inicio prestó atención detallada a la necesidad de implementar medidas de seguridad y prevención de la corrupción, por las grandes implicaciones que ésta podría tener en una escala global: económica, social y política.

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS

La corrupción ha ocupado un lugar sobresaliente en las noticias de por lo menos los últimos 20 años en los países de América Latina y coherentemente ha pasado a ocupar uno de los principales temas de discusión a la hora de formular políticas públicas y metas de los

principales programas de gobierno, tanto como la disminución de la desigualdad social, el fortalecimiento de las instituciones sociales y políticas, la eliminación del clientelismo en los procesos electorales y la promoción del cumplimiento de normas formales (Smith & Smith, 2010). Según Transparencia Internacional, América Latina es una región en la que pulula la corrupción y resalta que este fenómeno se ha beneficiado de la crisis provocada por el Covid-19. En esta ocasión, Transparencia Internacional (2021) evaluó 32 países obteniendo una puntuación media regional de 43/100.

Para el tema que nos ocupa, se estudiará la normativa relacionada con prevención de la corrupción, especialmente en el marco de la contratación pública, y el papel preponderante que tiene la publicidad de la información y los estándares de transparencia en el ámbito regional de cinco países latinoamericanos: México, Perú, Chile, Argentina y Brasil.

4.1. Argentina

El estudio de la OCDE sobre la integridad en Argentina, del año 2019, desde sus primeras líneas manifiesta que “la República Argentina es testigo del período más prolongado de democracia ininterrumpida. Sin embargo, los argentinos perciben que hay un flagelo que persiste, poniendo en riesgo la democracia, instituciones y el desarrollo económico: la corrupción” (OCDE, 2019: 1)

Desde el año 1999, con la Ley 25.233 se creó la Oficina Anticorrupción en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a la cual se le asignó como función principal la “elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional y, en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, gozará de las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la Ley N° 24.946” (Ley 25.233, 1999, Art. 13) En ese mismo año se promulgó la Ley 25.188 la cual tiene como objeto establecer un:

Conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por

cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (Art. 1).

Además, con las Leyes 24.759 y 26.097, aprobó la CICC y la CNUCC, con el objetivo de lograr la homogeneización normativa y de políticas públicas que prevengan actos de corrupción y de esta forma trabajar por su persecución y sanción, en un marco de cooperación entre los Estados Parte a través del intercambio de información y de experiencias sobre esta problemática.

Ahora bien, siguiendo el ejemplo de países como Colombia, Perú y Chile, mediante el Decreto 258/2019, Argentina aprobó el Plan Nacional Anticorrupción (2019-2023) que cuenta con más de doscientas iniciativas transversales y sectoriales que consolidan y profundizan el camino de la transparencia, la integridad, el fortalecimiento institucional y la rendición de cuentas.

Este Plan Nacional de Anticorrupción cuenta con tres objetivos prioritarios que forman parte de sus objetivos de gobierno, los cuales son: (i) fortalecimiento institucional; (ii) modernización del Estado; y (iii) inserción inteligente al mundo (Oficina Anticorrupción, 2019).

En lo que respecta al fortalecimiento institucional, este es un proceso que conlleva la implementación de políticas de transparencia, rendición de cuentas y planificación; y estos nuevos procedimientos deben incorporar nuevas tecnologías que permitan que su funcionamiento sea eficiente, efectivo y transparente; y todo lo anterior, debe desarrollarse con una visión amplia, estratégica y de incorporación en el mundo contemporáneo (Oficina Anticorrupción, 2019).

En ese mismo sentido, Argentina incorporó en su ordenamiento interno mediante la Ley 25.319 la Convención Sobre la Lucha Contra El Cohecho De Funcionarios Públicos Extranjeros en Las Transacciones Comerciales Internacionales y por la Ley 25.632 la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

No obstante, Argentina no contemplaba dentro de su ordenamiento jurídico un delito tipificado en relación con el soborno transnacional, y en compás con las recomendaciones de la OCDE y ME-SICIC (de Jesús, Escobar & Hearne, 2021), a través de la Ley 25.188 modificó su Código Penal, sustituido por la Ley 27.401 de 2017, el cual contempla en su artículo 258 *bis*:

Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial. Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

4.2. *Brasil*

En el 2013, con la Ley 12.846 también conocida como “Ley Anticorrupción” Brasil comenzó formalmente su lucha contra este fenómeno, al menos desde una perspectiva legislativa. Esta propone un sistema de responsabilidad individual y corporativa por actos de corrupción contra funcionarios públicos nacionales, extranjeros u organismos internacionales.

El art. 5 de la Ley Anticorrupción establece determinadas conductas ilícitas contrarias a la administración pública del Gobierno de Brasil o del extranjero, dentro de los cuales se encuentran, textualmente:

1. Prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, una ventaja indebida a un agente público, o a un tercero relacionado con él;

2. Financiar, financiar, patrocinar o de cualquier forma subsidiar de forma demostrable la práctica de los actos ilícitos previstos en esta Ley;

3. Utilizar de manera demostrable un intermediario, persona natural o jurídica, para ocultar o disfrazar sus intereses reales o la identidad de los beneficiarios de los actos realizados;

4. En cuanto a las licitaciones y contratos: (a) frustrar o defraudar, mediante ajuste, combinación o cualquier otro recurso, el carácter competitivo de un procedimiento de licitación pública; (b) impedir, perturbar o defraudar la realización de cualquier acto de procedimiento de licitación pública; (c) remover o tratar de remover al postor, mediante fraude u ofreciendo una ventaja de cualquier tipo; (d) defraudar la licitación pública o el contrato resultante de la misma; (e) constituir de manera fraudulenta o irregular una persona jurídica para participar en licitaciones públicas o celebrar un contrato administrativo

5. Obtener fraudulentamente una ventaja o beneficio indebido de modificaciones o prórrogas de contratos celebrados con la administración pública, sin autorización de la ley, en el aviso de licitación pública o en los respectivos instrumentos contractuales; o

6. Manipular o defraudar el equilibrio económico-financiero de los contratos celebrados con la administración pública.

7. Obstaculizar la actividad de investigación o fiscalización de órganos, entidades o agentes públicos, o intervenir en su actuación, incluso en el ámbito de los órganos reguladores y de supervisión del sistema financiero nacional.

Además, según la propia Ley Anticorrupción:

§ 1. Se entiende por administración pública extranjera los órganos y entidades estatales o representaciones diplomáticas de un país extranjero, de cualquier nivel o esfera de gobierno, así como las personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por el poder público de un país extranjero.

§ 2º A los efectos de esta Ley, los organismos públicos internacionales equivalen a la administración pública extranjera.

§ 3º Se considera agente público extranjero, para los efectos de esta Ley, a todo aquel que, aunque sea temporalmente o sin remuneración, ejerza cargo, empleo o función pública en órganos, entidades estatales

o representaciones diplomáticas de país extranjero, así como como en personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por el poder público de un país extranjero o en organismos públicos internacionales.

Ahora bien, el Código Penal de este país tipifica como delito la corrupción activa en transacciones comerciales internacionales (art. 337-B) y el tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales (art. 337-C).

En ese mismo sentido, recientemente el Gobierno Federal expidió el Plan Anticorrupción 2020-2025 con el fin de estructurar y establecer acciones para mejorar en el ámbito ejecutivo federal los mecanismos de prevención, detección y rendición de cuentas por actos de corrupción. Además, permitirá tener un mayor conocimiento de las responsabilidades estatales en esta materia, mejorar el marco jurídico regulatorio, tomar decisiones informadas y coherentes con la regulación internacional, así como definir acciones que refuercen y sistematicen los mecanismos de lucha contra la corrupción desde el ámbito federal (Comité Interministerial para Combatir la Corrupción, 2020).

4.3. Chile

El sistema de contratación chileno tiene fundamento en la Ley No. 19886 que contiene las bases sobre contratos administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Así mismo, el Decreto 250 reglamenta el contenido de las bases sobre contratos administrativos. Como procedimientos o modalidades de selección, la Ley 19886 prevé: (a) licitación pública, (b) convenio marco, (c) licitación privada, y (d) contratación directa.

La licitación pública es el procedimiento de selección que se aplica cuando para la necesidad de la entidad no es posible suplirla mediante la contratación por convenio marco. Además, es necesario para adelantar una licitación pública que supere un monto determinado en la norma que regula el procedimiento. Es importante resaltar que este procedimiento tiene una fase facultativa que se refiere a una fase de consulta al mercado realizando reuniones con provee-

dores con el objeto de obtener información acerca de los bienes y servicios que se requiere contratar.

La contratación por convenio marco es la contratación que se adelanta mediante la creación de un catálogo electrónico de bienes y servicios al que podrán acceder las entidades que interfieren en el sistema de compras de Chile para adquirir los bienes con los proveedores específicos a los que se ha adjudicado el convenio marco. Contrario a la regla general de la mayoría de los sistemas de contratación de otros países de la región, en el sistema chileno, la contratación a través de Convenio Marco es la regla general, de manera que las entidades deben agotar la búsqueda y compra mediante este catálogo en primera instancia para proceder a evaluar la procedencia de otras modalidades de contratación.

El procedimiento de licitación privada inicia con la invitación que hace una entidad a unas personas determinadas para que presenten sus propuestas en el marco de unos términos que han sido fijados previamente por la entidad contratante. Tal como se dijo antes, esta es una modalidad de contratación de carácter excepcional, que está condicionada a la constitución de unas circunstancias específicas del art. 44 de la Ley 19886. Finalmente, la contratación directa solo procede en unos casos restringidos y de manera excepcional.

La Dirección de Compras y Contratación Pública se constituye como el ente rector en la materia, esta dirección es la institución a la que le fue encomendada la administración de la plataforma ChileCompra y la plataforma Mercado Público. ChileCompra es una plataforma transaccional que adelanta procesos de adquisiciones mediante cotizaciones y licitaciones y realiza compras mediante el catálogo de Convenios Marco. Debe así mismo administrar y controlar el registro de proveedores en el Registro Electrónico Oficial de Proveedores del Estado.

En lo que se refiere a la lucha contra la corrupción Chile desde el año 1994 instaló la Comisión de Ética Pública mediante el Decreto 423 de 1994 en el que se la asignó como principal tarea a esta comisión la elaboración de un informe con las proposiciones en temáticas como análisis de legislación vigente en materia de probidad, funcionamiento de mecanismos de control y fiscalización existentes, evaluación de la reglamentación vigente en materia de contratos y lici-

taciones, legislación en materia de conflictos de interés, entre otros. Así las cosas, la Comisión presentó el informe en 1996 denominado “Informe de la Comisión Nacional de Ética sobre probidad pública y la prevención de la corrupción”, en el que estableció lo que sería la hoja de ruta de las futuras comisiones.

Posteriormente en 2015, se adoptó la “Agenda para la Transparencia y la Probidad en los Negocios y en la Política”, documento que se enfocó en proponer dieciocho medidas legislativas y catorce iniciativas administrativas para optimizar la actuación de la administración incluyendo garantías de transparencia y confianza en las instituciones, en aras de prevenir actos de corrupción (Sahd & Valenzuela, 2018).

Para el año 2020, se realizaron modificaciones al reglamento de compras, las cuales tuvieron como principal objetivo disminuir los trámites burocráticos en los procesos de compra de menor cuantía y por otro lado impulsar contrataciones más eficientes.

En materia de transparencia debe exaltarse la expedición de la Ley No. 20.285, que establece los lineamientos sobre acceso a la información pública para los organismos o entidades públicas estableciendo la publicación obligatoria en sus páginas y el uso de la plataforma ChileCompra en las adquisiciones de sus bienes y servicios. En desarrollo de la Ley de Transparencia, se creó el Consejo para la Transparencia, que es el encargado de promover, garantizar y fiscalizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y finalmente, de construir y consolidar una cultura de transparencia en Chile.

Finalmente, en lo que respecta a delitos en materia de corrupción que traspasan las fronteras nacionales, Chile también es miembro de las principales convenciones internacionales que luchan contra la corrupción, dentro de las que se encuentra la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de OCDE, y además, en su ordenamiento interno, con la Ley 19.829 de 2002, modifica el Código Penal en relación con este delito, estableciendo en el artículo 250 bis de su Código Penal que:

El que ofreciere dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación de inciso primero del artículo 248 bis., será castigado el que ofreciere dar el beneficio a funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en acciones u omisiones señaladas. El que, en iguales hipótesis a las descritas, consintiere en dar el referido beneficio, pena de reclusión menor en su grado mínimo, multa e inhabilitación (Ley 19.829, 2002, Artículo Único).

4.4. México

En la legislación mexicana, la norma que regula los aspectos relacionados con la contratación es la “Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público”, no obstante, no todas las normas que se refieren a la adquisición de bienes o servicios está contenida en un único cuerpo normativo, sino que existen algunos otros que regulan diferentes materias relacionadas con la contratación como por ejemplo la “Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados”, lo cual quiere decir que se trata de una normativa compleja que se encuentra en diferentes textos no unificados (Quezada, 2015).

Ahora bien, en lo que se refiere a los procedimientos de contratación en México, se resalta que existen tres modalidades o tipos de procedimiento como los son: (a) licitación pública, tratándose de la regla general en materia de contratación; (b) invitación por lo menos a tres personas, que consiste en un procedimiento restrictivo del número de participantes para hacerlo más expedito y eficiente; y (c) la adjudicación directa, que en últimas consiste en la contratación sin ningún tipo de procedimiento competitivo (Olivera, 2020).

Por otro lado, y en lo que se refiere a la lucha contra la corrupción, el Gobierno Federal mexicano expidió en 2016 la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, que se compone de tres sistemas: (a) el Sistema Nacional Anticorrupción o SNA; (b) el Sistema Nacional de Fiscalización también conocido como SNF; y (c) la Plataforma Digital Nacional.

El Sistema Nacional Anticorrupción se enfoca en la prevención de hechos de corrupción, la imposición de mecanismos de coordinación entre entidades y órganos del Estado, difusión de políticas de integridad en el servicio público, directrices para el funcionamiento de los comités de participación ciudadana y las bases mínimas para crear e implementar sistemas electrónicos de información para las instituciones.

Para la consecución de estos objetivos se creó un Comité Coordinador encargado de establecer mecanismos de coordinación entre aquellos que participan en el SNA, que tiene a su cargo la elaboración y promoción de políticas públicas de lucha contra la corrupción, y adicionalmente, el legislador fue consciente de la importancia de la participación ciudadana y por lo tanto, previó la creación de un Comité para tal fin, encargado de promover de manera organizada y eficiente la participación de organizaciones sociales y académicas para ser interlocutor del Comité Coordinador en la formulación de las políticas públicas.

El SNF tiene como finalidad dotar de garantías el seguimiento y control de la ejecución de los recursos públicos, y para ello dispuso la creación de un sistema electrónico con cobertura suficiente en el territorio mexicano para asegurar el acceso a información y seguimiento del gasto de recursos federales y locales.

Por último, la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción incluyó en cabeza del Comité Coordinador, la tarea de concretar las bases de funcionamiento de la Plataforma Digital Nacional para el cumplimiento de procedimientos, obligaciones y disposiciones de la ley. El contenido mínimo de la plataforma fue fijado así: (a) sistema de evolución del patrimonio; (b) declaración de intereses (c) sistema de servidores públicos que intervienen en procedimientos de contratación pública; (d) sistema nacional de servidores públicos y particulares sancionados; (e) sistema de información y comunicación; (f) sistema de denuncias públicas y faltas administrativas y hechos de corrupción; y (g) sistema de información pública.

Para enero de 2020, el Comité Coordinador expidió la Política Nacional Anticorrupción de México en la que se formuló un plan estratégico a largo plazo que definió las prioridades en materia de lucha contra la corrupción. En este contexto se identificaron cuatro

ejes de acción: (a) la lucha contra la corrupción y la impunidad, que se orientan a prevenir y detectar actos de corrupción oportunamente; (b) la reducción de la arbitrariedad y el abuso de poder, mediante procesos de profesionalización e integridad en el servicio público; (c) la mejora en los puntos de interlocución entre el gobierno, la ciudadanía y el gobierno y el sector privado; y (d) la promoción de un mayor grado de participación de la sociedad civil para garantizar el control social sobre la corrupción (Anticorrupción, 2020).

Todo lo expuesto anteriormente permite concluir que, en los principales aspectos normativos de lucha contra la corrupción, México presenta avances en los últimos años. Incluso conforme a las cifras presentadas en la página del SNA, la presencia del Comité y los escenarios de participación e interlocución se encuentran en el 98% de implementación. Así mismo la plataforma digital de información pública, propende por ser una plataforma interoperable en la que se unifiquen los criterios de búsqueda de información de las diferentes entidades del gobierno, asegurando una mayor transparencia que permita realizar un seguimiento en tiempo real sobre los procesos de contratación, trámites administrativos, entre otros.

Así mismo, es de resaltar que México ha participado en todas las rondas de revisión de la implementación que realiza el MESICIC, siendo el último informe el 16 de septiembre de 2021. Sobre este punto, se desatacaron dos buenas prácticas la cartilla anticorrupción y el patrón de integridad empresarial en materia ética e integridad. En materia de contratación estatal o pública el informe no presentó consideración alguna.

No obstante, en delitos como el soborno trasnacional, México aún es un país que no lo sanciona. En un informe hecho por Transparencia Mexicana (2020) se precisa que, pese a ser un país obligado a investigar y sancionar los actos de corrupción trasnacional bajo los supuestos de la Convención de la OCDE contra el Cohecho Internacional y que su propio Código Penal General lo prohíbe en virtud del artículo 222*bis*, “se ubica entre los países que no sancionan la corrupción trasnacional, tanto en el caso de corporaciones globales que hacen negocios en México, como en el de empresas mexicanas que hacen negocios en el extranjero e incurrir en prácticas ilegales” (Transparencia Internacional, 2020)

4.5. *Perú*

En Perú, la Ley de Contrataciones del Estado 1017 junto con el Reglamento D.S. No. 184 de 2008 conforman la principal regulación en la lucha contra la corrupción. Estas normas son aplicables no solo a las entidades del nivel nacional, sino también a los gobiernos regionales y locales, así como a sus dependencias, los organismos autónomos, las universidades públicas, las fuerzas armadas y los fondos de salud.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), es la Entidad especializada en Perú, que tiene como finalidad salvaguardar y promover el cumplimiento de la normativa de la contratación del Estado peruano. Entre sus principales funciones está la de emitir directivas en materia de contratación, supervisar el procedimiento de contratación, absolver consultas, designar árbitros y resolver recusaciones. Así mismo, puede imponer sanciones a proveedores que estén inscritos en el Registro Nacional de Proveedores y suspender procesos de selección cuando así lo considere necesario.

De otra parte, el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), es el sistema mediante el cual se realiza el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado y la realización de transacciones electrónicas. Este sistema electrónico es obligatorio para las entidades que están sujetas a la aplicación a la Ley de Contrataciones del Estado, de manera que, todos los actos que se lleven a cabo por medio del SEACE tienen la misma validez y eficacia que los actos que se lleven a cabo por medios físicos, manuales o externos al mismo (Simon & Ramírez, 2012).

Conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado, son procesos de selección, la licitación pública, el concurso público, la adjudicación directa y la adjudicación de menor cuantía. La licitación y el concurso públicos se constituyen en la regla general a través de la cual debe llevarse a cabo la contratación de bienes, servicios y obras. La adjudicación directa puede darse de dos formas: de forma pública o selectiva. Por último, la adjudicación de menor cuantía se aplica a las contrataciones que realiza la Entidad que tenga por monto el 10% del límite mínimo establecido por la

Ley de Presupuesto del Sector Público para los casos de licitación y concurso público.

Para ser proveedor en el SEACE es necesario adelantar la inscripción en el Registro Nacional de Proponentes y quien administra este registro es el OSCE (Uslaner, 2008).

En materia de corrupción, el recorrido peruano ha sido interesante pues con posterioridad a la caída del Presidente Alberto Fujimori a finales del año 2000, inició un proceso de reforma institucional a nivel nacional y específicamente en materia de corrupción inició en el año 2002 con la Iniciativa Nacional Anticorrupción (INA) que tenía como objetivo principal realizar un diagnóstico de las principales causas de corrupción y generar escenarios de diálogo nacional para construir los nuevos estándares de lucha contra la corrupción. La INA presentó una guía para la implementación de una política nacional anticorrupción que tenía como finalidad establecer cuatro condiciones políticas y sociales comprometiendo a las instituciones, a la sociedad civil y a los ciudadanos como individuos: la primera es el rechazo a la impunidad; la segunda, constituir una alianza político social contra la corrupción a largo plazo; la tercera, fortalecer el liderazgo público y privado; y por último, la lucha contra la corrupción sistemática.

Paralelamente se creó la Comisión Nacional de Lucha contra la Corrupción (CNA) en el año 2001, cuyas funciones debían orientarse a concretar las recomendaciones realizadas por el INA, siendo la función más importante de esta Comisión la de controlar el fenómeno de la corrupción evaluando y denunciando este tipo de actos al Fiscal de la Nación. Para 2006 se creó el Consejo Nacional Anticorrupción en un intento por darle un nuevo aire a esta lucha, desde el Gobierno Nacional, no obstante, este no tuvo mucha duración y fue reemplazado por la Oficina Nacional Anticorrupción en el año 2007.

En 2013 se constituyó la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción que tenía a su cargo la formulación de políticas de corto, mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y sancionar la corrupción. Así como la coordinación y articulación de acciones de prevención y sanción de la corrupción y por último la promoción de la integridad. Conforme a lo anterior, sorprende la falta de consistencia y estabilidad de la

que debería estar dotada un órgano de lucha contra la corrupción, y en su lugar el nombramiento de quien los dirige se sujeta a las condiciones del contexto político de turno (Pozsgai-Alvarez, 2019).

El último, y reciente esfuerzo realizado por el Gobierno peruano en materia de lucha contra la corrupción, se construyó el de Plan Nacional de Integridad y Lucha Contra la Corrupción 2018-2021, adoptado mediante el Decreto Supremo No. 048-2018, en el cual identificaron diversos ejes centrales de acción que incluyen objetivos y acciones específicas.

Los ejes identificados son: en primer lugar, la capacidad preventiva del Estado frente a los actos de corrupción, enfocado en garantizar la transparencia y el acceso a la información pública, consolidación de la gestión de la información de una manera eficiente con un enfoque de prevención a posibles actos de corrupción, e impulsar la reforma del sistema electoral. En segundo lugar, se encuentra la identificación y gestión de riesgos, la cual se enfoca en mejorar los mecanismos de denuncia, dotándolos de tres características: confianza, rapidez y acceso; junto con el deber de impulsar la carrera pública basada en el mérito, garantizar la integridad, transparencia y publicidad de la contratación del Estado a través de la modernización de la plataforma de contratación SEACE, fortalecer al ente rector en la materia para asegurar su autonomía, programas permanentes de capacitación en prevención de la corrupción. Y finalmente, el tercer eje se refiere a la capacidad sancionadora del Estado frente a los actos de corrupción y se propone reforzar el sistema de justicia penal, actualizar el sistema disciplinario y el sistema nacional de control.

Ahora bien, de acuerdo con el informe de seguimiento y monitoreo, publicado el 8 de marzo de 2021, en la implementación del Plan de integridad antes mencionado, la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción destacó que en relación con la contratación del Estado se han presentado avances tales como la inclusión del principio de integridad como parte de la regulación en la promoción de inversión privada para asociaciones publico privadas. Y como retos pendientes aún quedan el fortalecimiento de la plataforma SEACE, la aprobación de un marco normativo que desarrolle la participación de veedurías ciudadanas en materia de contratación (Anticorrupción C. d., 2021).

Por otro lado, la Ley 29316, incorporó al Código Penal peruano el artículo 397-A, modificado por el Decreto Legislativo 1243 que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución de penas, define el cohecho activo transnacional como:

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años. inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En suma, Perú lleva un largo período de tiempo luchando por dar continuidad a su proceso de lucha contra la corrupción a través de varios instrumentos jurídicos y administrativos como la creación de comisiones y consejos anticorrupción, reconociendo que en el camino trazado de lucha contra la corrupción hay avances normativos y prácticos, pero que aún faltan acciones por implementar como el fortalecimiento de las plataformas de consulta de información pública, la promoción de un cultura de integridad y de ética frente a lo público, entre otras.

4.6. Análisis comparado

Llegado este punto, resulta necesario realizar un análisis comparado de los cinco países previamente estudiados no solo a la luz de su regulación interna sino también de los parámetros previamente expuestos en los sistemas no-latinoamericanos abordados, los cuales también tienen en común los estándares internacionales dados por las convenciones sobre la materia.

La corrupción tiene matices que altera las reglas del juego de cualquier ordenamiento jurídico moderno, pues no solo tiene con-

secuencias civiles o penales para los agentes involucrados, sino que también involucra el sistema económico mismo de cada Estado.

La regulación de los cinco países latinoamericanos analizados previamente tiene como común denominador, al menos en la teoría, a la voluntad política en términos legislativos para prevenir y mitigar las conductas corruptas. En México la Política Nacional Anticorrupción ha definido las prioridades y ejes de acción orientados a detectar oportunamente actos de corrupción, no solo de forma posterior a su comisión, sino también de forma previa a ellos. Además, resulta interesante resaltar la intención de involucrar a la sociedad civil como una forma de control social sobre este fenómeno. Si bien es un Estado que consagra la prohibición de conductas que pueden constituir el delito de soborno transnacional, en la práctica, como se mencionó en su acápite específico, México aún es un país que no lo sanciona de forma efectiva pues, de hecho, en el período 2016-2019 no sancionó ningún caso por cohecho internacional.

En el informe “Exportando Corrupción 2020” México fue catalogado como un Estado con muy poca o casi nula implementación de medidas contra el soborno internacional.

En ese sentido, Perú también es un país a la vanguardia en la lucha contra la corrupción que se caracteriza por regir sus actuaciones con lineamientos que pretenden alcanzar la transparencia de los actos que involucran recursos del Estado. La Comisión Nacional de la Lucha contra la Corrupción también representa el esfuerzo de este país por dotar de seguridad y control a las instituciones públicas cuando se trata de prevenir la corrupción. Lo anterior también se materializa en el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021. No obstante, en el mismo informe realizado por Transparencia Internacional en 2020, Perú se encuentra catalogado de la misma forma que México.

En lo que respecta a Chile, desde el año 1994 fue creada la Comisión de Ética Pública y con la Ley 20.295 se crearon lineamientos sobre el acceso a la información pública para los organismos y entidades públicas, lo cual también se hizo en desarrollo de la Ley de Transparencia que también pretende orientar la actividad estatal a conductas prolijas y rectas que no contribuyan al crecimiento del

fenómeno de la corrupción. Además, es un país que también tipifica el cohecho a funcionarios públicos en transacciones comerciales internacionales. Pese a que en el informe sobre la Exportación de la Corrupción (2020) Chile se encuentra un poco mejor posicionado que los países anteriormente estudiados, tampoco sancionó posibles conductas constitutivas del delito de soborno internacional y se ha criticado que, en su regulación, a diferencia de la española por ejemplo, no contiene ningún mecanismo de protección para los denunciantes de conductas corruptas.

Argentina ha involucrado, al igual que los países objeto de estudio, estándares internacionales de la lucha contra la corrupción y es común encontrar en la motivación de su normativa interna, referencias que aluden a convenios extranjeros sobre la lucha contra la corrupción. Así, también con la creación del Plan Nacional Anticorrupción 2019-2023 se crearon iniciativas transversales y sectoriales que pretenden consolidar y profundizar un camino con transparencia, integridad, fortalecimiento institucional y rendición de cuentas para evitar la corrupción. También es un Estado que tipifica conductas relacionadas con el soborno internacional y se encuentra en el mismo lugar que Chile en el informe de Transparencia Internacional de 2020. Sucede lo mismo, no se han concluido los casos abiertos y tampoco se han sancionado conductas corruptas que puedan involucrar a diferentes Estados.

Finalmente, Brasil también propone un sistema de responsabilidad individual y corporativa por conductas ilícitas que pueden catalogarse como corruptas, y al igual que los países latinoamericanos estudiados también ha implementado un Plan Anticorrupción 2020-2025 con el fin de estructurar y establecer acciones para mejorar en el ámbito ejecutivo federal los mecanismos de prevención, detección y rendición de cuentas por estos actos.

En este punto, se puede concluir que los cinco sistemas normativos previamente estudiados tienen rasgos en común en cuanto a la estructuración de su regulación en la lucha contra la corrupción y una de las herramientas frecuentes es la implementación de una “Ley General” que dispone de lineamientos transversales para prevenir, mitigar y castigar hechos de corrupción y a su vez, la implementación de “Planes Nacionales” que deben desarrollarse en

períodos relativamente cortos y que constan de actividades específicas que adelantará el gobierno de turno en su lucha contra este fenómeno. Además, pese a las falencias en la aplicación debida de sus normativas domésticas, estos países respetan e involucran a los estándares internacionales en sus ordenamientos internos. Cabe resaltar que también, como “víctimas” de este fenómeno en esferas que van más allá de sus fronteras han implementado medidas que castigan conductas como el soborno transnacional y el crimen organizado para tal fin.

Francia, España y Estados Unidos, a pesar de que su organización política difiere en ciertos aspectos con la mayoría de países latinoamericanos, especialmente los que aquí nos ocupan, también guardan algunos rasgos similares en cuanto a la regulación relacionada con la corrupción. Por lo que resulta interesante que el común denominador no sea la falta de normativa al respecto sino la carencia de materialización de las consecuencias que deberían tener este tipo de conductas. Como se estudió previamente, España ha sancionado de forma puramente simbólica situaciones constitutivas de actos de corrupción.

Dentro de la estructura normativa que merece ser destacada es el enfoque global de la regulación estadounidense, pues desde un inicio incorporó medidas transnacionales y que desde su promulgación en 1977 ha tenido un gran impacto en Latinoamérica no solo en términos del impacto que ha tenido en la regulación interna de estos países sino en la coordinación y cooperación, pues si bien cada Estado goza de soberanía plena en sus decisiones en cuanto a la implementación de políticas contra este fenómeno, también es cierto que la forma en la que lo hagan siempre partirá de un punto común.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

El giro ordinario de las actividades de la administración pública exige de suyo que se realice la adquisición de bienes y servicios, esto es así porque es la Administración Pública quien debe garantizar la consecución de unos fines estatales que le han sido encomendados por mandato constitucional. La práctica ha demostrado que es im-

posible exigirle a la administración la consecución de determinados fines por sí sola, de manera que los particulares están llamados a aportar bienes y servicios a cambio de un precio, circunscribiéndose al ámbito de la contratación estatal (Moreno, 2020).

En Colombia, el Sistema de Compra Pública está compuesto por un robusto régimen normativo que regula los aspectos que tienen relación de alguna u otra manera con la contratación de la Administración. Este sistema ha sido definido como un conjunto de herramientas para guiar la toma de decisiones sobre gasto público con la finalidad de que las entidades del Estado adquieran bienes, obras y servicios para la correcta satisfacción de sus necesidades (Eficiente, 2018). Entonces, como partícipes del Sistema se definen: (a) las Entidades Estatales que adelantan procesos de contratación; (b) Colombia Compra Eficiente; (c) los oferentes en procesos de contratación; (d) los contratistas; (e) los supervisores; (f) los interventores; y (g) las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana.

La Carta Política establece el fundamento para la celebración de contratos y de igual manera las directrices sobre responsabilidad patrimonial, función pública, vigilancia a la gestión pública y participación ciudadana. En materia de contratación propiamente dicha, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), establece las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades del Estado. Dicho Estatuto señala como fines de la contratación estatal, la eficiente prestación de servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Como principios de la actuación de las entidades establece la transparencia, economía y responsabilidad. Asimismo, serán aplicados los principios de la función administrativa.

De acuerdo con el art. 3 de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos deben tener en cuenta que las entidades públicas con la celebración y ejecución de contratos estatales buscan dar cumplimiento a los fines estatales, a saber:

Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que

los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Constitución Política, 1991, art. 2)

En ese mismo sentido, los particulares, deben tener en cuenta que en la celebración y ejecución de contratos estatales con entidades públicas, se transforman en colaboradores de la administración, lo cual implica que deben contribuir en el logro de los fines anteriormente mencionados y que cumplen con una función social que trae consigo obligaciones (Ley 80, 1993, art. 3).

El legislador identificó una serie de situaciones que afectaban la contratación del Estado bajo la aplicación de la Ley 80 de 1993 haciendo necesarias una serie de modificaciones, entre las principales deficiencias se identificaron: (a) sobre costos generados en la contratación por la corrupción en materia de transparencia y credibilidad en los procesos de selección; (b) gran cantidad de regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 80; (c) pluralidad de reglamentación y falta de identidad y coherencia en la regulación; (d) ausencia de herramientas adecuadas para realizar el seguimiento a la gestión de los contratos.

Consecuencia de lo anterior, se expidió la Ley 1150 de 2007 “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. En materia de eficiencia introdujo la posibilidad de contratar mediante nuevas modalidades de contratación. En lo que se refiere a la transparencia, abrió la puerta a la contratación pública electrónica en atención a lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, por ello el inciso dos del artículo 3° ordenó al Gobierno Nacional el desarrollo del Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, con miras a realizar procesos transaccionales, de publicidad, transparencia en la contratación rea-

lizada con dineros públicos y por último con la integración del RUP y el diario Único de Contratación Estatal.

Para el 2011, el Gobierno Nacional creó la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, designándolo como el ente rector en materia de contratación en el país. El objetivo de esta Agencia se orienta a desarrollar e impulsar las políticas públicas y herramientas orientadas a la organización y articulación de los participantes en los procesos de compras y contratación para lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

En materia de lucha contra la corrupción desde el año 1995 con la Ley 190 se establecieron normas para proteger y preservar la moralidad al interior de la administración pública y adicionalmente se fijaron parámetros para erradicar la corrupción administrativa. En esa línea, posteriormente, se expidieron normas para la verificación de información del formulario único de bienes y rentas siendo obligatorio para tomar posesión de un cargo público; el estatuto de la administración de justicia, las normas en materia de organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y la Ley 610 de 2000 mediante la cual se fijaron los lineamientos básicos para desarrollar los procesos de responsabilidad fiscal de las contralorías, lo anterior en paralelo con la expedición del Código Disciplinario Único y su respectiva actualización con la Ley 1952 de 2019, entre otros.

Especialmente, en el año 2011 se expidió la Ley 1474 con normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, incluyendo normas específicas en materia de supervisión e interventoría, así como procedimientos administrativos sancionatorios por incumplimiento del contratista. Ese mismo año, mediante el Decreto 4637 de 2011 se suprimió el Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción y en su lugar, se creó la Secretaría de Transparencia como una dependencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, asumiendo la competencia para la elaboración de la estrategia de lucha contra la corrupción.

Así, mediante la Ley 1712 de 2014, se creó la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y allí se

adoptaron diferentes medidas para obligar a las entidades del Estado a publicar la información de la actividad contractual que llevan a cabo. La reglamentación de esta ley se dio mediante el Decreto 103 de 2014, en el cual se fijaron directrices generales para la publicación de la información pública, la gestión de solicitudes de información pública, transparencia para la gestión de información clasificada y reservada y los instrumentos de la gestión de la información pública.

En materia penal los esfuerzos no se han hecho esperar, por el contrario en el año 2000, se expidió la Ley 599-Código Penal, en la que se tipificaron conductas como el peculado, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, abuso de autoridad, usurpación y abuso de funciones pública, delitos contra servidores públicos, utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de la función pública, todo lo anterior en un mismo capítulo conocido como “delitos contra la administración pública”.

Como se pudo observar, la normativa en materia de corrupción es robusta, no solo en lo que se refiere a la tipificación de delitos, sino también en materia de transparencia, publicidad, control y seguimiento de las actuaciones para el caso en concreto de la administración en lo que se refiere a la contratación pública. No obstante, interesa revisar algunas de las cifras que se han analizado en materia de corrupción en el país, para establecer el nivel de confianza en las instituciones.

Es así como, en el 2019, la organización Transparencia Internacional analizó los datos recopilados de una serie de encuestas sobre corrupción que realizó en diferentes países. Los resultados se presentaron por países y para el caso colombiano se concluyó que el 52% de los participantes consideran que la corrupción aumentó en los últimos 12 meses (es decir, en el año 2018). En lo que se refiere a la percepción de corrupción en las instituciones el panorama no es muy alentador pues el 64% de los encuestados considera que los miembros del Congreso de la República son corruptos, el 48% considera que los empleados públicos son corruptos, el 42% considera que los policías son corruptos y respecto de jueces y magistrados se encuentran en el 47% (International, Barómetro Global de la Corrupción en América Latina y el Caribe 2019, 2020).

Por otro lado, la Ley 1778 de 2016 se expidió como un mecanismo para contrarrestar y prevenir conductas que pueden ser constitutivas de soborno transnacional, según el cual en términos generales, las personas jurídicas que por intermedio de empleados, contratistas, administrativos, den, ofrezcan o prometan a un servidor público extranjero sumas de dinero o beneficios a cambio de que el servidor realice, omita o retarde un acto relacionado con un negocio o transacción internacional, serán sancionadas en los términos establecidos en la ley (Ley 1778, 2016, art. 2).

El 18 de enero de 2022, se promulgó la Ley 2195 por medio de la cual se adoptaron medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción. Su objeto consiste en adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público (Ley 2195, 2022, art. 1)

En materia de responsabilidad contra personas jurídicas y sociedades de sucursales de sociedades extranjeras se modificó el régimen contenido en la Ley 1474 de 2011 y se estableció que:

Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar y las medidas contempladas en el Artículo 91 de la Ley 906 de 2004, se aplicará un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria a las personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras, a las personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro, domiciliadas en Colombia, cuando se den los siguientes supuestos:

(i) Exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente;

y (ii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta puni-

ble cometida por sus administradores o funcionarios; y (iii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo.

Parágrafo 1. En los casos de soborno transnacional, la Superintendencia de Sociedades aplicará el régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria especial previsto en la Ley 1778 de 2016 para esa falta administrativa (Ley 2195, 2022, Art. 2)

Las sanciones administrativas a estas personas jurídicas o sucursales extranjeras podrán ser equivalentes a multas, inhabilidad para contratar con el Estado, prohibición para recibir incentivos y remoción de personal condenado penalmente en el marco de la conducta cometida (Ley 2195, 2022, art. 4). Además, se estableció la obligación para las personas jurídicas sujetas a inspección, vigilancia y control, de establecer programas de transparencia y ética empresarial que incluyan normas internas de auditoría (Ley 2195, 2022, art. 9).

Ahora bien, tal como lo ha indicado Robert Klitgaard, existen algunos escenarios en los que la corrupción puede darse con mayor o menor impacto. Por ejemplo, los escenarios de corrupción son mayores cuando los agentes del Estado cuentan con un grado muy alto de arbitrariedad y no están sujetos a ningún tipo de responsabilidad, también, cuando las probabilidades de que el agente corrupto sea descubierto y sancionado son mínimas o nulas. Otra de las condiciones es que el agente tenga un salario bajo, o que posea un poder amplio de decisión, así mismo que exista un bajo costo moral por aceptar sobornos, o que no exista conciencia de satisfacción por ser honesto y, por último, cuando el costo-beneficio que representa el acto de corrupción en el agente es mucho mayor que el de ser honesto (Klitgaard, 1988). Al respecto, Newman & Ángel (2017), presentaron los elementos esenciales de la corrupción, así: (a) abuso del poder público o privado; y (b) beneficio o ganancia privada personal o para un tercero sin que este beneficio sea específicamente dinero.

Por su parte Castro (2009) ha establecido que la corrupción en la contratación pública es la desviación del interés público, que se desarrolla a través del abuso del cargo, con la finalidad de obtener un beneficio extra-posicional en un acuerdo de voluntades que se ha celebrado con la Administración Pública.

Es importante tener en consideración que históricamente Colombia y su relación con el narcotráfico y la violencia de grupos armados al margen de la Ley permitieron que el fenómeno de la corrupción avanzara a pasos agigantados influyendo en la Administración Pública y la legitimidad y confianza de sus instituciones públicas y privadas, es por eso que Cepeda (2017) caracterizó nueve factores especiales que han contribuido a propiciar comportamientos corruptos especialmente en Colombia: (a) enriquecimiento del país; (b) crisis del sistema tradicional de valores; (c) el fraccionamiento y debilitamiento de los partidos políticos; (d) ineficacia del poder judicial; (e) el impacto del negocio criminal de las drogas ilícitas; (f) descentralización sin controles; (g) la financiación de la política; (h) debilidad de la oposición; e (i) la debilidad del gobierno.

Por todo lo anterior y de acuerdo a los resultados obtenidos por Transparencia Internacional, algunas de las posibles causas de permanencia a través del tiempo del fenómeno de la corrupción en Colombia, pueden deberse a la alta burocracia, a la falta de imposición de sanciones ejemplares en los casos controversiales de corrupción, a la desconfianza en las instituciones y a la falta de resultados y efectividad en la ejecución de contratos, a los retrasos mismos en la ejecución contractual generando sobre costos, y sobrecostos que la mayoría de los ciudadanos ven con malos ojos. A su vez, esto puede deberse en gran medida a que el desarrollo eficaz o no de la contratación de las entidades públicas en Colombia, en sus diferentes etapas, depende casi de manera exclusiva de la voluntad de sus mismos funcionarios. Entonces, por ejemplo, los documentos de mercado, estudios previos, la elaboración de los pliegos de condiciones son elaborados por personal designado directamente por la entidad constatando así que dichos funcionarios tienen un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones en los procesos de contratación.

No obstante, no todo es malo, y la forma en cómo se puede disminuir el porcentaje de riesgo sobre los posibles escenarios de corrupción en la contratación se concretan en el deber de publicidad de los documentos y la posibilidad de participación en los procesos de contratación, no solo en materia de realizar observaciones y generar alertas a las entidades sobre problemas detectados en la estructuración de proyectos sino también en gran medida en la posibilidad de denunciar públicamente.

Por lo que concretar la aplicación de los principios de publicidad, transparencia y eficiencia a través de mecanismos expeditos de participación, alerta y denuncia es de suma importancia para avanzar en la disminución de riesgos y de corrupción en la contratación pública. En general, los datos son alentadores, cada vez las Entidades cumplen con mayor rigor su deber de publicar los procesos de contratación y con ello los documentos que dan soporte de la gestión de los recursos públicos, permitiendo un seguimiento en tiempo real tanto en el nivel nacional como en el nivel territorial.

El principal reto de Colombia se constituirá en la lucha por disminuir los regímenes especiales de contratación, que si bien, tienen el deber de publicar su información en el Sistema Electrónico de Contratación Pública-SECOP II, no es suficiente, pues estos son propicios para la falta de control, y un amplio margen de discrecionalidad por parte de los funcionarios promoviendo la desconfianza y la deslegitimación de las instituciones. De acuerdo con las recomendaciones del MESICIC en la última ronda a la que asistió Colombia en el marco de la implementación de la CICC se puede identificar que esta es una recomendación reiterada y no solo por este mecanismo de seguimiento, sino también lo ha sido por parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico-OCDE.

En este punto vale la pena llamar la atención sobre la información que se puede encontrar acerca de Colombia como un reconocimiento a sus esfuerzos por el cumplimiento de las buenas prácticas anticorrupción por parte del MESICIC y es el que se relaciona con el “Portal Anticorrupción de Colombia-PACO”, siendo esta una herramienta de la Secretaría General de la Presidencia de la República, este portal web es presentado como una interfaz de información para la rendición de cuentas y acceso a datos como el Índice Nacional Anticorrupción, reportes sobre servidores públicos, con la inclusión de un apartado especial para realizar denuncias y para publicar noticias de interés. En la consulta de información con el número de identificación de la persona natural o jurídica que se desea consultar puede evidenciarse si la persona cuenta con antecedentes fiscales, penales, disciplinarios, los contratos suscritos con las entidades estatales, y puede verificarse que está entrelazada con el SECOP II

A pesar de los beneficios que se presentan a continuación, en Colombia esta herramienta es poco conocida y a su vez poco usada haciendo que las instituciones, la sociedad civil y los propios individuos no puedan aprovechar la interoperabilidad creada y desaprovechan una forma de control accesible y eficiente y eficaz.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones

El arsenal normativo estudiado frente a la lucha contra la corrupción en países latinoamericanos, europeos y norteamericanos, así como los estándares internacionales que lo inspira, puede presumirse suficiente, sin embargo, esto no garantiza que su aplicación sea efectiva no solo en términos de iniciar procesos que investiguen conductas constitutivas de corrupción en sus diferentes niveles, sino que estas sean materialmente sancionadas.

Del análisis aquí realizado, ha sido posible identificar cuáles son los principales avances en materia legislativa y en materia de compromisos internacionales en Francia, España y Estados Unidos, así como en los países de la región como México, Perú, Chile, Argentina y Brasil. Entre los factores comunes de cada uno de los programas de lucha contra la corrupción se encuentra el papel preponderante del acceso a la información pública, la garantía de procesos transparentes, la importancia de contar con canales de denuncia y alerta sobre actos de corrupción, la promoción de espacios de participación y por último la importancia de contar con regímenes de responsabilidad por incurrir en estos actos.

La lucha contra la corrupción tiene que ser dinámica y exige de manera casi permanente la anticipación a la forma en la que evoluciona este fenómeno imponiendo la carga a los Estados de identificar soluciones variopintas e innovadoras. Tanto la sociedad civil como los individuos deben tener la responsabilidad de actuar conforme a las normas vigentes bajo estándares éticos y con miras a tener una consciencia social, jurídica, económica y políti-

ca que les permita tener criterio y capacidad de decisión frente a posibles actos de corrupción.

Con base en las tendencias generales identificadas, este acápite se encarga de concluir lo hasta aquí expuesto a través de un conjunto de recomendaciones para América Latina y Colombia en lo que respecta a la implementación de medidas legislativas, administrativas y judiciales en relación con la contratación de bienes y servicios por la administración (especialmente, en el ámbito de las obras públicas), que vayan a la par de los estándares internacionales propuestos y que tengan, por supuesto, un enfoque global.

6.2. Recomendaciones para América Latina

Latinoamérica, especialmente los cinco países aquí estudiados, han intentado brindar un adecuado tratamiento a la prohibición, prevención, sanción y mitigación de actos corruptos, sin embargo, se debe reiterar que este desarrollo seguirá siendo progresivo y que requiere estar siempre a la vanguardia.

Debido a que cualquier estrategia de acción que se proponga debe ser realista y coherente con la situación económica, social, política e incluso cultural de cada Estado, no sería adecuado establecer una línea de acción unívoca y general para gran parte de continente, por lo que, teniendo en cuenta el informe elaborado por Transparencia Internacional (2020), relativa a la “Exportación de la Corrupción” se proponen algunas recomendaciones en línea con sus propuestas, que se sintetizan a continuación:

En primer lugar, mejorar la transparencia y publicidad sobre casos relativos a conductas corruptas nacionales e internacionales, lo cual necesariamente va de la mano con la implementación de medidas que hagan del acceso a la justicia un medio expedito y eficaz para obtener soluciones concretas y proporcionales a los daños generados con ocasión de la comisión de actos corruptos. Lo anterior, debe atender a principios de objetividad e imparcialidad en la toma de decisiones. Además, de acuerdo con la legislación interna se deben destinar recursos públicos específicos a la formación de funcionarios públicos que actúen bajo estrictos códigos de conducta y que sean conscientes del impacto que tienen sus acciones u omisiones en la buena administración.

En ese mismo sentido, se deben promover medidas para recuperar los recursos públicos perdidos, así como la implementación de garantías de reparación y no repetición, así como una regulación clara sobre la forma en que los recursos o bienes recuperados serán invertidos: bajo qué rubro, en qué nivel estatal estarán ubicados, cuál será su destinación, etc.

En este marco, las personas que denuncien actos de corrupción deben tener la certeza de que el Estado les brindará seguridad y protección en el marco de las investigaciones adelantadas.

El monitoreo ciudadano, con garantías suficientes y adecuadas, debe convertirse en un mecanismo constante que permita que la sociedad civil conozca la forma en que la administración pública funciona y el acceso a esta información no debe contar con obstáculos o demoras injustificadas, y en la medida de lo posible, debería estar vinculado —el control ciudadano— con canales de atención, reclamo, auditoría y denuncia de casos que puedan vulnerar el interés general con actos de corrupción.

Como se afirmó desde el inicio, cada estrategia de acción que implementen países debe responder a sus características y necesidades particulares en determinado momento, teniendo en cuenta que el fenómeno de la corrupción requiere de acciones conjuntas entre Estados puesto que se trata de una situación que debe ser tratada desde el ámbito interno pero con un enfoque global, que siempre atienda a los criterios y estándares internacionales previamente estudiados.

6.3. Recomendaciones para Colombia

En primer lugar, es de resaltar que la crisis social debe abarcarse por la que atraviesan las naciones en la actualidad, y especialmente Colombia, en gran medida se deriva de la corrupción, convirtiéndose en un ciclo sin fin del que es muy difícil salir pues la desconfianza genera escenarios de corrupción y a su vez la corrupción genera cada vez más desconfianza. Es por eso, que los Estados deben empezar por generar confianza en sus instituciones, en la transparencia, seriedad y garantías al debido proceso en cada uno de los trámites que adelanta generando respuestas oportunas y de fondo.

En segundo lugar, es importante contar con una herramienta de control público de gran envergadura y con alto impacto, pues aquellas conductas que están sujetas a un control independientemente de cuál sea naturaleza, son desarrolladas bajo estándares diferentes a aquellas conductas en las que las personas saben que no estarán sujetas a ningún tipo de control, por eso Klitgaard (2020) señala que establecer sistemas de control a las conductas corruptibles es una forma de prevención muy eficaz ya sean de naturaleza *ex ante* o *ex post*.

En tercer lugar, la implementación de herramientas tecnológicas es indispensable en la lucha contra la corrupción pues incentivar la modernización del Estado permite mejorar los mecanismos para que los gobiernos puedan tener información interoperable, haciendo más eficiente su capacidad de respuesta, no solo frente a los solicitudes y peticiones de los terceros interesados, sino también en la capacidad de respuesta a nuevas conductas y parámetros peligrosos a los intereses públicos y para los recursos públicos, así como la capacidad de respuesta a las necesidades que surjan.

La implementación de herramientas tecnológicas va de la mano con la promoción de la transparencia y el acceso a la información, pues pensar que el beneficiario de esas herramientas pueda ser solamente el Estado es ineficiente porque el Estado no tiene la capacidad de analizar todo al mismo tiempo y en ese sentido la participación del sector privado, en el sentido de aprovechar la iniciativa privada mediante procesos transparentes y participativos que permitan la construcción de proyectos novedosos es parte de permitir el acceso a la información pública, y al uso de las herramientas tecnológicas que el Estado puede poner a disposición todos los interesados.

Como cuarta herramienta planteada es necesario recordar que la participación ciudadana es el eje central que permite concretar las anteriores herramientas porque representa la disminución de las barreras. El Banco Mundial ha señalado que se ha podido comprobar que existe una relación positiva entre el nivel de participación ciudadana y el control de la corrupción (Dye & Staphenurst, 1998). La participación no solo debe pensarse como la capacidad de denuncia de actos de corrupción que tienen los ciudadanos, sino también en la formulación de procesos de contratación, en la construcción de políticas públicas y de todo tipo de procesos que resulten relevantes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Berdugo, I. (2019). “El soborno internacional: normas, obstáculos y propuestas”. *Revista Derecho & Sociedad*. (52). Pp. 165-181.
- Cano, C. A. (2015). “Corrupción y Contratación Pública: Análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. (45-46). Pp. 209-239.
- Castro Cuenca, C. (2009). *Corrupción y delitos contra la Administración pública*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cepeda Ulloa, F. (2017). *Corrupción*. Bogotá: Cuellar Editores.
- Jhan, M.S., & José, A.C. (2012). “Procuraduría anticorrupción: diagnóstico actual y Propuestas de Optimización de su funcionamiento”. En: Jhan, M.S & Ramírez, W. *La lucha contra la corrupción en el Perú el Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción*. Lima: GRIJLEY E.I.R.L. (32).
- Klitgaard, R. (1988). *Controlling Corruption*. Berkeley, United States of America: University of California.
- Mason, P. (2020). “UNCAC’s unrecognized value. International debate on corruption transformed”. <https://www.u4.no/blog/uncacs-unrecognized-value-international-debate-on-corruption-transformed>.
- Moreno, D. (2020). *Curso de Derecho Administrativo*, Undécima Edición. Bogotá: Temis.
- Newman Pont, V., & Ángel Arango, M. (2017). *Estado del arte sobre la Corrupción en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.
- Olivera, M. A. (2020). *El Control de las Contrataciones Públicas en México, Propuestas para evitar la corrupción*. México: UNAM.
- Pozsgai-Alvarez, J. (2019). “El ciclo político de la lucha contra la corrupción: La experiencia del Perú con su primera Comisión Nacional Anticorrupción”. *Revista Derecho & Sociedad*. (52). Pp. 81-96.
- Quezada, G. C. (2015). “Evoluciones recientes de la contratación pública en México”. *Revista IUSTA*. Vol. 1 (42). Pp. 45-71.
- Ramírez, P. (2018). “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos “compliance”, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrech”. En Ramirez, P. (Ed.). *Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI*. Colombia: Temis.

- Ríos, D. J. (2003). “Análisis Comparativo entre la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos-OEA, y el Proyecto de Convención de Naciones Unidas-ONU de Lucha Contra la Corrupción”. *Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Administración*. Universidad de los Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/d297ae23-b0ce-421d-ae2e-64ed6e4ad9dd/content>.
- Sahd K. J., & Valenzuela B. C. (2018). *La economía política de la Agenda de Probidad y Transparencia de Chile*. Washington D.C: Centro de Estudios Internacionales CEIUC.
- Uslaner, E. M. (2008). *Corruption, Inequality and the Rule of Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Wolf, M. (2014). “The Case for an International Anti-Corruption Court”. *Governance studies, Brookings Institution*. <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/AntiCorruptionCourtWolfFinal.pdf>.
- Zárate, A., & Chemas Vélez, S. (2018). “Actualidad Extranjera”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. (19). Pp. 19-24.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (2021). “Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción”. Madrid, España. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=322¬a=1&tab=2.
- CAN (2021). “Seguimiento y monitoreo del Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018 y 2021”. *Perú-Balance de metas al 2019*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1719951/INFORME%20DE%20SEGUIMIENTO%20DEL%20PNILCC%20AL%202019.pdf.pdf?v=1623967476>.
- Código Penal Francés (1971). Parte Legislativa en español.
- Colombia Compra Eficiente. (2018). “Guía de competencia en las compras públicas. Bogotá, Colombia: Colombia Compra Eficiente”. https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_competencia_0.pdf.
- Comité Interministerial para Combatir la Corrupción (2020). “Plano Anticorrupção”. <https://www.gov.br/cgu/pt-br/anticorruptao/plano-anticorruptao.pdf>.
- Congreso de la Nación Argentina (1999). “Ley 25.233” *Modificación. Créase la Oficina Anticorrupción en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1999. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25233-61394/texto>.

- Congreso de la Nación Argentina. (1922). “Ley 11.179” *Código Penal de la Nación Argentina*. T.O. 1984. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/texto>.
- Congreso de la República de Colombia (1993). “Ley 80”. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. 28 de octubre de 1993. D.O. 41.094. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25233-61394/texto>.
- Congreso de la República de Colombia (2022). “Ley 2195”. *Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2195_2022.html.
- Congreso de la República de Colombia. (2016). “Ley 1778”. *Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*. 2 de febrero de 2016. D.O. 49.774. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67542>.
- Congreso de los Estados Unidos (1948). “Title 18 USC—Crimes and Criminal Procedure From the U.S. Government Publishing Office”. *Washington D.C.* <https://www.govinfo.gov/app/details/USCODE-2016-title18>.
- Congreso Nacional de Chile. (2002). “Ley 19.829”. *Modifica el Código Penal respecto del Delito de Cohecho*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=203270&idVersion=2002-10-08>.
- Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission (2012). “A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act”. *Washington D.C.* <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>.
- De Jesús, M.O, Escobar, F. & Hearne, S. (2021). *Un país en Estado de Sospecha: La Argentina y la corrupción 2009-2021*. Buenos Aires: FORES.
- Naciones Unidas. (2004). *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*. Resolución 58/4. Nueva York, Estados Unidos: ONU Publishing. https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.
- OCDE. (2016). “Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”. <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.
- OCDE. (2019). “Estudio de la OCDE sobre integridad en Argentina”. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ocde_argentina_estudio_de_integridad_2018.pdf.

- OEA. (1996). "Convención Interamericana Contra la Corrupción (B-58)". http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_b-58_contra_corrupcion.pdf.
- OEA. (1997). AG/RES. 1477 (XXVIII-O/97). "Programa Interamericano de Cooperación para Combatir a la Corrupción". <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/res1477.htm>.
- OEA. (2002). "Guía Introductoria para los Expertos del MESICIC". http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/guia_exp_nuevo.pdf.
- OEA. (2021). "Portal Anticorrupción de las Américas". <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/>.
- Presidencia de la Nación Argentina. (2019). "Plan Nacional Anticorrupción 2019-2023". https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_anticorrupcion.pdf.
- Pring, C & Vrushi J. (2020). Barómetro Global de la Corrupción en América Latina y el Caribe 2019. Transparency International.
- Reino de España. (1995). "Ley Orgánica 10. Código Penal Español". *BOE de 24 de noviembre de 1995*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.
- República del Perú. (1991). "Decreto Legislativo 635". *Código Penal Peruano*. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C7741E3A8C2FB92005257A77007FAD8D/%24FILE/CODIGO_PENAL.pdf.
- República Federativa de Brasil. (1940). "Decreto-Ley 2.848". *Código Penal Brasileño*. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/21432>.
- República Federativa de Brasil. (2013). "Ley 12.846". Dispone sobre la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera, y dicta otras disposiciones. <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridad.pdf>.
- Rose-Ackerman, S. (1996). "The Political Economy of Corruption-Causes and Consequences". <https://documents1.worldbank.org/curated/en/231001468762302694/pdf/16933-Replacement-file-074ACKER.pdf>.
- Seligson, M., & Smith, A. (2010). "Consolidación democrática en las Américas en tiempos difíciles: Informe sobre las Américas". *Vanderbilt University*. https://www.vanderbilt.edu/lapop/ab2010/Report_on_the_Americas_Spanish_Formatted_V3_4april2011.pdf.
- SESNA. (2020). "Política Nacional Anticorrupción". *México*. <https://www.sesna.gob.mx/wp-content/uploads/2020/02/Pol%C3%ADtica-Nacional-Anticorrupci%C3%B3n.pdf>.

- The White House (2021). “United States Strategy on Countering Corruption, Pursuant to the national security study memorandum on establishing the fight against corruption as a core United States national security interest”. <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/United-States-Strategy-on-Countering-Corruption.pdf>.
- Torres, N. (2009). *Evaluación de la Acción Gubernamental Contra la Corrupción- Estudio sobre la implementación de los mandatos de las Cumbres de las Américas*. Transparency International.
- Transparencia Internacional (2020). “Informe Exportación de Corrupción 2020”. *Implementación de 47 países frente a parámetros de la Convención Anti-Soborno de la OCDE*. <https://transparenciacolombia.org.co/informe-exportacion-de-corrupcion-2020-2/>.
- Transparency International, & Transparencia Mexicana (2020). México no sanciona corrupción transnacional: transparencia internacional y transparencia Mexicana. <https://www.tm.org.mx/wp-content/uploads/2020/10/Comunicado-de-Prensa-Convencio%CC%8In-OCDE.pdf>.
- Transparency International. (2021). Índice de Percepción de la Corrupción 2020.

Capítulo 3

El escenario normativo que acompaña la gestión de las empresas públicas

VIVIANA ESNE DÍAZ PERILLA*

1. INTRODUCCIÓN

Las empresas públicas, aunque no cuentan con definición legal, han sido definidas por la doctrina como organismos administrativos institucionalizados que gozan, en virtud de la ley, de un cierto grado de independencia en cuanto a su gestión y de un patrimonio que se sustrae a las normas ordinarias. No por ello puede afirmarse que sean ni paraestatales ni semi-administrativas, ya que ellas continúan siendo parte del mecanismo de la administración pública aun cuando sean tratadas tanto de facto como legalmente, de manera especial al considerárselas como sujetos de derecho junto al Estado. En consecuencia, “una entidad como esas, está ligada al poder gubernamental al tiempo que conserva la flexibilidad y la iniciativa de la empresa privada” (Landrod, 1956).

En su concepción teórica, las empresas públicas permiten al Estado cumplir con sus fines esenciales al tiempo que constituyen un eslabón estratégico en el desarrollo económico nacional. Además de buscar conciliar rentabilidad financiera y calidad en la prestación del servicio público, su connotación de empresa estatal las dota de un régimen jurídico particular, en el que, además de otros controles, la tutela gubernamental es directa y se manifiesta mediante la

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, D.S.U (M2) en derecho administrativo de la Universidad Panthéon Assas Paris 2, Egresada de la E.N.A Escuela Nacional de Administración Pública, mención Magna cum Laude, doctoranda en derecho administrativo comparado en la Universidad Panthéon Sorbonne Paris 1.

nominación de sus directivos y la orientación de sus decisiones. De su adecuada gestión dependerá no solamente la optimización de los recursos públicos y la confianza de los competidores, inversionistas y ciudadanos, sino, además, que los, hasta ahora, altos índices de corrupción asociados a su operación den paso a escenarios más confiables y, por ende, más competitivos. Así las cosas, la gestión de las empresas públicas, debe orientarse hacia la consecución de un clima de confianza alentado por medidas que permitan la materialización de buenas prácticas universalmente reconocidas tales como el acceso a la información y la transparencia.

El término corrupción proviene del latín *corrumpere* que significa romper un conjunto. Es solo hasta 1283 que la expresión empieza a aproximarse a su significado contemporáneo “llevar mediante promesas o dones a una persona revestida de responsabilidades a actuar en contra de su deber” (Alt & Luc, 1997). La ciencia política americana la definió en la década de los 60’s como “la persecución de un interés privado en detrimento de un interés público” (Heindenheimer, 1970). De manera más reciente, el Banco Mundial (BM) la ha definido como la utilización de un cargo público en beneficio propio y para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) la corrupción significa una amenaza para la gobernanza, el desarrollo sustentable, los procesos democráticos y las prácticas corporativas justas. Más allá de la definición que se adopte, lo cierto es que la doctrina ha acuñado los siguientes elementos esenciales que forman parte de la noción:

- i) el abuso o desviación del poder encomendado que puede ser público o privado, ii) el beneficio o ganancia privada, que puede ser personal o para un tercero y que no necesariamente tiene que ser monetaria. Por el contrario, aún no existe unanimidad en relación con la necesidad de que: (a) exista una interacción entre un actor público y uno privado; y (b) se genere o no un perjuicio directo para el interés general (Newman & Ángel, 2017).

De otra parte, considerando que la globalización ha incrementado de manera exponencial la práctica de delitos transnacionales, los cuales por definición no conocen fronteras y cuyo modus operandi incluye la búsqueda permanente de espacios propicios para delin-

quir, las empresas públicas están llamadas a fortalecer sus herramientas anticorrupción para no ser terreno propicio para la comisión de este tipo de conductas.

Un ejemplo emblemático de cómo la corrupción de las empresas públicas termina determinando la conformación de verdaderas redes de crimen transnacional lo encontramos en el recientemente fallado caso de la empresa pública española de armamento Defex, acusada de crear un sistema de corrupción y malversación en la gestión de sus contratos en Angola, Camerún y Arabia Saudita enriqueciendo a sus administradores. Los delitos por los que se juzgó a la empresa, a varios de sus ex administradores y ex intermediarios fueron corrupción, cohecho, blanqueo de capitales, organización de grupo criminal, irregularidades en 11 contratos suscritos entre 2005 y 2014 por un valor de más de 48 millones de euros y pago de comisiones a sociedades consultoras que no se correspondían con trabajos reales y a terceros identificados en algunos casos, con siglas o con la graduación militar que se referían a personas pertenecientes o relacionadas con el gobierno de Arabia Saudita. Hechos como este, que no son aislados y cuya ocurrencia se da en mayor o menor medida en todos los Estados, motivan a que se adopten medidas anticorrupción a nivel mundial como las que se irán mencionando a lo largo de este escrito.

En efecto, partiendo de que, para algunos, la corrupción es un problema conexas al crimen organizado (Pineda & Rivera, 2019), y que, para otros, la corrupción constituye una de las formas de crimen organizado transnacional al ser un delito que “funciona en red en el contexto de la globalización” (Piedrahita Bustamante, 2020), las empresas públicas son uno de los escenarios en los que las redes globales de crimen organizado están interesadas en penetrar.

De manera general, el crimen organizado transnacional une la actividad política con la actividad delictiva mediante dos clases de conductas: (a) la corrupción de altos funcionarios de los distintos poderes públicos: ejecutivo, legislativo y judicial, para impedir u obstaculizar sanción de leyes o volverlas normativamente inocuas, impedir o relajar controles legales, captar jefes de servicios de seguridad, de orden público, regulatorios y administrativos para que hagan caso omiso a sus actividades y faciliten información privilegiada de negocios o de las medidas represivas o neutralizando la acción penal

o la administración de justicia; o (b) por coparticipación directa o indirecta en las actividades delictivas de la organización (Duque Ramírez, 2007).

Partiendo de estas conductas, la doctrina ha establecido las características del crimen organizado transnacional así: (a) son situaciones o fenómenos que se despliegan “cortando” las fronteras nacionales; (b) pueden alcanzar una escala global; (c) su potencial de daño y su resolución afectan y exigen la acción concertada de más de un Estado; (d) involucran movimiento de elementos tangibles o intangibles a través de las fronteras estatales; y (e) al menos uno de los actores involucrados no pertenece a gobierno y organismo internacional alguno (Andrade Castillo, 2019).

Así las cosas, estas acciones, en últimas, lo que ponen de presente es que el crimen organizado:

[...] es un fenómeno que reacciona ante un Estado débil [...] que representa una amenaza para la seguridad interna y para las sociedades constituidas democráticamente, lo cual se evidencia ante la continua pérdida de autoridad de los Estados nación y, porque en las sociedades convencionales se está dando una creciente participación de ésta en los mercados ilegales, donde la criminalidad organizada consigue los recursos financieros para debilitar posteriormente las instituciones democráticas, ya de por sí frágiles, a través de la corrupción. (Albrecht, 2001).

Así las cosas, la participación de las empresas públicas como actores en la lucha anticorrupción tendrá un impacto importante en el fortalecimiento estatal y, por ende, en la lucha contra la criminalidad organizada transnacional.

De otra parte, dado que los escenarios de producción normativa que orientan la gestión de las empresas estatales han trascendido los límites locales, este artículo se ocupará en una primera parte de establecer los estándares internacionales aplicables a la gestión de las empresas públicas para luego contrastarlos inicialmente, con la regulación que se ha adoptado en los países no latinoamericanos haciendo especial énfasis en los casos de Francia, España y Estados Unidos y posteriormente con la que se ha adoptado en algunos países latinoamericanos tales como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, finalizando con un análisis más detallado de la normatividad de las

empresas estatales en Colombia y su evolución hacia la adopción del gobierno corporativo para su gestión. Ello conducirá a determinar si existe coherencia entre la normatividad interna con las líneas directrices en materia de gobernanza de empresas públicas y lucha contra la corrupción expedidas por organismos internacionales o si por el contrario se han generado posibles espacios propicios a la corrupción que se desprenden de los eventuales desfases que se presenten entre una y otras.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES APLICABLES A LA GESTIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Habiéndose detectado importantes falencias de los cuerpos normativos anticorrupción desarrollados a nivel local en el mundo entero, y ante la evidencia de que ésta se convirtió en un fenómeno pluriofensivo y transnacional (Carnevali & Artaza, 2016) que impacta gravemente los mercados globalizados, que alienta, entre otros, la articulación de redes globales de crimen organizado¹, la comunidad internacional a través de varios de sus organismos tales como el Banco Mundial, las Naciones Unidas (ONU) y la OCDE, hicieron de la lucha contra la corrupción y la mejora de la integridad de las em-

¹ La Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (UNTOC, por sus siglas en inglés) no contiene una definición precisa del término “crimen transnacional organizado” ni incluye una lista de los tipos de delitos que podrían constituirlo. Esta ausencia de definición fue pensada para permitir una aplicación más amplia de la UNTOC a los nuevos tipos de delito que emergen constantemente, a medida que las condiciones locales, regionales y globales se modifican en el tiempo. Sin embargo, una definición amplia incluiría “todas las actividades criminales serias con fines de lucro y que tienen implicaciones internacionales. Esta definición tan amplia tiene en cuenta la complejidad global del problema y da lugar a la cooperación para afrontar el rango más extenso de preocupaciones comunes”, (UNODC, oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito). Las formas más usuales de estos delitos son: el tráfico de drogas, la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, el tráfico ilícito de armas de fuego, el tráfico ilícito de recursos naturales, el comercio ilegal de flora y fauna, la venta de medicamentos adulterados y la delincuencia cibernética.

presas públicas un imperativo estratégico. Ello condujo a la creación de instrumentos internacionales que constituyen el marco normativo internacional de lucha contra la corrupción por parte de las empresas públicas.

2.1. El marco normativo internacional de lucha contra la corrupción en las empresas públicas

La emergencia de instrumentos jurídicos internacionales de lucha contra la corrupción se sitúa entre 1994 y 2003. Una de las primeras iniciativas surgió en el ámbito nacional en los Estados Unidos en 1977 por parte del Congreso de ese país que adoptó en ese mismo año el *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) luego de que fue revelada la práctica de transferencias ilícitas de sumas de dinero a dirigentes extranjeros por parte de firmas americanas. Esta fue modificada en 1988. Posteriormente, en 1994 la ONU organizó la primera conferencia mundial sobre delincuencia organizada transnacional que se ha mantenido en el tiempo dando lugar, posteriormente, a la Convención de Palermo, también conocida como la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que constituye en la actualidad uno de los instrumentos internacionales más destacados en la materia. En 1996 se adoptó la Convención Interamericana contra la corrupción. Un año después, se suscribió la convención de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción (1997), seguida por las Convenciones civil y penal del Consejo Europeo sobre la corrupción (1999), la UNTOC (2000) que incluye disposiciones sobre la corrupción y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) (2003), entre muchas otras.

En 1999, fue cofundado por el BM y la OCDE el Foro Global de Gobierno Cooperativo con la finalidad de promover el sector privado como motor de crecimiento, reducir la vulnerabilidad de los mercados emergentes y en desarrollo, frente a la crisis financiera y, proporcionar incentivos para que las empresas inviertan de manera eficiente, transparente, sostenible y socialmente responsable. Si bien el Foro nació con la finalidad de incentivar buenas prácticas de gobierno corporativo en empresas del sector privado, éste con los años, ha acuñado experiencias exitosas que sirvieron como insumo para

las empresas públicas y que permitieron alimentar la formulación de las directrices para el buen gobierno de las empresas públicas por parte de la OCDE.

Así las cosas, desde que se adoptaron los principios de gobierno corporativo por parte del G-20 y de la OCDE en 1999, se empezaron a sentar las bases modernas para la gobernabilidad de las empresas estatales. En 2010, la CAF, antigua Corporación Andina de Fomento, hoy Banco de Desarrollo de América Latina, publicó unas pautas de gobierno corporativo que fueron posteriormente complementadas en el año 2011 cuando se dieron a conocer las directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de empresas públicas, primera referencia internacional que ha servido a los legisladores como guía para evaluar y mejorar el marco legislativo, reglamentario e institucional que acompaña el desarrollo de las actividades de las empresas públicas definiendo en un primer momento, las situaciones problemáticas en la gobernanza de las empresas públicas.

2.2. Las situaciones problemáticas en la gobernanza de las empresas públicas

La importancia de las directrices de la OCDE en materia de gobierno corporativo de las empresas públicas radica en que con ellas no solamente el legislador cuenta con elementos de referencia que facilitan la inclusión de las buenas prácticas de gobierno corporativo, incidiendo positivamente en la lucha anticorrupción, sino que, además, les entrega a los gobiernos herramientas para evaluar y mejorar la forma en la que el Estado ejerce la propiedad de dichas empresas.

La gobernanza de la empresa reposa sobre un marco teórico nutrido. Sin embargo, evocaremos aquí dos de las nociones que consideramos más pertinentes. Para Shleifer & Vishny (1997), “la gobernanza reagrupa los mecanismos mediante los cuales los proveedores de capital de la empresa pueden asegurarse de la rentabilidad de su inversión, limitando la esfera de la gobernanza a los conflictos de interés entre los accionistas y los dirigentes”. Por su parte, para Chareaux (1997), “la gobernanza de las empresas abarca el conjunto de los mecanismos organizacionales que buscan limitar los poderes

e influenciar las decisiones de los dirigentes. Dicho de otra manera, que gobiernan su conducta y definen su espacio discrecional”.

Desde la definición misma de gobernanza de las empresas empiezan a dibujarse los aspectos más problemáticos y frente a los cuales ésta busca ofrecer respuestas. En efecto, las empresas públicas enfrentan varias dificultades que pueden resumirse en la relación ambivalente y conflictual entre los siguientes elementos. En primer lugar, el poder discrecional versus el control de poder: quien toma las decisiones las toma haciendo uso de su discrecionalidad, lo cual es muestra del uso de una autonomía que podría poner en peligro a la empresa. La ausencia de contra-poder se convierte en una amenaza frente a la posible comisión de actos deshonestos por parte de quien toma las decisiones. Por lo tanto, es necesario encontrar el mecanismo adecuado para equilibrar y controlar la zona de decisión del dirigente. En segundo lugar, la información versus el secreto: informar a los interesados es un mandato imperativo en la gestión y en el buen gobierno, ello no significa que todas las partes involucradas compartan obligatoriamente el contenido de las decisiones, pero sí que todos deben considerar que quien las toma lo hace porque tiene las capacidades para hacerlo, el derecho de hacerlo, las competencias para hacerlo, y en general, que detenta todas las calidades que lo legitiman en su actuar empresarial.

Finalmente, también se opone el interés general frente al interés particular: la empresa es el lugar en el que se confrontan todos los intereses de las partes involucradas, es un espacio minado de divergencias que finalmente conducen a conflictos de intereses. La confrontación de estos intereses provoca una serie compleja de conflictos tanto contractuales como cognitivos (Belfellah & Carassus, 2017). Es partiendo de la observación de estos elementos, comunes a todas las organizaciones, tanto públicas como privadas, que se han definido los grandes retos del gobierno corporativo, como las medidas que buscan poner en equilibrio esos escenarios propicios a la ambivalencia, al conflicto y a la corrupción.

Las recomendaciones en materia de gobierno corporativo de las empresas públicas deben concentrarse en los siguientes aspectos que se consideran problemáticos:

1. La necesidad de que exista un marco legal y regulatorio en el que haya una separación clara entre las funciones del Estado como propietario y como regulador del mercado. Por ende, debe establecerse claramente que este tipo de empresas no puede hacer uso de prerrogativas de poder público para obtener ventaja competitiva sobre otras empresas públicas o privadas.

2. La excesiva normatividad jurídica que determina su accionar.

3. La ausencia de flexibilidad en el marco legal y regulador para permitir ajustes en la estructura de capital de las empresas de ser necesarios para alcanzar sus objetivos.

4. La necesidad de que las [Empresas Públicas del Estado] EPE deben operar en condiciones de mercado para obtener financiamiento. Sus relaciones con bancos, instituciones financieras públicas y otras EPE deben estar basadas en criterios de naturaleza estrictamente comercial. El marco legal debe impedir que las EPE puedan utilizar prerrogativas estatales —como colaterales de la República— para obtener mejores condiciones de financiamiento que las empresas privadas. En este sentido, se deben evitar garantías automáticas por parte del Estado para respaldar el endeudamiento de las EPE. Se entiende que existen situaciones en que las EPE —especialmente aquellas proveedoras de servicios públicos básicos— canalizan subsidios o recursos captados con garantía del Estado. En estos casos, lo importante es que los subsidios sean explícitos, provengan del presupuesto público y no afecten el patrimonio de la empresa. Adicionalmente, el marco legal debería incentivar o, al menos, no desincentivar que las EPE acudan a los mercados de capitales para obtener financiamiento.

5. El desarrollo por parte de los gobiernos de una política de propiedad que defina la función del Estado como accionista de las empresas públicas y su papel en el fortalecimiento del gobierno corporativo.

6. La elección de directores, las influencias políticas en su elección, los posibles conflictos de intereses que puedan existir y sus calificaciones profesionales.

7. La identificación del organismo que ejerza los derechos de propiedad de Estado que puede darse a través de una entidad legal

centralizada de propiedad o de la creación de una entidad coordinadora dado que muchas veces, la función de propiedad de la empresa dentro del Estado es difusa y, en caso de que no lo sea, el organismo respectivo (ministerio, agencia, etc.) puede no tener la fortaleza institucional para ejercer esta función.

8. La responsabilidad de dicha entidad frente al parlamento.

9. La forma en la que el Estado ejercerá sus derechos de propiedad estando representado en la Asamblea General de Accionistas y ejerciendo su derecho al voto (CAF, 2012).

Estas situaciones problemáticas fueron analizadas por la OCDE con la cooperación de otros organismos internacionales y de consultores privados quienes basándose en experiencias prácticas identificaron dos retos centrales en la gobernanza de las empresas públicas. El primero de ellos es el de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad del Estado al ejercer sus funciones de propiedad, tales como la elección y nominación de los directivos y la tendencia a que, en ese, y en otros procesos, se presenten interferencias políticas indebidas. El segundo, consiste en garantizar iguales condiciones para todos en los mercados en que las empresas públicas puedan competir con empresas privadas, así como que los gobiernos no distorsionen la competencia al ejercer sus competencias de regulación o de supervisión.

Así las cosas, una vez realizado el diagnóstico de las situaciones problemáticas que enfrentan las empresas públicas, se dio paso a la formulación de las directrices aún vigentes.

2.3. Las directrices adoptadas por la OCDE para el buen gobierno de las empresas públicas

Las directrices adoptadas por la OCDE pueden dividirse en seis categorías que a su vez, responden a seis preocupaciones básicas: (a) cómo garantizar un marco jurídico y regulatorio efectivo para las empresas públicas; (b) cómo mejorar la actuación del Estado como propietario; (c) cómo asegurar un tratamiento equitativo de los accionistas; (d) cómo mejorar las relaciones con las diferentes partes interesadas; (e) cómo mejorar la transparencia y la divulgación; y (f)

cómo reforzar las responsabilidades de los directorios de las empresas públicas. Dada la amplitud del conjunto de directrices solo haremos referencia a algunas que consideramos de mayor importancia o que están llamadas a producir un mayor impacto.

Uno de los aspectos que llama particularmente la atención está relacionado con el llamado a la simplificación del marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas. Dentro de esa simplificación se destaca la necesidad de asegurar la plena separación administrativa de las responsabilidades de propiedad y de regulación del mercado para evitar situaciones en las que el Estado funja como propietario y regulador del mercado. Este es un requisito fundamental para la creación de condiciones iguales para las empresas públicas y para las empresas privadas y para evitar la distorsión de la competencia. Como punto de referencia para avanzar hacia la simplificación del régimen jurídico, la OCDE sugiere basarse en el régimen jurídico de las empresas privadas y evitar la creación de un régimen jurídico específico cuando ello no sea absolutamente necesario para los objetivos de la empresa.

En ese orden de ideas, los gobiernos deben adoptar una política de propiedad en la que defina, entre otras, el papel del Estado en el gobierno corporativo de las empresas públicas ya que la directriz propende por la no implicación estatal en la gestión cotidiana de las empresas públicas dándoles plena autonomía operativa para el desarrollo de sus actividades. También se propone la creación de una entidad propietaria centralizada bien sea de carácter independiente o bajo la autoridad de un ministerio, o de unas entidades coordinadas de manera efectiva que actúen de forma independiente y de conformidad a la política de propiedad pública. Dicha entidad debería tener responsabilidad frente al Parlamento y mantener unas relaciones claramente definidas con los organismos públicos relevantes, incluyendo las instituciones superiores contraloras del Estado.

En cuanto a la representación del Estado en las juntas generales de accionistas, ésta debe estar asegurada y debe participar activamente en la nominación del directorio de todas las empresas públicas. Del mismo modo es deseable la existencia de sistemas de divulgación que permitan hacer seguimiento y evaluación del desempeño de las empresas públicas. Tratándose de los directivos, se señala la nece-

sidad de garantizar que sus planes de remuneración incentiven su permanencia a largo plazo y con ello atraer y motivar a profesionales calificados.

Dado que se han detectado conflictos de intereses en las relaciones entre las empresas públicas con los bancos estatales, otras instituciones financieras y con otras empresas públicas, se sugiere la creación de mecanismos para que las relaciones entre ellos se basen sobre criterios estrictamente comerciales de modo que los bancos estatales concedan crédito a las empresas públicas con base en las mismas condiciones a las que se sujetan las empresas privadas. También se enfatiza en la necesidad de brindar un tratamiento equitativo a todos los accionistas y a darle la opción a los accionistas minoritarios de participar en las juntas directivas con un margen suficiente para decidir, pero sin que ello afecte las condiciones de igualdad de todos los accionistas.

Teniendo en cuenta la existencia de presiones políticas que pueden llevar a las empresas públicas a desviarse del cumplimiento de los principios éticos, es deseable que sus órganos directivos cuenten con códigos que apliquen altos estándares éticos de conformidad con los principios del buen gobierno corporativo. Además, las empresas públicas deben crear una función de auditoría interna que esté monitoreada y que dependa directamente del órgano directivo y del comité de auditoría o del órgano societario equivalente, así como desarrollar procedimientos de auditoría interna. También se insiste en la necesidad de implementar mecanismos que materialicen la transparencia y el acceso a la información de todos los interesados. Esta tarea debe ser asumida por la entidad propietaria centralizada mediante la realización de un informe sobre el desempeño de todas las empresas públicas dirigido al público en general, al Parlamento y a los medios de comunicación.

En cuanto a las juntas directivas, éstas deberían ser responsables por el desempeño de la empresa ante los propietarios: debería enfatizarse en la legislación, las políticas de propiedad y en las regulaciones, sobre la obligación que tienen los miembros de las juntas directivas de actuar protegiendo los intereses de la empresa e indicarse con claridad la responsabilidad tanto individual como colectiva de los miembros de las juntas independientemente de que hayan

sido nominados por el Estado o por cualquier otro accionista o parte interesada. Finalmente, una buena práctica exige que las empresas públicas se sometan a los mismos estándares de contabilidad y de auditoría que las empresas listadas en bolsa.

El resultado de la aplicación de estas y otras directrices debería traducirse en empresas más competitivas, transparentes y menos proclives a la comisión de actos de corrupción. Cinco años después de que la OCDE diera a conocer estas directivas Colombia adoptó la política general de propiedad de empresas estatales del orden nacional, buscando materializar un gobierno corporativo y, por esa vía, avanzar hacia la integridad de las empresas públicas en el país.

3. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS

Para hablar de la regulación en materia de gobierno cooperativo de las empresas públicas el primer punto que se debe analizar es la forma jurídica que éstas adoptan. De manera general, las empresas estatales europeas, se caracterizan por haberse organizado, en su gran mayoría, como sociedades con responsabilidad limitada —Dinamarca, Países Bajos, Alemania— o como sociedades anónimas —España, Grecia (Gilson, 2016). En otros casos, pueden adoptar formas diversas como en Francia en donde encontramos a los establecimientos públicos industriales y comerciales (EPIC), las Empresas nacionales, las sociedades de economía mixta y las empresas públicas con régimen jurídico especial o el del Reino Unido en donde las empresas públicas pueden adoptar tres formas: las *Companies Act companies*, sometidas a las reglas aplicables a las empresas del sector privado, las *Statutory Corporations*, sometidas a una legislación específica y las *Trading Funds* que son órganos ejecutivos de los Ministerios. Ello implica que, en la mayoría de los países, a las empresas estatales se les considera como a cualquier otra empresa y, por lo tanto, se les aplica el derecho mercantil. Sin embargo, existen excepciones en países tales como Bélgica, Suecia o Suiza en los que todas las empresas son empresas de Estado autónomas regidas mayoritariamente por el derecho público y de manera más residual, por el derecho mercantil.

Como es natural, las directrices de gobierno corporativo de la OCDE también han influenciado de manera importante la regulación que acompaña la gestión de estas empresas. Sin embargo, vale la pena recordar que la difusión de las buenas prácticas de gobernanza en las empresas estatales se abrió paso en Europa mucho antes de que la OCDE las formulara. En efecto, es a inicios de la década de los noventa en Gran Bretaña que se ubican las primeras iniciativas para la adopción de códigos de buena conducta para la gobernanza de las empresas del Estado. Los códigos adoptados fueron: *Cadbury* en 1992, *Director's Remuneration Greenbury* en 1995 y *The Combined Code Hampel* en 1998. A través de ellos se introdujeron modificaciones importantes en materia de gobierno de las empresas públicas tales como la separación de los poderes ejecutivos y de control, la elaboración de una carta sobre los derechos y deberes de los administradores y la creación de tres comités independientes —auditoría, nombramientos y remuneración—. Estas prácticas, novedosas en su momento, se impulsaron como resultado de varios escándalos financieros por conflicto de intereses en los que las empresas estatales británicas se vieron involucradas (Wirtz, 2005). Esta iniciativa fue replicada en la totalidad de países europeos y en otros como Canadá, Japón y Estados Unidos. Así las cosas, en Canadá en 1994 se adoptaron medidas dirigidas a mejorar el desempeño de los directores de las empresas públicas a través del documento denominado *¿Where were the Directors?* que permitió clarificar el rol del presidente del consejo de administración y diferenciarlo con el del consejo y el del director general y crear, como en Gran Bretaña, comités especializados en auditoría, nombramientos y remuneración.

De otra parte, el *Corporate Governance Principles* expedido en 1998, permitió crear un consejo de administración inspirado en los modelos anglosajones, compuesto por una mayoría de administradores independientes, así como la puesta en marcha de comités especializados en las empresas estatales japonesas y en Estados Unidos, fueron numerosas las herramientas que permitieron la adopción de nuevos instrumentos de gerencia para las empresas públicas, dentro de las cuales se destacan: *Guide for Directors and Corporate Councils* 1996, *Director Professionalism* 1996, *Corporate Governance Survey* 1997 y *Coping with fraud* en 1998, que permitieron entre otras, incitar el nombramiento de administradores independientes, facilitar el control interno, ase-

gurar la transparencia frente a los mercados financieros, equilibrar los poderes al interior de la empresa, publicar la remuneración de los miembros del directorio y crear los mismos comités independientes formulados en los códigos británicos.

En otros países del continente europeo se crearon iniciativas como el *KonTraG* expedido en 1998 en Alemania cuya pretensión fue limitar la acumulación de mandatos al interior de las empresas públicas, suprimir los derechos de votos múltiples y la instauración de comités especializados; el *Corporate Governance* en los Países Bajos publicado en 1997 enfatizó en la necesidad de separar los poderes entre el consejo de vigilancia y la dirección general. Por ser de gran interés para este estudio haremos algunos comentarios alrededor del régimen de las empresas públicas en Francia, España y Estados Unidos.

3.1. España

En el caso español, estamos frente a una monarquía parlamentaria en la que se ha acumulado una vasta experiencia en materia de reformas profundas a la gobernanza pública en medio de contextos políticos de difícil manejo. En España todas las empresas son anónimas y las reglas generales relativas a los activos del gobierno central fueron adoptadas mediante Decreto Real en 2009. Estas reglas generales son esencialmente un híbrido entre una política de la propiedad y los elementos propios de un código de buenas prácticas para la gestión de las empresas públicas. Los objetivos perseguidos por el Decreto Real son en primer lugar aumentar la eficacia de las empresas y los organismos públicos conexos y, en segundo lugar, establecer un marco de transparencia para las empresas públicas.

En la actualidad España tiene 6536 entidades públicas, de las cuales 2036 son empresas públicas. De manera general se observa el fuerte rol que desempeñan los ministerios de tutela en materia de control funcional y de eficacia, de orientaciones estratégicas y que son responsables frente al Parlamento. Además de este fuerte control ministerial, encontramos dos entidades transversales adscritas al Ministerio del Tesoro: la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), un holding que centraliza la gestión de 17 empresas

comerciales y la Dirección General de Administraciones Públicas que asegura el seguimiento del presupuesto de las empresas comerciales. El control lo ejerce el Ministerio del Tesoro mediante la Supervisión General de la Administración del Estado (IGAE). Este control se ejerce de tres maneras, modulables de acuerdo con el segmento del sector público del que se trate: verificación a priori, control financiero permanente y auditoría. De otra parte, el control jurisdiccional es realizado por el Tribunal de Cuentas y por los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas (OCEX). Este control se realiza a partir de los principios de legalidad, eficiencia y economía. Del mismo modo, los resultados de los diferentes controles realizados son publicados en el Boletín Oficial y transmitidos al Parlamento.

De otra parte, es importante recordar que España al igual que los demás países miembros de la OCDE, recibe las recomendaciones que en materia de prevención de corrupción en la gestión de las empresas públicas hace esta organización internacional y que ya han sido mencionadas en este trabajo. En el año 2017, el capítulo español de Transparencia Internacional publicó sus denominados principios anticorrupción para las empresas públicas, que constituye una guía de buenas prácticas relativas a la transparencia, la integridad, la reducción de riesgos legales y reputacionales, entre otras. Este documento contiene, además, los siguientes diez principios que deben ser aplicados por las empresas públicas en desarrollo de sus actividades: (a) operar en función de los más altos estándares de ética e integridad; (b) garantizar las mejores prácticas de gobierno y supervisión mediante un adecuado Programa anticorrupción; (c) actuar responsablemente ante los *stakeholders* a través de la transparencia y las informaciones públicas; (d) asegurar que las políticas de recursos humanos y los procedimientos sean acordes con el Programa anticorrupción; (e) diseñar el programa anticorrupción con base en una exhaustiva evaluación de riesgos; (f) implementar políticas y procedimientos detallados para contrarrestar los riesgos clave de corrupción; (g) administrar las relaciones con terceros para garantizar que actúen contra la corrupción según estándares similares a los de la propia empresa pública; (h) utilizar la comunicación y la capacitación para implementar el programa anticorrupción; (i) proporcionar asesoramiento seguro y accesible con adecuados canales de denuncia anticorrupción; y (j) monitorear, evaluar y mejorar continuamente la implementación del Programa anticorrupción.

A inicios de 2021, la Fundación para la investigación sobre el derecho y la empresa (FIDE) formuló el denominado Plan 5-25 para la reforma del sector público institucional en España. Esta reforma está construida a partir de cinco ejes:

1. Autonomía, en la cual se considera se deben mejorar los siguientes aspectos: la política de propiedad pública, propiciar la separación de ministerios propietarios y ministerios gestores, establecer objetivos relativos a la autonomía de las empresas públicas en actos de gestión ordinaria;

2. Mercado, que incluye esfuerzos en torno a: evitar la discriminación entre empresas públicas y privadas por motivos contables, regulatorios o fiscales, así como la obtención de rentabilidades comparables en un contexto de mercados en competencia;

3. Formas de nombramiento, en el que se incluye: mecanismos de nombramiento basados en el mérito, la creación de un órgano independiente para la selección de directivos, el establecimiento de plazos mínimos de nombramiento y supuestos de cese tasados;

4. Buen gobierno y transparencia, que comprende: establecer los mismos estándares que compañías cotizadas, mayor responsabilidad en control interno, cultura ética y de integridad, la no financiación de actividades ajenas, creación de comisiones de auditoría, establecer coordinación con órganos de control e información pública homogénea entre el sector empresarial estatal, autonómico y local; y

5. Consejos de administración, eje en el cual se deben reforzar los siguientes elementos: fomento a la igualdad de género, responsabilidad de los consejeros, visión a medio y largo plazo, consejos reducidos, procedimientos profesionalizados de selección, consejeros independientes y comités especializados, representación de los trabajadores y evaluaciones externas de los consejos.

3.2. Francia

Tal como se mencionó antes, Francia forma parte de los Estados europeos en los que las empresas públicas se someten a un régimen jurídico especial. La primera de ellas son los EPIC, personas jurídicas

de derecho público cuyo objeto es la gestión de una actividad de servicio público y que se rige mayoritariamente por normas de derecho privado. Las empresas nacionales, sociedades anónimas cuyos accionistas son exclusivamente organismos públicos y cuyo régimen jurídico es de derecho privado, aunque con algunas excepciones en lo que tiene que ver con los accionistas, los consejos, los administradores y su directorio. Por ejemplo, los consejos se organizan sobre una base tripartita de representantes del Estado. Las sociedades de economía mixta son sociedades con responsabilidad limitada en las que las que hay participación pública y privada, sin embargo, su organización interna (consejo, asamblea general) difiere de una sociedad a otra. Las empresas públicas dotadas de un régimen jurídico especial se rigen frecuentemente por disposiciones diferentes en lo relacionado con los consejos de administración y los niveles de comunicación de información requeridos. Además de ello, esas empresas no se someten al régimen de quiebra.

En Francia, luego de que se adoptaron las medidas de desreglamentación y de liberalización de los mercados, de todas maneras, se adoptaron medidas que buscaban armonizar el estatuto jurídico de las empresas públicas con el de las empresas privadas. Los casos de GDF —Gas de Francia— y EDF —Energía de Francia— son emblemáticos. Las razones que motivaron dicha iniciativa son variadas. Dentro de ellas se destacan, además de buscar un equilibrio entre competidores públicos y privados, permitir una utilización más sistemática de instrumentos de gobierno de empresa (fortalecidos y consolidados en el seno de las empresas privadas) y facilitar el acceso al capital para financiar la expansión de las empresas públicas especialmente en el extranjero.

Algunos de los instrumentos locales más destacados que podemos citar como antecesores de la lucha anticorrupción al interior de las empresas públicas francesas son: el informe Viénot publicado en 1995 el cual condujo a que se introdujera la figura de administradores independientes en los consejos de administración de las empresas públicas, el informe Arthuis en 1996, gracias al cual se limitó el número de mandatos posibles para los directivos de las empresas y se impulsó la redacción de cartas deontológicas así como la creación de comités especializados en asuntos éticos.

En Francia, las reglas de gobernanza de las empresas públicas no se encuentran en textos legislativos o reglamentarios sino en códigos elaborados por los órganos representativos de las empresas. En la actualidad existen dos códigos de gobernanza redactados por organizaciones representativas de empresas públicas: el código AFEP-MEDEF cuya primera versión se publicó en 1995 y su última actualización fue en 2020. El objetivo de dicho código es promover estándares elevados de gobierno de las empresas públicas y privadas activas en el mercado bursátil conjugando transparencia, responsabilidad y control.

A partir de 2013, las revisiones del código han involucrado una diversidad importante de actores tales como representantes de los poderes públicos, asociaciones de accionistas, inversionistas, agencias de consejo para las votaciones etc. Estas consultas públicas son abiertas en un sitio especial para ellas y la síntesis de las participaciones son de público conocimiento. Ese mismo año se creó el alto comité de gobierno de empresa que vigila la aplicación de las recomendaciones del código y acompaña a las empresas en su aplicación, en particular sobre aspectos que se consideran fundamentales tales como los elementos que deben tenerse en cuenta para fijar la remuneración de los directivos. De manera general, el objetivo de las revisiones permanentes del código, así como la participación de actores diversos en dichas revisiones obedece al interés de que éste se constituya en un referente que favorezca la evolución y el mejoramiento de la gobernanza de las empresas públicas o privadas, con participación en el mercado bursátil y mejorar la difusión de las mejores prácticas.

Tratándose de las empresas públicas exclusivamente, el Instituto Francés de Administradores expidió un código de gobernanza en mayo de 2017 denominado gobernanza de las empresas con participación del Estado, el cual propone recomendaciones sobre la relación entre la empresa pública y el Estado, la gestión de los conflictos de intereses y la composición de los consejos de administración. Sin embargo, pese a que este no es un código de obligatoria aplicación, se aplica el principio anglosajón de *comply or explain* de acuerdo con el cual aquellas empresas públicas que no lo apliquen deberán explicar las razones para no hacerlo.

Este código parte del hecho de que Francia es una República organizada alrededor de un Estado central desconcentrado y descen-

tralizado en el que existen 1517 organismos públicos de los cuales 1057 son empresas públicas. Estas empresas son administradas por una Agencia de Participaciones del Estado (APE) que centraliza la gestión de las participaciones del Estado en las empresas industriales. Con la entrada en vigor en 2001 de la Ley orgánica relativa a las leyes de finanzas (LOLF) se pudo asegurar la pertenencia de los operadores del Estado a una misión y a un programa de acción gubernamental específico. Es importante resaltar que la relación de la empresa pública con su ministerio de tutela está regida por un marco de pilotaje estratégico en el que se realizan reuniones estratégicas anuales, se suscriben contratos por objetivos o desempeño, se suscriben cartas de misión, tablas de seguimiento de actividad etc. En lo relacionado con el consejo de administración, éste está llamado a ejercer una función de orientación y su composición debe efectuarse sobre los siguientes criterios: 1/3 de representantes de los empleados, 1/3 de los representantes del Estado y 1/3 de administradores independientes.

Finalmente, el control del Ministerio de Economía, Finanzas y Soberanía Industrial y Digital se ejerce a través de cuatro entidades: la Dirección General de Finanzas Públicas (DGFIP), el Control General Económico y Financiero (CGEFI), el Control del Presupuesto y de la Contabilidad Ministerial (CBCM) y la Inspección General de Finanzas (IGF). El control continuo es la modalidad principal de control financiero. Sin embargo, la evolución reciente del control económico y financiero se traduce por el desarrollo de programas de control periódico. Además, estos organismos están acompañados por la DGFIP para la actualización de su sistema de control interno y de gestión de riesgos. De otra parte, encontramos el control jurisdiccional que hace la corte de cuentas (tribunal de cuentas) que versa sobre el uso de los dineros públicos sobre su eficiencia y eficacia en la ejecución de las políticas públicas.

3.3. Estados Unidos

Tratándose de las buenas prácticas de gobierno corporativo en las empresas públicas americanas encontramos como antecedentes varios códigos y documentos de referencia tales como: *A Guide for*

Directors and Corporate Councils (1996), *Director Professionalism* (1996), *Corporate Governance Survey* (1997) y *Coping with fraud* (1998). Con ellos se alentó el nombramiento de administradores independientes, facilitar el control interno, asegurar la transparencia frente a los mercados financieros, equilibrar los poderes al interior de las empresas y la creación, como en Inglaterra por esa misma época, de tres comités independientes, uno para realizar actividades de auditoría, otro que se ocupa de los nombramientos y finalmente uno especializado en el tema de la remuneración además de la obligatoriedad de publicar la remuneración de sus dirigentes por parte de las empresas públicas.

Contrario a la tendencia mundial, en los últimos veinte años en Estados Unidos se ha venido presentando el fenómeno de una reducción importante del número de empresas estatales el cual se atribuye a varias causas dentro de las cuales se destaca que los participantes del mercado público americano tienen una orientación a muy corto plazo, lo cual no se corresponde con la visión con la que se gestionan las empresas públicas que es a más largo plazo. Para superar esa y otras dificultades, se crearon algunos instrumentos adicionales. Así las cosas, Estados Unidos además de tener en cuenta el Marco ISG², los principios BRT³ y los aportes del Foro Económico Mundial,

² El *Investor Stewardship Group* (ISG) es un esfuerzo liderado por inversionistas que incluye a algunos de los mayores inversionistas institucionales y administradores de activos globales con sede en Estados Unidos, junto con varios de sus contrapartes internacionales. El ISG se formó como una iniciativa sostenida para establecer un marco de administración de inversiones básicas y estándares de gobierno corporativo para la conducta de inversionistas institucionales y salas de juntas de los Estados Unidos. El resultado es el marco para la administración y gobernanza de los Estados Unidos que comprende un conjunto de principios de administración para los inversores institucionales y principios de gobierno corporativo para las empresas que cotizan en bolsa en los Estados Unidos.

³ Los Principios BRT —*Business Roundtable*— son un conjunto de principios de buen gobierno corporativo que reflejan las nuevas circunstancias propiciadas por la reforma a Wall Street-Dodd-Frank —*Wall Street Reform*— y las nuevas disposiciones sobre protección a consumidores —*Consumer Protection Act*— de acuerdo con ellos, la responsabilidad de los accionistas incluye no sólo la transparencia (es decir, la naturaleza de su identidad y propiedad), sino también cierta responsabilidad por la creación de valor a largo plazo para todos los accionistas.

promovió en 2018 la construcción de los denominados Principios de sentido común 2.0 (*Common Sense Principles 2.0*), un conjunto de principios de gobernanza empresarial en los que están presentes las visiones tanto de los empresarios como de los inversionistas. Estos principios son:

1. Las juntas son responsables ante los accionistas: este es un derecho fundamental de los accionistas para elegir en calidad de directores a quienes creen que son las personas más indicadas para representar sus intereses y los intereses a largo plazo de la empresa. Con la finalidad de mejorar la rendición de cuentas de la junta de accionistas, los directores deben alentar a las empresas a revelar información suficiente acerca de sus prácticas de gobierno corporativo;

2. Los accionistas deben tener derecho de voto en proporción a sus intereses económicos. Las empresas deben adoptar una sola acción estándar de un voto y evitar la adopción de estructuras de acciones que creen derechos de voto desiguales entre sus accionistas;

3. Los directorios deben ser sensibles a los accionistas y ser proactivos con el fin de comprender sus puntos de vista:

4. Los consejos deben responder a las propuestas de los accionistas bien sea mediante la implementación de los cambios propuestos o explicando el por qué no se adoptaron dichos cambios;

5. Los directorios deben tener una estructura de liderazgo fuerte e independiente. El liderazgo independiente de la junta es esencial para el buen gobierno. Una de las principales funciones de la junta es supervisar y guiar el manejo de la empresa. Del mismo modo, la administración es responsable de la gestión del negocio. El liderazgo de la junta es necesario para supervisar la estrategia de la empresa, evaluar el desempeño de la gestión y proporcionar una voz independiente de la administración que rinda cuentas directamente a los accionistas y a otras partes interesadas. De manera general, existen en Estados Unidos dos formas de liderar una junta independiente: (i) tener un presidente independiente y (ii) contar con un director independiente;

6. Las juntas deben adoptar estructuras y prácticas que mejoren su eficacia. Ello implica contar con directores que tengan ex-

perencia en la industria y habilidades profesionales que faciliten la puesta en marcha de la estrategia de la empresa. Del mismo modo, una junta bien compuesta debe incorporar y fomentar la diversidad dentro de la que se incluye la diversidad de pensamiento. Los consejos deben establecer comités a los que se delegan determinadas tareas para cumplir con sus responsabilidades de supervisión. Como mínimo estos comités deben incluir auditoría totalmente independiente, la compensación ejecutiva y la nominación y/o el gobierno. Las responsabilidades de un director de la empresa pública son complejas y exigentes. Los directores tienen que tomar el compromiso sustancial de tiempo necesario para cumplir con sus responsabilidades y funciones de la empresa y sus accionistas. Al considerar la designación de los directores, el comité de nominaciones debe evaluar la capacidad del candidato para dedicar tiempo suficiente a la empresa en el marco de sus compromisos externos. Los directores deben asistir a todas las reuniones de la junta, incluyendo la reunión anual y sus inasistencias deben ser explicadas a los accionistas. Las juntas deben asegurarse de que existe un mecanismo para que los directores reciban la información que buscan sobre cualquier aspecto del negocio o actividades realizadas o propuestas por la dirección; y

7. Las juntas deben desarrollar estructuras de gestión de incentivos que estén alineados con la estrategia a largo plazo de la empresa. Como parte de sus funciones de compensación deberán determinar los objetivos de rendimiento a corto y largo plazo que sustentan la estrategia a largo plazo de la compañía. Estos objetivos deben ser incorporados en los planes de incentivos de gestión y sirven como herramienta para asignar premios e incentivos. Los directorios deben comunicar claramente los planes de incentivos a los accionistas y demostrar cómo establecer un vínculo claro entre ellos y la estrategia a largo plazo de la empresa, así como con la creación de valor económico sostenible. Todas las decisiones de pagos extraordinarios para los ejecutivos deben ser explicadas a los accionistas. Del mismo modo, todo cambio en la estrategia a largo plazo de la empresa deberá requerir una reevaluación de las estructuras de gestión de incentivos con el fin de determinar si siguen incentivando la gestión para lograr los objetivos de la nueva estrategia.

3.4. *Análisis comparado*

Una visión transversal del manejo que se ha dado al fenómeno de la corrupción al interior de las empresas públicas en países no latinoamericanos nos conduce a señalar varias tendencias que comparten. En primer lugar, señalaremos los esfuerzos conjuntos y comunes a todos los países analizados, por equiparar el régimen jurídico de las empresas públicas, usualmente de derecho público, al propio de las empresas del sector privado. Estos esfuerzos legislativos fueron rápidamente acompañados por otros más novedosos en su momento por no tener el carácter de obligatorios, que son los códigos de buena conducta para la gobernanza de las empresas del Estado. Tal como se mencionó, Gran Bretaña fue precursora en esta materia y los tres grandes ejes sobre los cuales se diseñaron las buenas prácticas fueron replicados por la totalidad de códigos que se expidieron en otros países europeos. Así las cosas, los esfuerzos se centraron en asegurar la separación entre el poder ejecutivo y los órganos de control, establecer con claridad los derechos y deberes de los administradores y crear tres comités asegurando la independencia entre ellos y las actividades que les son propias.

Teniendo en cuenta los grandes escándalos financieros que antecedieron la adopción de estas decisiones, se juzgó necesaria la creación de los comités de auditoría con la finalidad de que contribuyan al cumplimiento de los objetivos estratégicos de las empresas mediante la implementación de:

[...] mejores prácticas corporativas y de metodologías que les permita a las organizaciones preservar la integridad de sus patrimonios e incrementar el valor de sus acciones en un entorno altamente competitivo [...] La existencia y buen funcionamiento del comité de auditoría son sinónimos del grado en que las prácticas de gobierno corporativo realmente se aplican. Su efectividad e independencia de actuación generan gran confianza entre socios, inversionistas, acreedores y entidades gubernamentales de supervisión, fiscalización y control (Rozas Florez, 2001).

Los países miembros de la OCDE se han venido comprometiendo con reformas que buscan la profesionalización de los comités de nombramiento. La idea detrás de las distintas reformas es básicamente investirlos de mayor autonomía limitando la injerencia política en

sus decisiones, para ello, además, se establecen procedimientos de nombramiento bien estructurados, definidos y basados en privilegiar las calificaciones personales dejando de lado las recomendaciones o padrinzos políticos. Estas orientaciones están estrechamente ligadas con la actividad que se realiza al interior de los comités de evaluación, al interior de los cuales, invariablemente en todos los países analizados se estableció su responsabilidad en aspectos críticos tales como el seguimiento de la gestión y la orientación estratégica mediante la inclusión de procedimientos de evaluación más sistemáticas. Del mismo modo podemos constatar una evolución en cuanto a los mecanismos de evaluación de desempeño y de remuneración basados en la dupla responsabilidades y carga de trabajo.

Otra tendencia común en los países estudiados es la utilización en mayor medida de instrumentos de gestión privada para asegurar un mejor manejo al interior de las empresas públicas. De modo que, no resulta falso afirmar que no solamente en materia de régimen jurídico se generó una homologación paulatina y permanente con el de las empresas privadas, sino que, además, dicha homologación también pasa por la adopción cada vez mejor sistematizada de las herramientas propias de la gestión de dichas empresas pertenecientes al sector privado.

Un ejercicio comparativo nos permite establecer que, en Francia, además de la creación de los consejos mencionados, que, insistimos es común a todos los países estudiados, la prioridad estuvo marcada por la necesidad de dotar de administradores independientes a las empresas públicas, así como centrar la reflexión en los temas deontológicos más que en instrumentos gerenciales propiamente dichos. Ello no quiere decir que éstos no se hayan adoptado, sin embargo, la prioridad se centró, al menos en una primera etapa, en acudir a herramientas educativas y persuasivas desde el deber ser. En una etapa posterior, además de la adopción de elementos gerenciales, los esfuerzos por mejorar el clima de confianza de las empresas públicas no fueron obra del Parlamento, sino fueron fruto de los esfuerzos al interior de las protagonistas: las empresas públicas. En Francia se constata, además, un esfuerzo importante por involucrar en la redacción de los distintos códigos, al mayor número de actores posible. Podría afirmarse que la legitimidad colectiva de dichos códigos pese

a no ser de obligatorio cumplimiento es similar a la que disfrutaban las leyes adoptadas en el seno parlamentario.

El caso español se caracteriza por la marcada influencia de los ministerios en materia de estrategia a adoptar por parte de las empresas públicas para ser más eficaces. Esta es una de las razones por las cuales recientemente la FIDE recomienda buscar una mayor profesionalización e independencia de los Consejos de administración de las empresas, así como la adopción de un modelo de mayor y mejor supervisión financiera acompañado del desarrollo de una política de propiedad que no interfiera en la gestión. A diferencia del modelo francés, el hecho de que la totalidad de las empresas públicas gozan de la naturaleza jurídica de sociedades anónimas, unifica su régimen jurídico. Frente a ello se considera necesario recalcar que la consecuencia natural de dicha homologación es una menor complejidad en el conocimiento y aplicación de la normativa a aplicar, lo cual interpretamos como una fortaleza en el sistema de la cual carece Francia.

Sin embargo, como debilidad, algunos estudios realizados por la OCDE indican que España es uno de los países en los que se denota una mayor politización en los cargos directivos de las empresas públicas. A dicha conclusión se llegó luego de establecer que es en ese país en el que se experimenta un mayor nivel de rotación en esos cargos públicos directivos con cada cambio de gobierno. Dichos niveles de rotación solo advierten una disminución notable al ser comparados con lo que sucede con Estados Unidos.

Al analizar el sistema estadounidense, encontramos la misma tendencia en la búsqueda hacia propender por el nombramiento de administradores independientes y el aseguramiento de la transparencia frente a los mercados financieros. Como elemento adicional que aparece más claramente resaltado en el sistema americano que en los otros referidos, encontramos la implementación de herramientas que buscan equilibrar los poderes al interior de la empresa. El haber denominado a uno de sus instrumentos para incentivar la buena gobernanza al interior de las empresas estatales “principios de sentido común” podría dar lugar a pensar que el sistema americano estaría en la dirección de simplificar dichos principios, lo cierto es que cuando se coteja su contenido con el de las herramientas implementadas en los otros sistemas, su contenido gira en torno a las mismas finalidades.

Sin embargo, una debilidad común en los países analizados, y en otros que forman parte de la OCDE, está dada por el hecho de que en los consejos de administración de las empresas públicas existe la tendencia a estar saturados por un número excesivo de representantes del Estado quienes, además, carecen de perspectiva comercial y de independencia. Esto hace que el consejo de administración se vea privado con frecuencia, de algunas de sus funciones esenciales para entregárselas a los ministros accionistas o a la dirección. De otra parte, la presencia de representantes de los trabajadores transforma, en ciertos casos, en campo de batalla de negociación política a los consejos de administración, más aún si se tiene en cuenta que en la totalidad de los países analizados, el personal de las empresas públicas es con frecuencia el más sindicalizado.

En grados diferentes, la politización en el otorgamiento de los cargos directivos en las empresas estatales sigue siendo una práctica contra la cual, las herramientas hasta el momento establecidas no han sabido ser suficientemente eficaces. En ese sentido, se destaca como oportuna la muy reciente iniciativa que está siendo analizada en España en el sentido de crear un órgano externo e independiente que tenga a cargo la nominación de los cargos más representativos en el seno del sector público, pero en especial los cargos directivos en las empresas públicas. Iniciativa que, por el momento, es exclusivamente española, y que no es conocida en los países homólogos analizados.

Así las cosas, además de las medidas de gobierno corporativo que se han venido implementado tanto en el ámbito empresarial público y de las que de manera independiente se han adoptado para luchar contra el crimen organizado transnacional, que están en concordancia con los instrumentos internacionales en esa materia, no se encuentran medidas específicamente dirigidas a atacar la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en las empresas públicas de los países analizados.

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS

Las principales características de las empresas públicas en América Latina de las que da cuenta un estudio realizado por el Banco de

Desarrollo de América Latina (2012) están relacionadas con cinco elementos fundamentales: su estructura corporativa, su directorio, los criterios de selección para la administración, la transparencia y difusión de información. Así las cosas, se destaca, en cuanto a su estructura corporativa, que gran parte de las empresas estatales en América Latina han adoptado una forma jurídica empresarial que conduce a una responsabilidad limitada. Se rigen por normas de derecho privado —derecho corporativo— y cuentan con una estructura acorde con el modelo empresarial. Esto es, cuentan con una junta general de accionistas, un directorio independiente por estatutos etc. Del mismo modo, y pese a que el régimen jurídico que han adoptado es de derecho privado éstas cuentan, en algunas ocasiones, con privilegios y tratamiento fiscal especial. Tratándose además de los instrumentos anticorrupción y pro-gobierno corporativo existen, como es natural, diferencias que es importante analizar a través de un estudio un poco más detallado de los instrumentos a los que se ha acudido en varios países latinoamericanos.

4.1. Argentina

El instrumento más reciente de lucha contra la corrupción en las empresas públicas en Argentina se denomina lineamientos de buen gobierno para empresas de participación estatal adoptado mediante la Decisión Administrativa 85 en 2018. Sin embargo, antes de este instrumento que busca establecer altos estándares de transparencia y acceso a la información en la gestión de las empresas públicas el país ya contaba con una amplia gama de normatividad tendiente a promover la integridad pública y la transparencia tales como la ley de acceso a la información pública, la reglamentación del régimen de obsequios y viajes financiados por terceros a funcionarios públicos, la promoción de códigos de ética, del monitoreo de los directorios y de una mayor regulación en las compras y contrataciones los programas de integridad en las empresas establecidos en la ley 27.401, la red de empresas de propiedad estatal por transparencia organizada por la oficina anticorrupción, la publicación en formato abierto de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos, la ley de ética en la función pública y la ley de responsabilidad penal.

La Ley de Ética en la Función Pública establece los deberes, prohibiciones e incompatibilidades de quienes trabajan en la función pública dentro de los cuales se destaca la obligación de rendir cuentas, uno de los elementos propios de la gobernanza. La ley de responsabilidad penal por su parte establece sanciones para las empresas que cometan delitos de corrupción. Esta ley identifica cinco delitos de responsabilidad penal: cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y falsedad en balances e informes.

También es importante tener en cuenta que, si bien Argentina no forma parte por ahora de la OCDE, como país del G-20 junto con México y Brasil, Argentina se beneficia de aspectos más amplios de la agenda OCDE-G-20 en el desarrollo de estándares para una mejor gobernanza corporativa —*Principles of Corporate Governance*—. Del mismo modo, dado que en la actualidad el gobierno argentino adelanta negociaciones para formar parte de esta organización internacional, sus acciones se dirigen hacia consolidar los principios que ésta ha establecido en materia de gobierno de las empresas públicas.

La adopción de los lineamientos de buen gobierno para empresas de participación estatal se produjo luego de que se realizó una labor de identificación de la tipología de los riesgos a la integridad pública en las empresas de propiedad estatal. Allí se identificaron como críticos los riesgos de nepotismo —contratación de personal o su ascenso influido por el vínculo familiar del candidato o su cercanía política—, el fraude al interés social— brindar un servicio deficiente o producir un bien que no cumpla con los estándares mínimos de calidad, riesgos asociados a las licitaciones y compras simplificadas, riesgos asociados a la contratación de personal y a la elaboración de presupuestos. Frente a estos riesgos identificados se crearon una variedad de medidas específicas para mitigarlos.

Los lineamientos consignados son: (a) eficiencia: el Estado como accionista de las empresas promueve el uso eficiente de sus recursos; (b) transparencia: el Estado promueve el rol activo de las empresas en la publicación de información financiera y no financiera vinculada a su desempeño; (c) integridad: el Estado como accionista promueve la adopción y cumplimiento por parte de las empresas de políticas desti-

nadas a prevenir y castigar el fraude, cumplir con la normativa anticorrupción, garantizar la gestión transparente e íntegra de los recursos; (d) generación de valor: el Estado como accionista promueve la maximización del impacto que las empresas de mayoría accionaria estatal tienen en la economía; (e) estándar de empresa listada: el Estado espera que las empresas en las que él es accionista adopten estándares de gobierno corporativo alineados con los de las empresas listadas en la bolsa de valores; (f) roles diferenciados: el Estado no solo cumple el rol de accionista o dueño de las empresas, sino que también puede desarrollar actividades como formulador de políticas públicas y como regulador de la calidad de los servicios prestados por las empresas. Por ende, es de esperarse que los ministros sectoriales desempeñen dichos roles manteniendo la independencia de ellos. Es decir, que puedan ejercer distintas funciones (regulador, formulador de políticas, prestador de servicios) aunque se trate de la misma autoridad.

4.2. Brasil

En el caso de Brasil podemos apreciar que las herramientas de lucha anticorrupción se centraron durante mucho tiempo en dar respuesta a las conductas de personas naturales dejando de lado la responsabilidad de las personas jurídicas. Sin embargo, dado el contexto normativo internacional y el creciente interés por avanzar en la lucha anticorrupción a nivel transnacional, Brasil contaba con herramientas provenientes de tratados internacionales que le permitieron hacer frente, de esa manera, a las conductas que atentaban contra la integridad pública. Así las cosas, Brasil ratificó en 1996, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, en 1997 la Convención Sobre Lucha Contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico-OCDE y en 2006 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

Fue solo hasta agosto de 2013, que se adoptó por primera vez la Ley n.º 12.846/13, primera normatividad interna sobre la responsabilidad administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera. Del mismo modo, en 2014 se expidió la Ley anticorrupción o Ley de la empresa limpia,

la cual responde de manera general a los estándares internacionales en la materia, pero a diferencia de lo que ocurre en otros países, ésta:

[...] prevé sanciones a nivel administrativo y no penal con respecto a las conductas de corrupción activa por parte de las empresas. Este criterio sancionador-administrativo sigue la tendencia de ampliación y prevalencia de la jurisdicción administrativa sobre la penal, mediante la continua y creciente creación de agencias independientes en la gestión pública, que son, al mismo tiempo, regulatorias y sancionatorias (Carvalhosa, 2014).

Esta ley también prevé una herramienta calificada como muy eficaz en la lucha del crimen transnacional organizado denominada acuerdo de indulgencia que, en sus orígenes, posibilitaba la celebración de acuerdos entre el Poder público y una empresa miembro de un cártel o de sus empleados y que con la expedición de la ley de la empresa limpia puede realizarse también con relación a cualquier acto de corrupción practicado por la empresa y no sólo los de formación de cárteles.

El acuerdo de indulgencia se inspira en la experiencia estadounidense, en donde se estableció que constituía un excelente método para cooptar agentes criminales, incentivándolos a denunciarse, peleándose unos con otros, traicionando unos a otros, de tal forma que nunca más quieran ser cómplices en sus acuerdos. En los Estados Unidos, las autoridades promovieron en los últimos años cerca de 300 procesos contra la corrupción bajo la consagrada-FCPA, y ha sido un éxito la celebración de acuerdos de indulgencia alternativos (Carvalhosa, 2014).

Del mismo modo que Argentina, Brasil pese a no pertenecer a la OCDE, viene negociando desde 2017 su posible ingreso por lo cual la tendencia es a integrar las recomendaciones que dicho organismo internacional ha hecho en materia de gobierno corporativo de las empresas públicas.

4.3. Chile

La estrategia anticorrupción en Chile se ha caracterizado por centrarse únicamente en modificaciones legales sin una visión integral para enfrentar el fenómeno, lo cual va en contra de las tendencias mundiales (Muñoz, 2008). En efecto, entre 1999 y 2016 se tomaron no

menos de 20 medidas legislativas encaminadas a fortalecer la probidad en el sector público pero la adopción de otro tipo de medidas complementarias fue marginal. Por ello, a partir de 2012 se toma la decisión de abordar el fenómeno de la corrupción desde una perspectiva sistémica. Dicha decisión obedeció en primer lugar al hecho de que la evidencia tanto nacional como internacional demuestra la ineficacia de la explosión normativa en estos casos y, en segundo lugar, a que, como es sabido, Chile es miembro activo de la OCDE desde 2009 y que por ello sus políticas deben estar acorde con los lineamientos de esta organización internacional. Desde la perspectiva de la OCDE la óptica transversal y multidisciplinaria con la que se debe abordar la corrupción debe estar orientada sobre tres ejes. En primer lugar, articular un sistema coherente y completo que establezca una estrategia con objetivos y prioridades claras, responsabilidades y normas bien definidas que permitan aumentar el compromiso de las personas a nivel político, directivo y operativo. En segundo lugar, estimular una cultura de la integridad pública basada en la meritocracia, un clima de apertura y diálogo, el fortalecimiento de los liderazgos éticos y el involucramiento de la sociedad en su conjunto para instaurar la tolerancia cero contra la corrupción. Finalmente, fomentar una rendición de cuentas eficaz que facilite la participación de la ciudadanía en el desarrollo en implementación de los programas anticorrupción y que consolide mecanismos efectivos de gestión de riesgos en las entidades públicas (Contraloría General de la República de Chile, 2020).

En Chile, la Alianza Anticorrupción (UNCAC), la Contraloría General y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), lideran una iniciativa para impulsar buenas prácticas en la gestión de las empresas públicas y para implementar en el país los principios de la Convención anticorrupción de las Naciones Unidas. Desde la plataforma que fue creada se han formulado propuestas de cambios normativos, capacitaciones, elaboración de códigos de ética y reconocimiento a prácticas destacadas de integridad a nivel nacional.

4.4. Ecuador

El caso ecuatoriano ejemplifica la lucha contra uno de los delitos que tradicionalmente se relacionan con crimen transnacional, el

tráfico de drogas a gran escala. En dicho país, se detectó la operación de varias organizaciones criminales transnacionales tales como los carteles mexicanos de los Zetas, de Sinaloa, del Golfo y de las FARC colombianas. Como respuesta a este fenómeno, se firmó en Brasilia el 30 de julio de 2016, un memorando para enfrentar el crimen organizado. Allí se destacan herramientas dirigidas a evitar principalmente delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, lavado de activos y los cibercrimes. Dicho memorando encuentra sustento en el Acuerdo para Incentivar la Cooperación y Asistencia Legal Mutua entre los integrantes de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, suscrito en diciembre de 2003. Consecuentemente, en Ecuador, en el artículo 483 del Código Orgánico Integral Penal, se establece que sean agentes especializados quienes ingresen en grupos delincuenciales organizados para determinar su estructura y planes. Sin embargo, no se encontraron medidas específicamente dirigidas a las empresas estatales y a su participación directa o indirecta en actividades relacionadas con corrupción derivada de actividades.

4.5. México

México ocupa la posición 105 en el mundo en materia de corrupción, con un valor de 34 sobre 100 puntos; muy por debajo de Dinamarca, Finlandia y Nueva Zelanda, que obtuvieron 90 puntos. Del mismo modo, el índice de percepción de la corrupción emitido por Transparencia Internacional es muy alto (Estrada, 2013). Sin embargo, México es desde 1993 miembro de la OCDE y, por ende, acoge los lineamientos en materia de gobierno corporativo de las empresas públicas. En México a partir de la década de los noventa, el Estado decidió, buscando, entre otros objetivos, dar cumplimiento a los instrumentos internacionales de lucha anticorrupción y a las políticas de gobierno corporativo en las empresas estatales, intervenir el sector público y poner en marcha un programa de modernización estatal. Como resultado, el gobierno de México adoptó medidas para aumentar la productividad y la competitividad de la economía mediante la desregulación, la privatización y el aumento de la inversión del sector privado. Como parte de dichas medidas se mencionan enmiendas constitucionales y expedición de leyes para favorecer la participación privada en las comunicaciones por ferrocarril y por satélite

legislación que le permitiera a las empresas mexicanas del sector privado dedicarse al almacenamiento, distribución y transporte de gas natural; la privatización de aeropuertos, puertos marítimos y carreteras, legislación de aviación civil que permite a las empresas privadas obtener concesiones por 30 años para operar servicios de transporte aéreo comercial dentro de México, y enmiendas constitucionales y legislación que facultan al gobierno para permitir la participación del sector privado en la extracción de petróleo y la producción y distribución de electricidad.

En la actualidad, México tiene 299 empresas controladas o de propiedad estatal. Estas entidades incluyen: empresas de participación estatal mayoritaria (empresas de propiedad mayoritaria del gobierno); organismos descentralizados; fideicomisos públicos, y empresas productivas del Estado, incluidas sus empresas productivas subsidiarias. Tal como sucede en otros ordenamientos jurídicos iberoamericanos, estas empresas estatales pertenecen al sector descentralizado por lo cual son personas jurídicas independientes, disponen de autonomía técnica, operativa, presupuestaria y de gestión.

Además de respetar los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, el gobierno mexicano ha venido centrando sus esfuerzos en fortalecer la fiscalización, la transparencia, y la rendición de cuentas en la totalidad de entidades del sector público. Así las cosas, el Tribunal Mayor de Cuentas creado en la colonia fue sustituido y modernizado en 1995 por la Auditoría Superior de la Federación (ASF). En el 2000, se creó la Unidad de Evaluación y Control, como un órgano técnico de la comisión de vigilancia, encargado de verificar el estricto cumplimiento de las funciones a cargo de la ASF. En el año 2000, se aprobó la Ley de Fiscalización Superior de la Federación y en el 2001 se expidió el Reglamento Interior de la ASF (Cámara de Diputados, 2000). La creación de este Órgano de Fiscalización Superior obedeció al reconocimiento del poder Ejecutivo de que la Contaduría Mayor de Hacienda, institución encargada de la Fiscalización Externa, dependiente del poder legislativo, no llevaba a cabo una verdadera labor de fiscalización de los recursos públicos, ya que esta las realizaba de manera ineficiente con características bien marcadas. Su funcionamiento se acerca al modelo anglosajón. La ASF, es un instrumento de fiscalización que, si bien forma parte del

poder legislativo, asume por mandato constitucional el estatuto de autónomo en lo que corresponde a los ámbitos de administración, gestión técnica y fiscalización. Dichas atribuciones abarcan el más amplio campo de actuación del sector público; con toda autoridad puede exigir rendición de cuentas a los poderes de la Unión, entidades autónomas, gobiernos de los estados, municipios y particulares, en la medida que tengan responsabilidad sobre la administración de recursos federales (Priego *et. al.*, 2018).

En cuanto a la rendición de cuentas, los principales mecanismos y procedimientos existentes incluyen la presentación anual del informe de gobierno sobre el estado de la Administración Pública y la comparecencia posterior de miembros del poder ejecutivo ante la Cámara de Diputados y el Congreso local respectivamente; la presentación y la aprobación anual de la Ley de ingresos y el presupuesto de egresos; la revisión de la cuenta pública; el juicio político y la declaración de procedencia; la relación mando-obediencia en el sector público; y finalmente la declaración patrimonial. La rendición de cuentas es solo uno de los instrumentos de mejoramiento de las prácticas gubernamentales, que se acompaña además por otras tales como el aumento en la participación ciudadana, auditorías internas y externas y la expedición de normatividad por transparencia tales como la Ley Federal de transparencia y acceso a la información pública de 2016.

4.6. Perú

El Perú forma parte de la red latinoamericana sobre gobierno corporativo de empresas de propiedad del Estado al tiempo que trabaja junto con instituciones tales como la OCDE, el BM, Banco de Desarrollo Asiático (ADB), la CAF y el Banco de Desarrollo de América Latina, en la promoción de los principios del gobierno corporativo en las empresas públicas.

Además de las herramientas internacionales que ya han sido ampliamente mencionadas, en el año 2008 se adoptaron mediante el Decreto Legislativo 1031, medidas para promover la eficiencia de la actividad empresarial del Estado a través de nuevas herramientas de gestión y estructuras legales que prioricen los principios de eficien-

cia, transparencia y gobierno corporativo, entre otros, así como un sistema de control adecuado en un contexto de transparencia. Además de ello, en el año 2013 se actualizó el código de gobierno corporativo para las sociedades peruanas elaborado por la Superintendencia del mercado de valores en coordinación con diversos actores tanto públicos como privados, incorporando un anexo denominado principios complementarios para empresas de propiedad del Estado. En dicho anexo se destacan cuatro pilares:

1. Derechos de los accionistas: referido al régimen de transferencia de acciones y el tratamiento equitativo de accionistas;

2. El Directorio y la Gerencia: que incluye la solución de conflictos de los diferentes grupos de interés, la elección de directores, así como la conformación del Directorio y la aplicación del Código de Ética;

3. Riesgo y cumplimiento: que implica contar con un sistema efectivo de gestión integral de riesgos que permite la identificación y evaluación oportuna de los riesgos que enfrenta la divulgación de información relevante y de manera oportuna; y

4. Transparencia de la información: la divulgación de información relevante y de manera oportuna.

4.7. Análisis comparado

Un análisis comparado de la normatividad aplicable a las empresas públicas de cada uno de los países anteriormente mencionados nos permite vislumbrar las diferencias que se desprenden, en particular al concepto mismo de empresa pública. Así, por ejemplo:

(...) [E]n el caso de Brasil el Decreto-Ley 200 de 1967 establece la definición de las EP —empresa pública y sociedad de economía mixta— y dispone que ambas figuras deben regularse por el derecho privado. En forma similar, la Ley 489 de 1998 en Colombia y la Ley 27170 que crea el FONAFE en Perú establecen un marco jurídico general para las EP de esos países, respectivamente. En cambio, en otros países como Chile, Uruguay y Paraguay, la creación de las EP está prevista directamente en sus respectivos textos Constitucionales, lo cual implica un nivel mayor de generalización al respecto, y el uso frecuente de leyes específicas asociadas a las distintas empresas. Sin perjuicio

de lo anterior, en la mayoría de los países de la región existen leyes específicas o sectoriales (de índole comercial o administrativa) que crean y regulan el funcionamiento de las EP, sobre todo en el caso de grandes empresas que operan en sectores estratégicos. La Ley 5662 de 1971 que crea el BNDES en Brasil y el caso de ELECTROPERU que responde a la ley general de electricidad en Perú son ejemplos en este sentido. Por su parte, en Paraguay, ante la ausencia de una ley marco, las empresas públicas se rigen de acuerdo con sus cartas orgánicas, mientras que las sociedades anónimas con participación accionaria del Estado lo hacen de acuerdo con leyes específicas y sus estatutos. Similarmente, en Chile las EP más importantes son creadas por leyes específicas que además establecen su régimen jurídico. Existe además en este país un grupo de sociedades comerciales donde el Estado es dueño mayoritario o total de las acciones, que se rigen por la ley de sociedades anónimas, de aplicación general a las empresas privadas. (Banco Mundial, 2014).

Tratándose de la composición de los órganos directivos, también llamados directorios, éstos están mayoritariamente compuestos por funcionarios públicos, por lo cual el estudio concluye que por el momento los miembros ejecutivos y los directores independientes no son todavía una práctica común en la región. Señala también, que aproximadamente un tercio de las empresas públicas en la región solicitan perfiles específicos para el nombramiento de sus consejeros. Uno de los temas que más preocupa es la concentración de los mejores perfiles en el sector privado, así como la fuga de cerebros desde el sector público al sector privado lo que obedece en gran parte a las buenas condiciones de remuneración que ofrece el sector privado, diametralmente opuestas a las del sector público.

También se destaca que la diferencia entre la compensación salarial de los miembros de los directorios no es representativa al compararse con la de los demás empleados e incluso se han detectado casos en los que los miembros de los directorios cumplen sus funciones ad honorem. Este tipo de prácticas tendrían una incidencia directa con el riesgo de corrupción en las empresas estatales. Si bien los ejecutivos de mejor perfil son generalmente reclutados por el sector privado, existen mayoritariamente en América Latina mecanismos meritocráticos tanto para la elección de directivos y de empleados. Sin embargo, la existencia de dichos mecanismos no ha sido obstáculo para que se continúen dando prácticas proclives a la corrupción como los nombramientos políticos discrecionales en particular tratándose de

directores. En los asuntos relacionados con la nominación basada en criterios objetivos Chile y Perú, seguidos de cerca por Brasil, se consideran como pioneros pues en ellos se han implementado reglamentaciones que buscan que la nominación y designación de directores y gerentes se haga basándose en el mérito y calificaciones.

En el estudio anteriormente mencionado⁴ de manera general se encontró que no existe una forma estandarizada de organización de la propiedad estatal en estos países; sin embargo, se destaca una tendencia hacia la centralización, especialmente en Chile y Perú. En los demás casos, el esquema de propiedad de las empresas públicas se basa en el protagonismo de los ministerios como cabeza de sector. La tendencia centralista se observa igualmente en materia de supervisión en Brasil y Paraguay.

Por el contrario, se percibe una cierta estandarización en lo que tiene que ver con la rendición de cuentas en donde no se han encontrado mayores dificultades para el diseño y puesta en marcha de mecanismos de supervisión. Del mismo modo se resalta que pese a la paulatina ganancia de flexibilidad presupuestal, las limitaciones financieras provenientes del gobierno central se mantienen en particular porque en la mayoría de los países latinoamericanos los presupuestos de las empresas públicas forman parte del presupuesto nacional y por lo tanto están sujetos al escrutinio y aprobación anual por parte del Congreso. Algunos países como Chile, Perú y Paraguay han logrado avanzar en cuanto a la adopción de un sistema de gestión por desempeño de sus empresas públicas. Ello se materializa en la implementación de contratos de gestión por desempeño entre los gobiernos y las empresas estatales.

En cuanto al criterio de transparencia y difusión de información, éste se destaca por ser uno de los que presenta mayor desarrollo en América Latina. En efecto, no son minoritarios los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en los que se han adoptado normas específicas para facilitar la transparencia del actuar estatal, permitiendo el uso de tecnologías de la información y de la comunicación. Esta es la

⁴ El cual se realizó a partir de la observación del comportamiento de las empresas públicas en seis países, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Perú.

razón por la cual se han adoptado medidas tales como la obligación que tienen todas las entidades estatales de crear páginas web oficiales a través de las cuales se debe mantener informado al público acerca de la normatividad aplicable, los trámites a realizar, las principales actividades, los procedimientos en curso, las vacantes disponibles, la contratación, etc. lo cual ha facilitado, entre otras, el ejercicio del control ciudadano a la gestión de las entidades públicas.

Tratándose de las empresas públicas en particular, éstas aprovechan estos espacios para dar a conocer la estructura de su gobierno, los informes de gestión, los estados financieros y sus procesos de contratación. Del mismo modo, un número importante de empresas públicas ha adoptado la práctica de contratar auditores externos privados para certificar sus estados financieros.

En ese mismo sentido, son varios los países de la región que han armonizado las normas aplicables a las empresas públicas sobre divulgación de la información y normas contables. Se ha generalizado la sistematización de la información facilitando su acceso, consulta y control y en materia de normatividad contable la tendencia generalizada es hacia la homogeneización y su contenido es muy similar a las normas contables aplicables a las empresas del sector privado y se encaminan progresivamente al cumplimiento de las normas internacionales de información financiera. Las administraciones de las empresas públicas tienen la responsabilidad de presentar al ministerio de finanzas o de hacienda, así como a entidades de control interno y externo sus informes financieros anuales. Chile, Colombia y Perú son pioneros en cuanto al desarrollo de mecanismos de evaluación de riesgo fiscal y de pasivos contingentes vinculados a las empresas públicas. Estos análisis generales nos invitan a indicar algunas especificidades de algunos de los países más representativos de América Latina.

Así las cosas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el gobierno corporativo en América Latina está atravesando una fase de consolidación, pasando “[...] de una discusión ideológica a una cuestión pragmática [...]” (CAF, 2012). De este modo, una de las tendencias que mencionaremos está relacionada con el ajuste que se verifica en todos los países latinoamericanos, pertenezcan o no, a la OCDE a los principios de gobierno corporativo de dicha orga-

nización internacional. Una comparación rápida con los sistemas de gobierno corporativo de países no latinoamericanos, que abordamos anteriormente, nos lleva a concluir que mientras que los instrumentos de gobierno corporativo en el viejo continente y en otros países como Canadá y Estados Unidos empezaron a ocupar un lugar importante en las preocupaciones gubernamentales hacia finales de la década de los 90, en América Latina sólo recientemente empiezan a ser considerados como prioritarios. Del mismo modo la juventud de estos últimos hace que sea aún muy pronto para analizar su efectividad.

Adicionalmente, en los sistemas latinoamericanos se observa una noción que en nuestro sentir es novedosa e imprime un matiz diferente al tradicional, la noción de integridad. De modo que, a diferencia de lo que observamos en los sistemas europeos, los sistemas latinoamericanos y el sistema estadounidense van más allá de la integración de herramientas gerenciales y de buenas prácticas con miras a aumentar la eficacia de las empresas estatales y a limitar la corrupción, al organizar sus herramientas hacia un objetivo más amplio: incluir la noción de integridad al ámbito de la ética empresarial, y de manera más específica, en el ámbito de la ética de la empresa pública.

Una revisión de lo que los autores entienden por integridad conduce a establecer que es posible identificar “cuatro rasgos que se repiten de un modo u otro, en las diversas maneras de comprender la integridad. Estos cuatro rasgos comunes a la mayoría de los autores son: justicia, coherencia, principios rectos y recta motivación” (Bosh & Cavallotti, 2016). A ello se añade que la importancia de integrar esta noción radica en que “Si falta integridad, las relaciones humanas dentro de la empresa se corrompen y, tarde o temprano, afectan al beneficio. De hecho, lo contrario a la integridad es la corrupción” (Paladino *et. al.*, 2007).

En ese sentido el sistema argentino, de muy reciente expedición, es pionero pues, además de adoptar normas de buenas prácticas, parte de una variedad de instrumentos transversales e integrales que abordan la lucha anticorrupción desde varios frentes lo cual constituye, a nuestro juicio, una fortaleza. Se destaca la normatividad enfocada hacia la ética pública, la transparencia, la integridad

de las empresas, reglamentar sobre los obsequios a funcionarios públicos y el establecimiento de sanciones del orden penal para las empresas que incurran en conductas de corrupción. El escenario argentino contrasta con la realidad chilena cuyos instrumentos de lucha anticorrupción han sido justamente criticados por no abordar este flagelo desde varias ópticas, limitándose a una producción normativa sin una visión integral contrariando las tendencias mundiales en esa materia.

La línea adoptada en Argentina en materia de responsabilidad penal de las empresas difiere del tratamiento dado en Brasil país en el que, si bien se abrió paso a la posibilidad de las personas jurídicas, las sanciones previstas son administrativas y no del orden penal, lo cual constituye una debilidad sobre todo si se le compara con los estándares internacionales que privilegian el ámbito sancionatorio penal que administrativo. Sin embargo, la inclusión del denominado acuerdo de indulgencia se resalta como una herramienta eficaz de lucha contra la corrupción, por ello es considerada una fortaleza de este sistema.

Del análisis comparado de estos diferentes ordenamientos jurídicos se desprende que en todos ellos se han adoptado medidas para luchar contra la corrupción desde ópticas distintas. Así, por ejemplo, encontramos, entre otras, medidas que buscan fortalecer los procesos de contratación estatal haciéndolos más transparentes o herramientas dirigidas a fortalecer los mecanismos penales de lucha contra la corrupción mediante la creación de nuevas tipologías penales. Del mismo modo, se registran avances en materia de lucha contra el crimen organizado transnacional fruto del interés global sobre la materia que se expresa, por ejemplo, mediante la realización anual de la conferencia mundial sobre delincuencia organizada transnacional o la adopción de importantes instrumentos internacionales tales como la Convención de Palermo también conocida como la Convención de Naciones Unidas sobre la delincuencia organizada transnacional. Sin embargo, no se evidencia la existencia de herramientas jurídicas específicas que combinen la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en las empresas públicas.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. *Primera aproximación*

En la actualidad, y pese a las fuertes políticas de privatización a las que se dio inicio en Colombia hacia los años 80, las empresas públicas siguen teniendo una participación importante en la economía del país. De acuerdo con cifras del Ministerio de Hacienda, en el año 2019, el Estado tenía participación en 105 empresas cuyo valor ascendía a 170 billones de pesos, cifra nada despreciable. Estas empresas pertenecen a distintos sectores de la economía, pero están mayormente concentradas en los sectores de transporte, hacienda, agro y tecnologías de la información y comunicación (TIC)⁵. De ahí que el Gobierno Nacional haya decidido adoptar medidas para fortalecer las empresas ya existentes y para aumentar su participación en sectores de su interés⁶ diseñando una estrategia para la gestión de empresas y participaciones accionarias de la Nación optimizando así su portafolio para generar valor económico y social adicional (CONPES, 2015; 2018).

Inicialmente, el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado fue el del derecho público; sin embargo, el aumento de las actividades en las que el Estado intervenía influyó en la creación de un clima de competencia en condición de desequilibrio para los empresarios lo cual alentó la adopción de una normatividad cada vez más nutrida por elementos propios del derecho

⁵ El Ministerio de Transporte que cuenta con 34 estatales, el de Hacienda 29, el de agro 13, el de TIC 10. Por su parte, en Minas y Salud, hay 4; en Comercio e Interior, 4; en Vivienda, 2; y en Trabajo y Departamento Nacional de Planeación cuentan con 1.

⁶ “La EGE define criterios y parámetros para identificar las empresas y participaciones accionarias de la Nación que son estratégicas. De la aplicación de estos criterios y parámetros se identifican dos tipos de empresas y participaciones. Por un lado, están aquellas que desarrollan objetivos de política pública a través de las cuales el Estado busca corregir fallas y distorsiones de mercado o participar en sectores clave para el desarrollo, la economía o la seguridad del país. Por otro lado, están aquellas que generan una rentabilidad financiera mayor a la tasa social de descuento (TSD)² y al costo de capital para el Estado como inversionista” (Documento CONPES 3927, 2018: 3).

privado. Del mismo modo, las sociedades de economía mixta (art. 9 Ley 489, 1998), que se diferencian de las empresas industriales y comerciales del Estado en que su capital no solamente está formado por bienes públicos, sino que se constituyen bajo la forma de sociedades económicas con aportes estatales y de capital privado que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial, se rigen mayoritariamente por normas de derecho privado.

Esta aplicación de normas de derecho privado a entidades de naturaleza pública responde no solamente a la actividad industrial y comercial que realizan, sino también a la necesidad de dotarlas de la versatilidad y capacidad de acción inmediata que les permita competir en igualdad de condiciones con las entidades del sector privado (Corte Constitucional, 2007). Del mismo modo, la adopción de un régimen jurídico más próximo de las normas de derecho privado pretende que se garantice “la realización de nuevos valores que deben guiar la acción pública en el ámbito económico. La libertad económica, la rentabilidad de las inversiones, la eficacia, la eficiencia y la innovación son ahora los referentes orientadores de las políticas públicas en esa materia” (Sanclemente, 2019).

Tratándose de empresas estatales cuya actividad es la prestación de servicios públicos, la Constitución de 1991 estableció que estarían dotadas tanto de naturaleza jurídica como de régimen jurídico especial (Ley 142 de 1992). Ello con miras a materializar la finalidad social propia de los servicios públicos. De otra parte, la Ley 100 de 1993, creó la figura de empresas sociales del Estado cuya función es la de prestación de forma directa de servicios de salud. De modo que, independientemente de que el Estado asuma directamente o que participe con los particulares en la prestación de servicios públicos, las entidades que son creadas para esos efectos tendrán un carácter y un régimen jurídico especial. Lo mismo ocurre cuando quiera que sean los particulares los que asumen la prestación de los servicios públicos. Por lo tanto, sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de servicios públicos antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, son entidades de naturaleza especial denominadas empresas de servicios públicos (Corte Constitucional, 2007).

Independientemente de que se trate de empresas industriales y comerciales del Estado, de sociedades de economía mixta, de empresas de servicios públicos o de empresas sociales del Estado, lo cierto es que, al ser entidades que forman parte del sector descentralizado están sujetas a un régimen jurídico particular, en el que, además de otros controles⁷, la tutela gubernamental es directa. Su dirección está a cargo de una junta directiva, de un gerente o presidente, nombrado por el presidente de la República y cuyo cargo corresponde a los de libre nombramiento y remoción. Éste, a su vez, funge como representante legal de la respectiva entidad (Gómez, 2017).

El mencionado control de tutela se manifiesta, además de la nominación de sus directivos, asegurando la presencia de representantes de la Nación en las juntas directivas, así como en las asambleas de accionistas, en la orientación de sus decisiones. Del mismo modo, las empresas públicas deben ceñirse a la ley que las creó o autorizó, así como a las normas que se establezcan en sus estatutos internos. Valga la pena señalar que, si bien las empresas públicas cuentan con ciertos privilegios y prerrogativas propias de las entidades territoriales, éstas no podrán hacer uso de aquellas que impliquen un detrimento o menoscabo de los principios de igualdad y libre competencia frente a las empresas privadas (art. 87. Ley 489, 1998).

Recordemos también que la descentralización implica la vinculación del ente descentralizado funcionalmente o por servicios a un Ministerio o a un Departamento Administrativo, el cual ejerce control de tutela mediante la participación del respectivo jefe de sector en las asambleas de la junta directiva, las cuales, además, preside.

⁷ Art. 41 de la Ley 489 de 1998: Orientación y control. “La orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo. En el orden nacional, los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente”.

De modo que, la descentralización funcional o por servicios siempre ha tenido como presupuesto, en palabras de la Corte Constitucional (2000), una relación que implica un poder de supervisión y orientación que se ejerce con miras a asegurar la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector.

Además del control de tutela, las entidades descentralizadas están sujetas a un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República (art. 267, Constitución Política, 1991), que incluye un control financiero, de gestión y de resultados. También cuentan, tratándose de entidades del orden nacional, con un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República (art. 150 núm. 7, Constitución Política, 1991). Dentro de la misma línea de control, la Constitución Política también prevé que para la integración de sus órganos directivos se aplica el régimen de inhabilidades establecido en los arts. 180-3, 292 y 323, y, finalmente, en materia presupuestal y contable, las entidades descentralizadas están sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto y a las reglas de contabilidad oficial.

Del mismo modo, para garantizar la coherencia de las políticas fiscal y macroeconómica definidas por el Gobierno Nacional Central, las entidades del sector descentralizado deben cumplir con las directrices que en materia presupuestal, administrativa y financiera definen el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS), el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación. En materia contractual, los contratos que celebren se sujetan a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales, con excepción de aquellos que celebran las empresas que se encuentran en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados⁸.

⁸ Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y Decreto 7341 de 2012. El artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 establece el régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado: ARTÍCULO 93. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así: Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Es-

Tratándose del mencionado control de tutela, debe tenerse presente que este mecanismo, que asegura un control directo por parte del Gobierno Nacional en las empresas públicas, fue concebido en un momento histórico en el cual el Estado no fungía como accionista. Además de ello, el control de tutela es una figura propia del derecho administrativo y, si tenemos en cuenta que la tendencia ha sido hacia la adopción de normas propias del derecho privado para gestionar las empresas públicas, surge la pregunta de si la permanencia de ese control de tutela responde simplemente a un arraigo a las herramientas clásicas de control en contravía de las tendencias internacionales o si se conserva por su eficacia probada.

La experiencia mostraría, como suele suceder entre nosotros, que antes que replantear una herramienta clásica, preferimos conjugar los modelos tradicionales con los novedosos. Así, en nuestro contexto, si bien el control de tutela se ha mantenido a través del tiempo, ello no ha generado choques a la luz de la aplicación preferente de normas de derecho privado aun cuando es innegable que la presencia de un representante de la Nación si puede traer consigo presiones de índole político no deseables en la adopción de las decisiones por parte de la junta directiva.

Este conjunto de previsiones especiales que vienen de ser presentadas de manera general fue concebido para dar cumplimiento a un objetivo dual. De una parte, asegurar el adecuado cumplimiento de sus fines misionales y, de otra parte, buscar que su actividad esté acorde con las políticas generales establecidas por el Gobierno Nacional.

tado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley [...]”. De modo que, cuando se trate de contratos que recaigan sobre su objeto social, el régimen aplicable será el del derecho privado (civil o comercial) y las reglas aplicables serán las del manual de contratación de cada entidad.

Sin embargo, la adecuada gestión de las empresas públicas va más allá de los dos objetivos anteriormente planteados puesto que, al contar con recursos públicos para el desarrollo de sus actividades, éstas están obligadas a asegurar su adecuada optimización en aplicación de los principios de eficacia y de eficiencia administrativa que se aplican al conjunto de las entidades que forman parte de la administración.

Del mismo modo, dado que de la adecuada gestión de las empresas públicas depende no solamente la optimización de los recursos públicos y la confianza de los competidores, inversionistas y ciudadanos, sino, además, que los hasta ahora, altos índices de corrupción asociados a su operación den paso a escenarios más confiables y, por ende, más competitivos, ha sido necesario reevaluar la pertinencia pero sobre todo la adecuación del marco normativo existente frente a la persistencia de las prácticas de corrupción que han sido detectadas en el tiempo al interior de las empresas públicas en Colombia.

En un reciente comunicado de prensa, Transparencia por Colombia (2020) informó que con 37 puntos sobre 100, nuestro país se ubica en el puesto 96 entre 180 países evaluados en el índice de percepción de corrupción de transparencia internacional⁹ destacando, además, que la percepción de corrupción en el sector público sigue siendo generalizada. Del mismo modo, el índice de percepción de la corrupción obtenido en 2019 mostró que una cantidad importante de países, dentro de los cuales se ubica Colombia, han hecho poco o ningún progreso en la lucha contra la corrupción. Estas cifras invitan a una reflexión acerca de las causas que han hecho de las empresas públicas en Colombia un terreno fértil para este tipo de conductas punibles.

En Colombia, la corrupción ha penetrado todas las esferas de actividad y en particular el escenario en el que hay dineros públicos involucrados. El aumento de la corrupción en las empresas públi-

⁹ Colombia obtuvo esta calificación a partir de datos proporcionados por ocho fuentes que miden los niveles percibidos de corrupción en el sector público, según la opinión de analistas, académicos e inversionistas internacionales y nacionales, en aspectos como la existencia de sobornos en trámites de negocios, la desviación de recursos públicos en el ejecutivo, la sanción efectiva a casos de corrupción, la corrupción política, el abuso del poder en sector judicial, policía y militares, entre otros aspectos.

cas colombianas se atribuye, en buena parte a la gran cantidad de normatividad existente en esa materia y a la diversidad de sus fuentes, leyes, reglamentos, directivas, etc. Ello contribuye a que el marco normativo anticorrupción sea percibido como rígido y disperso (CONPES, 2015) lo cual dificulta aún más su implementación y eficacia generando un terreno fértil para la corrupción.

A ello se suma, que las herramientas normativas a las que se ha acudido tradicionalmente para luchar contra este flagelo están basadas fundamentalmente en sanciones penales, fiscales y disciplinarias las cuales, al ser confrontadas con las cifras, demuestran su ineficacia para frenar por sí solas, las prácticas corruptas en el territorio nacional.

Tratándose de las empresas públicas, pese a la existencia de los ya mencionados controles por parte del Gobierno Nacional, las pérdidas relacionadas con prácticas tales como sobornos, extorsiones, malversación de fondos, fraude, tráfico de influencias, conflictos de interés, nepotismo, colusión y uso de información privilegiada para la toma de decisiones económicas o sociales privadas, alcanza cifras insostenibles. A ello se suma el alto índice de impunidad que incentiva estas prácticas. Así, por ejemplo, un estudio de Fedesarrollo y Dejusticia (Newman & Ángel, 2017) indica que en lo que respecta a los gerentes de las empresas públicas, del total de las sanciones disciplinarias a ellos impuestas (95), apenas el 25% (73) corresponde a alguna de las faltas disciplinarias relacionadas con formas de corrupción.

El impacto generado por esta situación excede los límites de la actividad empresarial afectando el desarrollo económico del país y sus índices de competitividad pues al permear los mercados, la corrupción termina convirtiéndose en un factor que desestimula la inversión. Así, por ejemplo, según las investigaciones del Fondo Monetario Internacional, la inversión en los países corruptos es casi un 5% menor que en los países relativamente exentos de corrupción (Castro, 2017). Ello, sumado a que la corrupción al interior de las empresas públicas contribuye a incrementar la ya deteriorada confianza de los ciudadanos en el Estado y en general, en las instituciones públicas¹⁰, ha favorecido la

¹⁰ “La pérdida de legitimidad de las instituciones causada por la corrupción conduce a un distanciamiento de los individuos de la estructura institucio-

adopción de medidas adicionales en el escenario nacional, buscando limitar las prácticas corruptas en todos los ámbitos dentro de los cuales forma parte la gestión de las empresas públicas.

De modo que, solo a título enunciativo, no exhaustivo, se han expedido las siguientes normas en los últimos años:

1. La Ley 1474 de 2011 o estatuto anticorrupción, modificada parcialmente por la Ley 2195 de 2022;

2. El Decreto 4632 de 2011 por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1474 de 2011 en lo que se refiere a la Comisión Nacional para la moralización y la Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones;

3. La Ley 1712 de 2014 por medio de la cual se crea la Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional;

4. La Directiva Presidencial 01 del 18 de febrero de 2015 sobre reporte a la secretaría de transparencia de la Presidencia de la República de posibles actos de corrupción o irregularidades;

5. El Decreto 124 de 2016, por el cual se sustituye el Título 4 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, relativo al “Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano”;

6. La Ley 1778 de 2016 por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción; y

7. La Ley 2195 de 2022.

nal formal. Esto conlleva a la prevalencia y persistencia en el tiempo de instituciones (definidas como las reglas del juego que definen las interacciones humanas —North, 1991—) informales asociadas con la ilegalidad (más allá de la corrupción) en los distintos ámbitos de la sociedad, así como a la pérdida de gobernabilidad (Álvarez & Villa, 2018). La pérdida de confianza en las instituciones puede generar resignación frente al fenómeno mismo de la corrupción. La percepción de la corrupción como algo cotidiano y omnipresente desincentiva su denuncia y su sanción social, promoviendo un círculo vicioso” (Villar & Álvarez, 2018).

Dentro de este conjunto de medidas, vale la pena resaltar la Ley 1474 de 2011 a través de la cual se adoptó el estatuto anticorrupción y la Ley 2195 del 18 de enero de 2022 mediante la cual se adoptaron medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y otras disposiciones. A través de la primera, se establecieron medidas administrativas, disciplinarias, fiscales y penales adicionales a las ya existentes. Del mismo modo, esta ley permitió la creación del observatorio anticorrupción con la participación de la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República. El objetivo del observatorio era integrar los sistemas de información de las entidades que tienen a su cargo actividades relacionadas con la prevención y sanción de actos asociados a la corrupción con miras a obtener y procesar la información sobre sanciones penales, disciplinarias, fiscales, y el resultado del índice de gobierno abierto¹¹, indicador que mide el cumplimiento de normas estratégicas anticorrupción. Mediante la segunda, entre otras medidas, se fortaleció la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción estableciéndose sanciones más gravosas. Vale la pena destacar que en ambas leyes se adoptaron medidas contra el soborno transnacional a título de falta administrativa, por ende, es la superintendencia de sociedades a quien le corresponde adelantar la actuación administrativa correspondiente. Sin embargo, al permanecer vigente la ley 1778 de 2016, para esta conducta también se establecen sanciones penales¹².

¹¹ El índice se construye a partir del cruce de información entre las siguientes categorías —organización de la información, exposición de la información y diálogo de la información— con los siguientes indicadores —control interno, gestión documental, visibilidad de la contratación, competencias básicas territoriales, sistemas de gestión administrativa y financiera, gobierno electrónico, transparencia, atención al ciudadano y rendición de cuentas—.

¹² Art. 30. Soborno transnacional. El art. 433 del Código Penal quedara así: “El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Lo previsto en la ley 2195, para las personas jurídicas se extiende a las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades en las que el Estado tenga participación, así como a las sociedades de economía mixta.

Del mismo modo, la Ley 2195 de 2022, estableció la obligación de adoptar programas de transparencia y ética en cada entidad del orden nacional, departamental y municipal, sin importar su régimen de contratación, con el fin de promover la cultura de la legalidad, e identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad. Llama la atención el hecho de que dicho programa debe incluir medidas de prevención, gestión y administración de riesgos de lavado de activos, financiación de terrorismo y proliferación de armas, conductas propias de los delitos transnacionales. Sin embargo, dado que la norma es muy reciente y a que ella misma establece que estos programas deberán ser implementados durante el año siguiente a su expedición, aún es prematuro hacer una evaluación sobre ellos.

De otra parte, las mediciones más recientes que corresponden al período entre 2008 y 2016, indican que, de 3.902 sanciones penales vinculadas a delitos asociados con corrupción, el 87.1% está relacionado con delitos contra la administración pública, seguido por 11.2% que corresponde a delitos contra el orden económico y social y un restante 1.7% a delitos contra los mecanismos de participación ciudadana.

En cuanto a las sanciones disciplinarias, de un total de 22.962 sanciones se estableció que 48.5% fueron graves, 38.7% gravísimas y 12.4% leves. Las sanciones disciplinarias clasificadas como tipo grave y gravísimas tuvieron una tendencia creciente en el período 2013 al 2017. En cuanto a la calidad del sancionado se observó que el 62% de ellas fueron cometidas por servidores públicos, seguidos por miembros de la fuerza pública con un 38% y, como dato que llama poderosamente la atención se subraya que en el caso de los representantes legales hubo 0% de sancionados.

Finalmente, en materia de sanciones fiscales el 64% de ellas se originaron en procesos auditores (2.528 sanciones), seguido por 18% de denuncias ciudadanas (718 sanciones) y un 14% por indagacio-

nes preliminares (569 sanciones). En estas tres categorías de origen se reúne el 96% de las sanciones fiscales. El restante 4% se origina por otros mecanismos como revisión de cuentas, por oficio y control excepcional.

Así las cosas, si bien se evidencian esfuerzos por parte del Gobierno Nacional por implementar medidas para influenciar de manera positiva los índices de corrupción, no debe perderse de vista el hecho de que un fenómeno tan amplio y complejo requiere de la implementación de una estrategia integral que vaya más allá de las sanciones penales, disciplinarias y fiscales que por sí solas no tienen el poder disuasivo suficiente frente a la comisión de conductas sancionables relacionadas con actos de corrupción. Transparencia por Colombia (2018) se ha pronunciado en ese sentido señalando que una estrategia integral debe incluir tres ámbitos de acción propios de la lucha contra la corrupción: (a) las condiciones para la garantía del acceso a la información pública y el fortalecimiento de las entidades públicas; (b) las medidas para promover el cambio social por medio de la educación; y (c) las medidas específicas de lucha contra la corrupción en la institucionalidad.

En cuanto a la estrategia integral en la lucha contra la corrupción, la ley 2195 de 2022 incluye un capítulo que se denomina pedagogía para la promoción de la participación ciudadana para la transparencia y lucha contra la corrupción en el cual se insta a los establecimientos educativos de educación preescolar, básica y media a fomentar en sus proyectos educativos institucionales la inclusión de estrategias que busquen el fomento de la participación ciudadana para asegurar la transparencia, la buena gestión pública y el buen uso de los recursos. Del mismo modo, tratándose de las instituciones de educación superior deberán integrarse las mismas estrategias teniendo en cuenta por supuesto, el principio constitucional de la autonomía universitaria.

Estos ámbitos nos ponen frente a un nuevo abordaje del fenómeno en el que además de las sanciones tradicionales, se impulsa desde el ámbito escolar en todos sus niveles a la formación de futuros ciudadanos y servidores públicos comprometidos con la ética y con la lucha anticorrupción, así como el desarrollo de buenas prácticas en la gobernanza de las empresas públicas.

El gobierno corporativo, conocido también como *compliance*, es un término que se ha venido usando tanto en el mundo de la gestión de los negocios como en el del derecho. Este se origina en el sistema financiero americano, pero en la actualidad se utiliza prácticamente en la totalidad de las industrias y de los sectores económicos, incluyendo el ámbito de las entidades públicas. El gobierno corporativo se define como el conjunto de medidas dirigidas a garantizar un comportamiento ético y jurídicamente respetuoso de una empresa por parte de todos sus órganos ejecutivos y de todos sus empleados. Ello implica el respeto de las disposiciones legales y reglamentarias que condicionan la actividad de la empresa, es decir, el respeto por las prohibiciones tanto legales como internas. Hasta aquí, el lector podría encontrar que este concepto no aporta nada novedoso, sobre todo tratándose de las empresas públicas que están sujetas, dada su naturaleza, al cumplimiento del principio de legalidad que implica justamente el respeto por las leyes y los reglamentos. Sin embargo, en lo que el concepto pretende innovar, es en el compromiso voluntario frente a los valores propios y el desarrollo de buenas prácticas mediante las cuales la empresa impone reglas éticas estrictas tanto para el comportamiento interno como externo de quienes forman parte de la organización.

En su sentido más amplio:

[...] el gobierno corporativo consiste en mantener el equilibrio entre los objetivos económicos y los sociales y entre los objetivos individuales y los comunitarios. El marco de gobierno se establece con el fin de promover el uso eficiente de los recursos y, en igual medida, exigir que se rindan cuentas por la administración de esos recursos. Su propósito es lograr el mayor grado de coordinación posible entre los intereses de los individuos, las empresas y la sociedad. El incentivo que tienen las empresas, sus propietarios y administradores para adoptar las normas de gestión aceptadas a nivel internacional es que ellas las ayudarán a alcanzar sus metas y a atraer inversiones. En el caso de los Estados, el incentivo es que esas normas fortalecerán sus economías y fomentarán la probidad de las empresas [...] (Cadbury, 2003).

Siguiendo estos lineamientos, Colombia adoptó en 2015 la política general de propiedad de empresas del Estado del orden nacional (CONPES, 2015). El eje central con el que dicha política fue diseñada fue avanzar hacia un modelo de gobierno corporativo estatal

estructurado, claro y eficiente. Para ello, se propuso la creación de una única entidad nacional que fungiera como propietaria a través de la cual se materializaría la rendición de cuentas por parte de las juntas directivas de las empresas manteniendo la autonomía de estas últimas como máximo órgano decisorio de dichas empresas.

Del mismo modo, y persiguiendo como finalidad el fortalecimiento del Gobierno Nacional en su calidad de propietario se decidió crear una dirección en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que desarrolla las funciones de propiedad únicamente sobre las empresas del portafolio de dicho ministerio, como experiencia piloto. También se decidió que, en 2019, una vez se hubiese agotado la fase piloto, se crearía una entidad nacional de empresas que ejercería la función de propietario para la totalidad de las empresas estatales.

Adicionalmente, se señaló la necesidad de desarrollar una política general de activos, de establecer mandatos claros a las empresas, de implementar procesos más estructurados para la identificación y evaluación de candidatos a ser representantes de Gobierno Nacional en las juntas directivas mediante, entre otras, la adopción de un sistema de monitoreo y evaluación del desempeño de sus empresas más robustas. Esta política fue complementada tiempo después con la adopción en 2018 de la estrategia de gestión del portafolio de las empresas y participaciones accionarias de la nación.

De este conjunto de medidas se desprende que, en su intención de avanzar hacia la implementación de un gobierno corporativo en las empresas públicas, el Gobierno Nacional privilegió en el diseño de su política herramientas dirigidas a fortalecer la transparencia, la rendición de cuentas y el mejoramiento en las calidades de los directivos. Estas medidas son concordantes con los principios de gobierno corporativo elaborados por el G20¹³ y la OCDE y sus directrices se han convertido en un marco internacional de referencia para que los distintos gobiernos alcancen sus objetivos de eficiencia económica, estabilidad financiera y un crecimiento económico sostenible al tiempo

¹³ El Grupo de los Veinte (G20) es el principal foro de coordinación de políticas macroeconómicas entre las veinte economías más importantes del mundo, que incluye las perspectivas tanto de países desarrollados, como de economías emergentes.

que refuerzan las herramientas clásicas de lucha contra la corrupción, dentro de las cuales se destaca el fortalecimiento de un régimen jurídico favorable a la implementación del gobierno corporativo.

5.2. Un régimen jurídico que materialice el gobierno corporativo: hacia la integridad de las empresas públicas en Colombia

Como ya se mencionó, una vez conocidas las directrices de la OCDE el gobierno colombiano elaboró un diagnóstico sobre la gestión de las empresas públicas. Dicho diagnóstico arrojó que el Estado Colombiano debía enfrentar grandes retos en el ejercicio de su rol como propietario.

De manera general, se detectaron las siguientes falencias: (a) el portafolio de las empresas estatales del orden nacional no era idóneo; (b) el mandato del Estado para algunas empresas no era lo suficientemente explícito; (c) los procesos de nominación de miembros de las juntas directivas no tenían el nivel de formalidad y estructura deseable; (d) el monitoreo de las empresas no permitía evaluar detalladamente el desempeño de las empresas; (e) las funciones de propiedad estaban dispersas en diversas entidades del Estado; y (f) la existencia de disfunciones en algunas prácticas de las juntas directivas y falencias normativas que afectaban la competitividad de las empresas del Estado. Una vez cotejado el diagnóstico con las directrices se hizo evidente que éstas están dirigidas, en buena parte, a dar respuestas a esas mismas dificultades. Por ello, se adoptaron varias medidas en sintonía con dichas directrices. Dentro de ellas se destacan un paquete de medidas que buscan fortalecer a las juntas directivas. Además de las ya mencionadas medidas en torno a la creación de una entidad nacional única dirigida a asumir el rol de propietaria¹⁴—la Dirección General de Participaciones del Ministerio de Hacienda¹⁵— y la vinculación de procesos de rendición de cuentas, así como

¹⁴ Entre otros objetivos, la creación de esta entidad permite separar el rol de propietario de los roles de política pública y de regulación sectorial, minimizando así conflictos de interés entre los diferentes roles estatales.

¹⁵ “La Dirección general de participaciones estatales del Ministerio de Hacienda no reemplazó a los ministerios que ejercen tutela sobre esas empre-

el desarrollo de una política general de activos, el establecimiento de mandatos claros a las empresas¹⁶ y la adopción de un sistema de monitoreo y evaluación de las empresas más importantes, se tomaron otras, tendientes, de una parte, a facilitar el desarrollo de las funciones de las juntas directivas, y de otra parte, a simplificar el arsenal normativo que acompaña la gestión de las empresas estatales.

Así las cosas, luego de establecerse que, en un buen número de casos, las juntas directivas de las empresas públicas colombianas cumplen un rol de coadministración y no de órgano estratégico, se hizo necesario fortalecer su autoridad frente al gerente de la empresa para direccionar y supervisar las actividades de este último. Ello, por cuanto, como se señaló anteriormente, la Ley 489 de 1998, estableció que el gerente de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, es un agente de libre nombramiento y remoción del Presidente. Por delegación del Presidente, esta facultad termina siendo ejercida por el ministro del sector al que pertenece la empresa. Como consecuencia, la junta directiva es marginada de las decisiones de nombramiento y remoción de gerente.

Para ello, se planeó la implementación de procesos estructurados y transparentes de identificación, evaluación y recomendación de candidatos para la nominación de miembros de las juntas directivas, al tiempo que se planteó estructurar unos mecanismos de evaluación sistemática del cumplimiento de los mandatos de los miembros de la

sas, pero cuenta con facultades para proponer una orientación estratégica de las empresas estatales. De manera que, si bien la facultad de orientación subsiste en los ministerios que actúan como cabeza del sector administrativo respectivo, ella debe ser ejercida atendiendo los criterios que se definen en la nueva instancia” (Sanclemente-Arciniegas, 2019: 262).

¹⁶ Así, por ejemplo, se estableció que, si los intereses del Estado en una de sus empresas son únicamente de rentabilidad comercial, esto debe quedar claro en su declaración de objetivos. De igual forma cuando sus objetivos sean netamente de desarrollo de objetivos de política pública. En los casos donde el Gobierno Nacional establezca a una de sus empresas objetivos tanto comerciales como de política pública, buscará establecer un balance entre ambos objetivos de tal manera que le permita a sus empresas lograr una sostenibilidad económica a largo plazo. Asimismo, la empresa debe tener claridad sobre la priorización que debe hacer entre sus distintos objetivos.

junta directiva adoptando criterios para hacer que la remuneración de sus miembros fuera competitiva. Del mismo modo, se adoptaron medidas tendientes a descontinuar la presencia directa de los ministros en las juntas directivas de las sociedades con participación estatal con miras a aligerar la presión política en la toma de decisiones.

Sin embargo, estas medidas para ser eficaces en su conjunto requieren la adopción de otras tendientes a flexibilizar el marco normativo en el que las empresas estatales desarrollan sus funciones.

El marco normativo que se ha aplicado tradicionalmente a las empresas estatales en Colombia se percibe como complejo y se le atribuye el menoscabar su capacidad para competir en igualdad de condiciones con empresas privadas. Este es calificado también como limitante lo cual se ejemplifica en el hecho de que las empresas estatales que desarrollan actividades no financieras necesitan aprobación del CONFIS para su presupuesto, pero la normatividad exigía que dichos presupuestos debían elaborarse siguiendo los lineamientos de los establecimientos públicos no adaptados a las necesidades de las empresas que tienen propósitos industriales y comerciales. La misma autorización se requería cuando estas empresas contraían obligaciones que afectaban el presupuesto de vigencias futuras lo cual incluía la ejecución de cualquier inversión o proyecto de mediano y largo plazo, ello, como es natural limita la dinámica del desarrollo de la actividad empresarial.

Lo mismo ocurría con las dificultades que enfrentaban las empresas estatales frente a los cambios en su planta de personal pues el trámite era engorroso. En efecto, cualquier cambio en la planta de personal implicaba adelantar un proceso que incluía la certificación de viabilidad presupuestal expedido por la Dirección Nacional del Presupuesto Nacional, la aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública, el concepto positivo de la secretaria general del ministerio al cual está vinculada la empresa, la firma del ministro correspondiente y la firma del Presidente de la República. Ese procedimiento tardaba en promedio tres meses. Por otro lado, las empresas con participación estatal superior al 50% debían solicitar la aprobación de la Dirección Nacional de Crédito Público y Tesoro Nacional (DGPTN) para celebrar la mayoría de sus operaciones de crédito. Cuando dichas operaciones tenían por objeto realizar gas-

tos de inversión, el proceso de aprobación también debía incluir al visto bueno del Departamento Nacional de Planeación. Estos procedimientos minaban la autonomía de las juntas directivas para determinar y ajustar su presupuesto y reestructurar su planta de personal, realizar inversiones, *etc.*

Así las cosas, se han venido planteando progresivamente ajustes a las normas aplicables a las empresas del Estado buscando un traslado a la junta directiva de la ejecución de las funciones como máximo órgano de dirección de la empresa, para garantizar de este modo, la distribución y ejecución eficiente de recursos, a través de procesos estrictos de análisis y aprobaciones, tal como ocurre en el sector privado. Un análisis detallado de la normatividad desarrollada a partir del planteamiento de la política se impone y será objeto de trabajos posteriores.

El conjunto de medidas que se acaban de presentar, esto es, las referidas a la implementación y consolidación del gobierno corporativo en las empresas públicas, las que buscan luchar contra la corrupción, las que buscan fortalecer el control estatal sobre las empresas de su propiedad y las que buscan aumentar de manera considerable las competencias de las juntas directivas de las empresas públicas para dotarlas de mayor autonomía, si bien han permitido conseguir algunos de los objetivos propuestos, resultan insuficientes frente a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en las empresas públicas; materia en la que no se registran iniciativas legislativas específicas.

En efecto, las acciones estatales en la lucha contra el crimen organizado transnacional en Colombia concentran sus esfuerzos en las disidencias de las FARC, el ELN, y las BACRIM como actores principales de los mercados transnacionales ilegales. Así las cosas, en el proceso de construcción de la estrategia contra la delincuencia organizada en la que participó activamente la Comisión de Revisión Estratégica e Innovación (CREI), se concentró exclusivamente en estos actores (Torrijos & Balaguera, 2017). Del mismo modo, y de manera más reciente, el Plan Nacional de Política Criminal 2021-2025, elaborado por el Consejo Superior de Política Criminal, concentra su acción en el terrorismo y por tanto como actores dinamizadores de esas conductas criminales identifica a los anteriormente citados y los

categoriza como Grupos Delictivos Organizados (GDO) o como Grupos Armados Organizados (GAO).

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

Sin lugar a duda la corrupción en todas sus manifestaciones locales y transnacionales encuentra en el debilitamiento estatal el terreno propicio para su consolidación. Es por ello que toda medida anticorrupción debe estar acompañada del propósito conexo de fortalecer la institucionalidad, punto de partida de la materialización de dichas medidas, ello, independientemente de la región en la cual van a ser implementadas. Sin embargo, aun cuando en las recomendaciones generales para América Latina encuentran su aplicabilidad práctica para el caso colombiano, abordaremos inicialmente lo que consideramos podría fortalecer la lucha anticorrupción en América Latina, para luego hacer unas observaciones más detalladas frente al caso colombiano.

6.1. Recomendaciones para América Latina

Iniciaremos recordando que la adopción y eficacia de las medidas contra la corrupción en el ejercicio de actividades empresariales estatales depende no solo de la aplicación de un sistema efectivo de sanciones penales, disciplinarias y fiscales, sino, además, de que se integren buenas prácticas de gobierno corporativo en su gestión. Ello por cuanto su creación es el fruto del trabajo de observación reflexiva por parte de organizaciones internacionales, consultores y empresarios, quienes basándose en experiencias reales de gobierno tanto de empresas públicas como privadas alrededor del mundo han identificado tendencias y prácticas exitosas para asegurar transparencia y eficacia en el desarrollo de sus propósitos empresariales.

Dado que, en nuestro sentir, el punto de partida de una política de lucha contra la corrupción lo constituye la transparencia, todas aquellas herramientas que permitan su materialización tales como la rendición de cuentas o la evaluación permanente y continua, la

implementación de los presupuestos por resultados, los contratos de gestión por desempeño entre el gobierno y las empresas públicas entre otras, están llamadas a incidir significativamente en las, hasta ahora, impactantes cifras que dan cuenta de la corrupción en el seno de las empresas estatales latinoamericanas. Por ello se recomienda la creación de un espacio de información en el que se hagan públicos los resultados consolidados de la gestión de las empresas públicas, de preferencia de manera sectorizada.

Del mismo modo, se recomienda a los gobiernos latinoamericanos no caer en una producción normativa ni excesiva ni inflexible lo cual resulta contraproducente. En efecto, un marco jurídico que por excesivo se torna desconocido y por tanto inaplicable es incapaz de dar cumplimiento a los objetivos para los cuales fue concebido. La inflexibilidad, por su parte, puede ser detonante de conductas de corrupción en tanto que, frente a, por ejemplo, limitadas posibilidades de financiamiento pueden incentivar el optar por mecanismos por fuera de la legalidad. Así, lo deseable sería que el marco jurídico que acompaña la gestión de las empresas públicas les permita participar en el mercado de capitales para obtener financiamiento. A ello se suma que, idealmente, las empresas públicas deben someterse a los mismos estándares de contabilidad y de auditoría que las empresas listadas en bolsa.

Del mismo modo, la política de propiedad del Estado debe contemplar además de mecanismos de elección de directores basados en su capacidad técnica y alejada de toda influencia política, un organismo que ejerza los derechos de propiedad del Estado, que, como se desprende del contenido de este capítulo puede darse de dos formas de acuerdo con las tendencias internacionales. Esta puede ejercerse bien sea a través de una entidad centralizada o a través de la creación de una entidad coordinadora. Independientemente de la vía que se prefiera, el punto central es que dicha entidad debe ser responsable ante el parlamento y debe presentar periódicamente informes de desempeño. Tratándose del control financiero en particular, debe privilegiarse el control periódico.

Es igualmente recomendable que las políticas de propiedad incluyan buenas prácticas para la gestión de empresas públicas. Además de los instrumentos internacionales y locales tanto de lucha antico-

rrupción como de gobierno corporativo, es deseable que los órganos directivos cuenten también con códigos éticos en cuya elaboración participen diversidad de actores. Teniendo en cuenta que gran parte de los instrumentos que acompañan la lucha anticorrupción no son de obligatorio cumplimiento —*soft law*—, la aplicación del principio anglosajón *comply or explain* —cumpla o explique— se convierte en una herramienta cuya masificación se juzga altamente conveniente.

Finalmente, habiéndose detectado una ausencia flagrante de normatividad específica para atacar la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en las empresas públicas, la recomendación central está encaminada a llenar dicho vacío jurídico abordando el problema mediante la regulación del funcionamiento de las empresas públicas.

6.2. Recomendaciones para Colombia

Dado que las recomendaciones para Colombia en materia de corrupción deben estar guiadas por el contexto, consideramos de importancia referirnos a las observaciones hechas por Transparencia Internacional capítulo Colombia en el año 2020, en las que se da cuenta de un hecho notorio en el país que incide directamente en la lucha contra la corrupción: la excesiva concentración de poder en el ejecutivo. Este hecho se pone de presente, entre otras, por la creciente cercanía del gobierno a las mayorías en el Congreso, el debilitamiento y pérdida de autonomía de las autoridades descentralizadas locales frente al gobierno central y el riesgo de pérdida de autonomía de los órganos de control.

En efecto, durante 2020, se eligieron personas cercanas al gobierno para dirigir la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo. Ello, aunado al hecho de que durante la pandemia se evidenciaron irregularidades en el uso de recursos públicos al tomarse decisiones “cuestionables sobre la ayuda directa a ciertas empresas” (Transparencia Internacional, 2020) continúa contribuyendo a hacer del nuestro, un terreno fértil para la corrupción. Por tanto, de continuar este desequilibrio de poderes contrario a los valores democráticos y a los postulados del Estado social de derecho,

los esfuerzos legislativos, regulatorios y de cualquier otra índole encaminados a luchar contra la corrupción se van a ver fuertemente golpeados limitando sus resultados. Es por ello que una de las recomendaciones más importantes está dirigida hacia la modificación de los actuales procedimientos de selección de los representantes de los mencionados altos cargos públicos en los entes de control de manera que el sistema de pesos y de contrapesos pueda ser efectivo. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 249 de la Constitución Política, el Fiscal General de la Nación es elegido por la Corte Suprema de Justicia por una terna enviada por el Presidente de la República sin que sea necesaria la ratificación del Congreso como ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos.

El Decreto 450 de 2016 que establecía el procedimiento para elegir a las personas que conformarían la terna fue derogado mediante Decreto por el Presidente de la República en 2019. El derogado Decreto establecía seis etapas para la conformación de la terna:

1. El Gobierno invitaba públicamente a postularse a aquellos ciudadanos que consideraran que cumplían con los requisitos para el cargo;

2. Con los ciudadanos postulados se elaboraba una lista de aquellos que cumplían los requisitos y se sumaba a cualquier otra persona que el Presidente de la República quisiera incluir;

3. El Gobierno publicaba la lista de candidatos para que la ciudadanía se pronunciara e hiciera comentarios;

4. Con esa información, el Presidente de la República podía decidir si entrevistaba a los posibles candidatos a la terna;

5. Posteriormente, el Presidente conformaba y divulgaba la terna de candidatos a Fiscal General de la Nación; y

6. Por último, presentaba la terna a la Corte Suprema de Justicia para que este órgano eligiera al Fiscal.

Pese a que el Consejo de Estado se pronunció frente a la legalidad de dicho Decreto, en nuestro sentir, esta derogatoria alienta la falta de transparencia en la elección de uno de los más altos cargos del país. En particular se lamenta que a partir de 2019 se eliminó la posibilidad de que la ciudadanía pudiese participar en dicho proce-

dimiento. Del mismo modo, sería recomendable que la condición de “tener las mismas calidades que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia” para ser elegido Fiscal dieran paso a unos requisitos más específicos para el cargo, como, por ejemplo, tener alta formación en derecho penal que asegure la idoneidad y competencias para los asuntos referidos a la investigación criminal.

De otra parte, las cifras de impunidad que se derivan de la inoperancia del sistema penal acompañadas por los beneficios legales que se otorgan a personas condenadas por delitos de corrupción tales como importantes rebajas de pena o la casa por cárcel, lejos de disuadir, alientan la comisión de estos delitos.

Frente a la responsabilidad política de Ministros, Superintendentes y Directores de Departamento Administrativo que se concreta en la figura de moción de censura prevista en el art. 135 de la Constitución Política, basta con analizar las estadísticas para entender su inoperancia. Así las cosas, las memorias del Senado de la República muestran que de las 12 mociones de censura propuestas desde el 23 de marzo de 1999 hasta el 13 de noviembre de 2019 7 no prosperaron y 5 fueron negadas. Ello nos permite sugerir una reforma de fondo a esta figura.

Si bien celebramos la expedición de 2016 de la Ley 1778 mediante la cual se dictaron normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictaron otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción, encontramos algunos puntos en los que consideraríamos conveniente introducir una modificación en lo tocante a las inhabilidades. En efecto, el artículo 31 modifica el artículo 10 de la ley 1474 de 2011 indicando que quedan inhabilitadas las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional. Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la

impugnación de la sentencia condenatoria. Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años. Frente a esta disposición se encuentra que son frecuentes los casos en los que en Colombia personas condenadas previamente por delitos relacionados con corrupción terminan creando nuevas personas jurídicas por interpuesta persona o sin tener la calidad de socio controlante por lo cual la inhabilidad para contratar debería extenderse a cualquier persona condenada, previendo sanciones para quienes hagan uso de maniobras subrepticias para pese a estar inhabilitados, continuar contratando tras bambalinas con el Estado. A ello se suma el hecho por demás, sorprendente, de que la única conducta relacionada con la corrupción transnacional a la que se hace referencia específica es a la del soborno transnacional dejando sin ningún tratamiento jurídico otras conductas igualmente relevantes, por lo cual se recomienda abordar el fenómeno desde la amplia gama de conductas que éste conlleva.

En ese mismo sentido, en la ley 1778 de 2016 que anuncia la adopción de normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional se constata que el único acto de corrupción transnacional allí tratado fue el soborno transnacional lo cual, por supuesto, no se compadece con la realidad pues tal como fue expuesto en la parte inicial de este escrito los hechos relacionados con el crimen organizado transnacional van mucho más allá del soborno transnacional. Así las cosas, la recomendación estaría encaminada a ahondar legislativamente en esas otras conductas sobre las cuales no existe normatividad vigente. En el año 2022 con la expedición de la ley 2195, se aludió a otras conductas, pero de manera aún muy tímida. En efecto, la ley estableció la obligación de incluir medidas de prevención, gestión y administración de riesgos de lavado de activos, financiación de terrorismo y proliferación de armas, conductas típicamente relacionadas con corrupción relacionada con el crimen organizado transnacional, sin pronunciarse sobre ellas de manera más completa. Dado que la especificidad de este tipo de

conductas amerita mayores precisiones, se reitera la recomendación frente a un tratamiento normativo completo en el que se pase de la adopción de medidas preventivas a discrecionalidad de las entidades públicas a unas medidas establecidas claramente por el legislador que deberán ser adoptadas en el conjunto de entidades públicas.

De otra parte, se sugiere, en aras de reforzar la transparencia, aprovechar las TICs mediante la creación de un portal visible de información de fácil consulta al público en el que se consignen quiénes y por qué hechos han sido condenados por corrupción en Colombia, así como las penas a las que fueron condenados y los resultados de las acciones de reparación en caso de que se hayan interpuesto. Este instrumento además de servir como mecanismo preventivo puede funcionar como mecanismo disuasivo.

Teniendo presente que la operación de las empresas públicas se enmarca en un contexto de descentralización tradicional, particularmente en países como Colombia, en el que el papel de los ministerios y los departamentos administrativos y su control de tutela es fundamental, la tendencia es hacia una mayor centralización —sobre todo en los mecanismos de control— o incluso un modelo híbrido en el que se combinen mecanismos propios de los modelos centralizado y descentralizado. Es recomendable, además, que esta entidad centralizada se apropie de la transparencia a través de la realización de un informe sobre el desempeño de todas las empresas públicas dirigido al público en general, al Parlamento y a los medios de comunicación. Informe que debe ser consultable en cualquier momento y por cualquier ciudadano en un portal de información de transparencia de la gestión de las empresas públicas.

Del mismo modo, teniendo en cuenta que las tendencias internacionales y las de la OCDE se inclinan desde el punto de vista jurídico, hacia fórmulas cada vez más cercanas al derecho privado, y desde el punto de vista empresarial, hacia mecanismos gerenciales propios de las empresas privadas, el Estado colombiano pese a que ha incurrido, en prácticas que incitan a que las decisiones de las juntas directivas no se tomen de manera autónoma y que no se basen en criterios meramente técnicos permitiendo presiones e influencias políticas, el deseo de pertenecer a la OCDE y su posterior aceptación, han

incentivado la adopción de medidas más acordes con esas tendencias internacionales en las que hay que seguir avanzando.

Por ello, vale la pena destacar que, en la búsqueda por generar climas de mayor confianza para incentivar la inversión en los sectores en los cuales el Estado funge como propietario, éste ha ido limitando su intervención, separando su rol como propietario, como hacedor y ejecutor de la política pública y como regulador sectorial limitando de esta forma los posibles conflictos de interés. Ello nos permite concluir que la tendencia estatal entre nosotros no es el intervencionismo sino el de desempeñar un rol de garante de la autonomía empresarial de las entidades estatales al mismo nivel que el de las entidades privadas privilegiando las dinámicas de autorregulación del mercado.

Ello parece reforzarse con los ajustes progresivos que se han venido planteando a las normas aplicables a las empresas públicas, que buscan ampliar las competencias de las juntas directivas dotándolas de mayor autonomía frente a procesos en los que tradicionalmente intervenían varias instancias estatales haciéndolos engorrosos. Así las cosas, la recomendación se dirige a que, no se sumen controles e instancias para la toma de decisiones estratégicas y que, a semejanza de lo que sucede en el sector privado, el control sea posterior y se enfoque en los resultados más que en los procesos. Este control posterior estará a cargo del Estado en su nivel central al que como recomendación deberán sumarse acciones de tipo preventivo y disuasivo tales como la creación de portales de información pública de acceso amigable sobre las actividades, decisiones y resultados de las empresas estatales en los que por ejemplo, se adecuó un sistema de urna virtual en la que se puedan denunciar actos como conflictos de interés, lavado de activos o cualquier otra conducta relacionada con la corrupción a cualquier escala

Hasta el momento se ha planteado el contexto de implementación tanto de las herramientas de lucha contra la corrupción como el de los mecanismos de fortalecimiento de gobierno corporativo en las empresas estatales, enfatizando en las dificultades con las que se han enfrentado y que han impedido su eficacia. Sin embargo, se ha hecho referencia escasa a lo referente a la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en las empresas públi-

cas. Ello se debe fundamentalmente a que el escenario de ausencia normativa dirigida a contrarrestar este fenómeno del que dimos cuenta en el escenario internacional se repite en Colombia. Dicha ausencia normativa se explica en gran parte por el conflicto interno que ha enfrentado el país desde la década de los años cincuenta. A ello se suma que la reciente normatividad en materia de lucha anticorrupción, como vimos, se concentra solo en el soborno transnacional dándole un tratamiento residual y meramente preventivo a otras conductas.

En efecto, en un contexto de conflicto permanente, el accionar estatal concentra sus esfuerzos en luchar contra los actores que forman parte de este. En el caso colombiano, los actores vinculados al conflicto como resultado de la globalización económica y de la necesidad de financiar sus actividades, incursionaron en actividades delictivas a escala transnacional lo cual ha derivado en que las estrategias de lucha contra el crimen organizado se concentren en los actores más visibles dejando de lado a otros tan relevantes en esa lucha como las empresas estatales. En ese sentido la recomendación en el contexto nacional es empezar por visibilizar a las empresas estatales como eslabones de la cadena de corrupción no solamente interna sino más allá del límite de las fronteras nacionales. Ello puede resultar problemático pues obliga al Estado a reconocer su rol como partícipe en este tipo de operaciones. Ello requiere además de valentía, un alto grado de voluntad política pues resulta más simple, por usar algún adjetivo, situarse del lado de los acusadores que formar parte de los acusados.

Esa visibilización o reconocimiento de las empresas públicas como actores de la corrupción transicional permitiría no solo concebir un arsenal jurídico adaptado a esa realidad sino además incluirlas en iniciativas en curso que buscan el fortalecimiento del sistema judicial para hacerle frente a este tipo de crímenes tales como el aumento de fiscales especializados. En ese sentido, la Fiscalía General de la Nación ha mencionado que el aumento de fiscales especializados redundaría en un incremento paralelo de jueces itinerantes de control de garantías para crimen organizado y en la creación de defensores públicos especializados en dichos temas. Ello en atención a la complejidad y a las dinámicas propias de este tipo de delito. De conformi-

dad con lo anterior, se recomienda concebir un Plan Nacional contra el Crimen Organizado que incluya un acápite especial dedicado a las empresas estatales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-722 de 2007, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-736 de 2007, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-727 de 2000, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Doctrina

- Albrecht, H. (2001). *Criminalidad Transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- Alt, É & Luc, I. (1997). *La lutte contre la corruption. Volumen 1 de Que sais-je?* Paris: PUF.
- Andrade, X. (2019). *Guía general sobre corrupción y delincuencia organizada. El Pacto Europa Latinoamérica, Programa de asistencia contra el crimen transnacional organizado*. Madrid: Programa El PACCTO.
- Azéma, D. (2017). *L'impossible État actionnaire?* Paris: L'Institut Montaigne.
- Belfellah, Y. & Carassus, D. (2017). *La gouvernance des entreprises publiques: analyse comparative à l'échelle internationale. VI Coloquio de l'Association Internationale de Recherche en Management Public*: Nice.
- Bosh, M. & Cavalotti, R. (2016). “¿Es posible una definición de integridad en el ámbito de la ética empresarial?”. *Revista empresa y humanismo*. Vol. XIX (2). Pp. 51-68.
- Cadbury, Sr.C. (2003). *Corporate Governance and Development. Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo, Focus 1*.
- Carnevali, R & Artaza, O. (2016). “La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal”. *Ius et Praxis*. Vol 22 (2). Pp. 53-90.

- Carvalhosa, M. (2014). *La nueva ley anticorrupción brasileña*. *Ars Iuris Salmanticensis*. Vol 2 (1). Pp. 37-45.
- Castro, C. (2017). *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Charreaux, G. (1994). "Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise, Le Gouvernement des Entreprises". *Revue d'économie financière*. (31). Pp 141-164.
- Duque, M. (2007). *Crimen organizado transnacional: Un desafío global*. XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología, Guadalajara.
- Estrada, J. (2013). "La corrupción administrativa en México". *Revista Polis*. Vol. 9 (2). México.
- Flores, A. (2001). "La ética en la auditoría". *Revista del instituto de investigación de ciencias financieras y contables de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Vol. 8 (16). Pp. 39-59.
- Gómez, E. (2017). *Empresas industriales y comerciales del estado frente a algunos contratos mercantiles contemporáneos*. Medellín: Repositorio institucional de la Universidad de Medellín.
- Heidenheimer. (1970). *Readings in comparative analysis on political corruption*. New York: Rinheart & Winston Inc.
- Iglesias, M. (2002). *Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Landrod, G. (1956). "L'entreprise publique en droit administratif comparé". *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 8 (2). Pp. 213-231.
- Merrien, F. (2007). *L'État-providence*. Francia: Presses Universitaires de France.
- Muñoz, A. (2008). "Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. El caso de Chile". En: Zalaquett, J & Muñoz, A (Eds.). *Transparencia y probidad pública: estudios de caso en América Latina*. Santiago: Universidad de Chile. Pp. 113-130.
- Newman, V. & Ángel. M. (2017). "Estado del arte sobre la corrupción en Colombia". *Dejusticia*. Bogotá: Dejusticia
- Ortiz, E. & Milano, A. (1998). *Tesis de Derecho Administrativo*. Tomo 1. San José: Ed. Stradtman.
- Paladino, M. & Debeljuh, P. (2007). *Integridad. Un Liderazgo Diferente*. Buenos Aires: Emecé Editores.
- Piedrahita, P. (2020) "La corrupción política como crimen organizado transnacional". *Revista criminalidad*. Vol. 62 (2). Pp. 233-245.

- Pineda, P. & Rivera, A. (2019). "El crimen organizado: desafío a la soberanía". *Revista Papel político*. Vol. 15 (2). Pp. 124-135.
- Priego, O. & Ramírez, M. (2018). "Fiscalización, transparencia y rendición de cuentas en México". *Horizontes de la Contaduría en las Ciencias Sociales*. Núm. 9. Pp. 145-155
- Sanclemente, J. (2019). "El Estado accionista". *Revista de Derecho del Estado*. (42). Pp. 249-278.
- Santofimio, J. (2011). "León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público". *Revista Digital de Derecho Administrativo*. (5). Pp. 43-86.
- Shleifer, A. & Vishny R. (1997). "A survey of corporate governance". *The Journal of finance*. Vol. 52(2). Pp. 737-783.
- Torrijos, V. & Balaguera, L. (2017). "Lucha contra el crimen organizado transnacional ¿Qué tan compatible es Colombia con las tendencias globales?". En: Torrijos, V. & Balaguera, L. (Eds.). *Políticas públicas de seguridad y defensa: herramientas en el marco del postconflicto en Colombia*. Bogotá: Escuela Superior de Guerra General Rafael Reyes Prieto. Pp. 121-144.
- Valls, S. (2013). *La noción del servicio público en el Estado social de derecho*. *Novum Jus*. Vol 7(2). Pp. 111-127.
- Villar, L. & Álvarez, D. (2018). *Lucha integral contra la corrupción en Colombia, Reflexiones y propuestas*. Bogotá: Fedesarrollo.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Banco de Desarrollo de América Latina. (2012). "Gobierno corporativo en América Latina, Importancia para las empresas de propiedad estatal, serie políticas públicas y transformación productiva. No. 6/2012". <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/366>.
- Banco Mundial. (2014). "Tendencias del Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas en América Latina. Tendencias y Casos de Países". <https://www.oecd.org/daf/ca/WorldBankCorporateGovernancecofSOEsinLASpanish.pdf>.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). "Ley 80". *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html.
- Congreso de la República de Colombia. (1994). "Ley 142". *Por la cual se establece el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2752>.

- Congreso de la República de Colombia. (2007). “Ley 1150”. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. https://web.mintransporte.gov.co/jspui/bitstream/001/404/1/Ley_1150_2007.pdf.
- Congreso Nacional de Colombia. (1998). “Ley 489”. *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>.
- Contraloría General de la República de Chile. (2020). Radiografía de la corrupción e ideas para fortalecer la probidad en Chile. Santiago de Chile: contraloría general de la república.
- Cour des Comptes. (2017). “Rapport L’État actionnaire, janvier”. <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/letat-actionnaire>.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia. “Documento CONPES 3927 Estrategia de gestión del portafolio de empresas y participaciones accionarias de la nación, 2018”. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%3%B3micos/3927.pdf>.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia. “Documento CONPES 3851 Política General de Propiedad de Empresas Estatales del Orden Nacional, 2015”. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%3%B3micos/3851.pdf>.
- Transparencia por Colombia (2020). “Comunicado de prensa No. 001-2020 del 23 de enero de 2020”. <https://transparenciacolombia.org.co/colombia-entre-los-paises-donde-esfuerzos-anticorrupcion-estan-estancados/>.
- Transparencia por Colombia. (2018). “Recomendaciones sobre transparencia y lucha contra la corrupción para el gobierno nacional 2018-2022”. <https://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/recomendaciones-medidas-anticorrupcion.pdf>.

Capítulo 4

***El trámite de licencias, permisos
y autorizaciones: el caso de
las licencias de armas***

MARÍA ANGÉLICA NIETO RODRÍGUEZ*

1. INTRODUCCIÓN

La potestad de la administración para expedir licencias, permisos y autorizaciones (LPA), se ha enmarcado tradicionalmente dentro de la noción de “policía administrativa”, la cual comprende el conjunto de medidas que pueden ser usadas por la Administración para que los particulares ajusten su actividad a un fin de utilidad pública o interés general (Garrido Falla, 1959: 11). Así las cosas, el mencionado concepto de policía administrativa tradicionalmente se ha definido como “[...] aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados, mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos” (*Ibíd.*: 12).

El fundamento de este tipo de actividad se encuentra en estrecha correlación con las limitaciones que se derivan de la vida en sociedad para la libertad y propiedad, esto en el entendido que “[...] la situación de sumisión en que el administrado se encuentra se manifiesta en este campo como una consecuencia de que ni el derecho de libertad puede ser absoluto, ni la propiedad puede ser utilizada contrariamente a los intereses de la comunidad” (*Ibíd.*: 15). Como consecuen-

* Abogada de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.

cia, es claro que el poder de policía no es absoluto en la medida en que se encuentra enmarcado dentro del Estado de derecho, donde los principios generales que orientan la actividad administrativa le resultan aplicables, especialmente el principio de legalidad, conforme al cual la ley sustenta y legitima el ejercicio de las actividades enmarcadas en el poder de policía y también brinda fundamento a los actos administrativos reglamentarios que se profieran para efectos de concretar los mandatos generales contenidos en una norma con rango legal (*Ibid.*: 22).

Ahora bien, sobre esta base se tiene que el ejercicio del poder de policía se concreta en diversas especies de actos administrativos, entre los cuales se encuentran las LPA, que se han utilizado en forma indistinta a nivel normativo, pero doctrinalmente han sido objeto de importantes conceptualizaciones que las diferencian sustancialmente unas de otras.

De esta forma, las denominadas autorizaciones hacen referencia a aquellos actos tendientes a remover los obstáculos establecidos dentro de un ordenamiento determinado para el ejercicio de un derecho (*Ibid.*: 26-27), en la medida en que este sea compatible con la seguridad pública y el interés general:

Con casi absoluta unanimidad, la doctrina, tanto española como extranjera, a partir de RANELLETTI (32), viene considerando las autorizaciones como la remoción, por parte de la Administración, de los obstáculos de Derecho público que se oponían al ejercicio de un derecho o poder propio (33). La titularidad del derecho o facultad preexistente a la declaración administrativa, recobraba así las posibilidades de ejercicio que habían sido previamente limitadas; facultades y derechos éstos plenamente legítimos en cuanto directa o indirectamente vinculados con las libertades tuteladas por el ordenamiento con apoyo en las garantías constitucionales. Estas libertades les serían reintegradas al individuo una vez comprobado que su ejercicio era compatible con el orden y seguridad públicas (34). “La autorización es, según FRANCHINI, sustancialmente el acto que resuelve un hipotético conflicto de intereses entre el derecho del particular que tiende a ser ejercitado, y la autoridad de la Administración pública, que tiende a tutelar un interés público amenazado y quizá presumiblemente lesionado con un controlado ejercicio de aquel derecho” (35). La autorización supondría una solución intermedia entre la prohibición absoluta y la libertad absoluta, a través de la cual unos derechos previamente debilitados (36) recobrarían su plena efectividad (Martín, 1995: 211-212).

Sobre el alcance de las autorizaciones, en la doctrina se han planteado cuestiones como la existencia de un derecho subjetivo de los particulares a obtenerlas, la posibilidad de que, una vez otorgadas, sean transmisibles o si es posible que el particular pueda oponerse a la revocación de una autorización que previamente se le haya concedido (Garrido Falla, 1959: 26-27).

Otra vertiente relacionada con el alcance de las autorizaciones se aparta del enfoque que viene de exponerse y las caracteriza como una declaración administrativa de la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de una actividad (Martín, 1995: 214), reconociendo en el ejercicio de esta potestad la discrecionalidad de apreciación o posibilidad valorativa con que cuenta la administración para efectos de constatar la configuración de determinados supuestos que habilitan la procedencia de la autorización (*Ídem.*):

Ciertamente que la potestad atribuida a la Administración consiste en un derecho-deber de comprobar y constatar que el derecho o la actividad que se pretende ejercitar cumple los requisitos preestablecidos y, por consiguiente, es compatible con el interés público por ella tutelado. Pero el resultado del ejercicio efectivo de esa potestad consistirá en: a) la realización de las actividades de constatación o comprobación pertinentes; b) la emisión del acto administrativo, que no es un acto jurídico de constatación o certificación, sino una declaración de voluntad que consiente y permite la realización de la actividad, sobre la base de las precedentes operaciones de comprobación y constatación. No se trata de un distingo gratuito, por el puro placer de distinguir, sino de un distingo que tiene consecuencias inmediatas, pues el problema final es: ¿quid si la Administración no ejercita la potestad?; ¿si no comprueba o constata dentro del plazo en que debe hacerlo?; ¿si comprobado o constatado no resuelve?" (Fernández, 1992: 122).

En relación con la figura del permiso, se tiene que este es un acto administrativo que crea situaciones jurídicas individuales condicionadas al cumplimiento de la ley, de modo que la inobservancia de la misma da lugar a la caducidad de este tipo de acto administrativo. También se reconoce que el permiso se otorga discrecionalmente, con carácter *intuitu personae*, confiere un derecho debilitado o interés legítimo y es precario puesto que la administración puede revocarlo sin derecho a resarcimiento (Ponce, 2006).

La licencia es asimilada a la autorización en el sentido que, para ejercer una actividad, es necesario acreditar idoneidad técnica y moral en la forma que la ley establece. Sin embargo, la licencia también se otorga con carácter *intuitu personae*, es intransferible sin la anuencia de la autoridad que la concedió, puede adjudicarse por concurso y su revocación no es discrecional, sino que debe fundarse en una causal, ya sea imputable al titular de la licencia o en interés general (Ponce, 2006).

En forma paralela a los actos administrativos que vienen de mencionarse, también se reconoce la existencia de otras figuras a través de las cuales se concreta el poder de policía, como es el caso de las aprobaciones, las dispensas, las ratificaciones, las admisiones, las concesiones y las prohibiciones.

Las aprobaciones hacen referencia a aquellos actos por medio de los cuales la administración confiere eficacia a los actos válidamente efectuados por un sujeto de forma previa en el tiempo; usualmente se manifiestan en las relaciones de fiscalización de unos entes por otros y condicionan la eficacia *ex post* de los actos aprobados y se diferencian de las autorizaciones en cuanto las aprobaciones tienen la naturaleza de un control preventivo que condiciona la eficacia de los actos y no su validez.

Por medio de las denominadas dispensas, una actividad inicialmente prohibida es permitida a título excepcional. Se diferencia de las autorizaciones en la medida en que estas últimas tienen un carácter general y solo son predicables de derechos legítimos y no de actividades eventualmente ilícitas.

Las ratificaciones constituyen una modalidad de las aprobaciones que operan en el ámbito del control jerárquico y consisten principalmente en un examen que confirma la legitimidad de un acto determinado.

Las admisiones son actos administrativos por los que se pasa a formar parte de una determinada colectividad, y se caracterizan por su carácter constitutivo y no discrecional. Las concesiones, a diferencia de las autorizaciones, son actos a través de los cuales se transfieren o crean titularidades públicas en favor de particulares. (Martín, 1995: 209-211).

Finalmente, las prohibiciones consisten en la facultad de la Administración de oponerse durante un plazo determinado a la eficacia de un acto o a la realización de determinadas actividades (*Ídem.*).

Visto el contexto que viene de desarrollarse, puede afirmarse que las LPA, como manifestación del poder de policía, corresponden a actos por medio de los cuales la administración establece (de forma vinculante) las modalidades en que debe ejercerse una actividad determinada, la forma en que debe regularse el uso de los bienes de dominio público y las aportaciones administrativas indispensables para el desarrollo de las actividades autorizadas (*Ibid.*: 215). En consecuencia, las LPA, por su naturaleza, implican actividades de programación, planificación o disciplina de una actividad determinada (Fernández, 1992: 124).

Esto último resulta esencial para el efecto del presente estudio, puesto que el alcance de las LPA como manifestación de la actividad de policía incidirá, sobre la forma en que se ejerce el control sobre ciertas actividades, donde el apego de las autoridades administrativas competentes a la ley y al reglamento resulta determinante de cara a la protección del interés general, el mantenimiento del orden público y a la materialización de fines superiores, como la transparencia en la administración pública, la eficiencia y eficacia en materia de trámites y la implementación generalizada de una cultura de legalidad.

Así las cosas, el hecho de que las autoridades competentes se desvíen de estas finalidades en el marco del otorgamiento de LPA da lugar a que se generen escenarios propicios para consolidar una cultura de corrupción en la medida en que, en forma subrepticia, se promoverá la prevalencia de intereses particulares o incluso, se facilitará la comisión de ciertas actividades contrarias al ordenamiento jurídico, que podrían quedar blindadas e inmunes en escenarios de aparente legalidad y que, por lo demás, tienen el potencial de extenderse en forma global.

Bajo esta óptica, el presente escrito tiene por objeto mostrar la manera en que la actividad de policía, manifestada en el otorgamiento de LPA tiene incidencia directa en la propagación de fenómenos como la corrupción y el crimen organizado transnacional, donde se estudiará específicamente el caso de las licencias de armas, como caso paradig-

mático en el cual se hace evidente esta correlación de factores y el alcance que puede llegar a tener más allá de las fronteras del Estado.

2. LICENCIAS, PERMISOS Y AUTORIZACIONES Y EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

Con base en lo que viene de reseñarse, vale la pena preguntarse qué tipo de relación guardan el ejercicio del poder de policía manifestado en el otorgamiento de LPA y el fenómeno de la corrupción.

Para dar respuesta, debe acudir a la definición de la corrupción como “el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado”, que implica tanto a actores privados como públicos “con poder e incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos” (Conpes 167, 2013; DAFP, 2016: 5).

Al lado de esta noción, la corrupción también se ha conceptualizado desde las dinámicas del centralismo y la descentralización del Estado, el rol de la inteligencia y la contrainteligencia, la captura del Estado, los impactos que produce en la sociedad y su fuerza expansiva en el ámbito de lo internacional, situación esta última que permite relacionar este tipo de fenómeno con el crimen organizado transnacional, en la medida en que tiene el potencial de consolidarse como un delito que funciona en red en un contexto internacional (Piedrahita, 2020: 234-235).

La corrupción se materializa en variadas tipologías de alta complejidad, sin embargo, para efectos de categorizar de forma amplia sus distintas manifestaciones y de aterrizar las mismas al objeto de este estudio, se acogerá la siguiente clasificación conforme a la cual la corrupción se manifiesta en tres formas o variantes principales:

- (1) la corrupción para acelerar la materialización de un derecho debido a la precariedad en la universalidad de los servicios públicos; (2) la corrupción que viola las reglas legales o la aplicación parcial de éstas (oportunidades del funcionario para violar las reglas); y (3) la captura del Estado por grupos de presión para direccionar las políticas y la legislación a su favor (DAFP, 2016: 5).

En el ámbito del ejercicio del poder de policía, la corrupción se manifiesta principalmente bajo la segunda de las variantes en cuanto a las actividades o etapas que deben surtirse en el marco de la tramitación de un LPA determinado, puesto que la regulación del trámite puede propiciar espacios o zonas grises en los que germinen prácticas corruptas: los denominados espacios de discrecionalidad, fallas en el diseño de los procesos, normatividad compleja, excesivos costos administrativos, débiles sistemas de información, inadecuada selección de personal, ausencia de manuales, tecnología obsoleta o carente de controles, entre otros. (DAFP, 2016: 5-7).

Bajo este contexto, se ha identificado que la corrupción se puede presentar en dos momentos claves: (a) cuando se realiza el trámite propiamente dicho y se presenta una interacción entre el ciudadano y el servidor público o (b) cuando se ejecutan los procedimientos que deben desarrollarse al interior de la entidad para dar cumplimiento al mismo. En ambos escenarios, el agente corrupto puede estar personificado en la figura de servidores públicos, contratistas o particulares que ejercen una función administrativa exclusivamente, o por estos en asociación con ciudadanos, empresas u organizaciones. Inclusive puede hablarse que en ciertos escenarios se puede llegar a configurar la cooptación del Estado por grupos delincuenciales especializados en trámites de alto impacto (DAFP, 2016: 5-8), todo lo cual puede propiciar el desarrollo de actividades delictivas de orden transnacional (Pascual, 2011: 179).

3. LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE LICENCIAS, PERMISOS Y AUTORIZACIONES Y EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL: EL CASO DE LAS LICENCIAS DE ARMAS

Sobre este punto, debe partirse del reconocimiento de que el tráfico ilícito de armas no es una actividad novedosa. Por el contrario, se trata de un fenómeno criminal que se ha afianzado desde hace décadas y ha experimentado cambios significativos basados en las transformaciones surtidas en el paradigma internacional de la seguridad, consolidando un *modus operandi* basado en la atomización

y la diversificación: así las cosas, el modelo inicialmente constituido por un grupo selecto de empresarios de dudosa reputación y ausente ética, en connivencia con elementos corruptos de los gobiernos, que hacían compras masivas de armamento a otros Estados o a sus propias empresas públicas para hacerlos llegar ilícitamente a sus destinatarios ha dado paso a redes mucho más amplias y diversas, integradas por nuevos productores independientes e intermediarios que se encargan de articular organizaciones criminales, fabricantes, transportistas, vendedores, y compradores (Pascual, 2011: 186-187).

La doctrina también ha destacado que el tráfico de armas se ha propiciado como consecuencia de la multiplicación de escenarios como la corrupción, los espacios geográficos incontrolados, las vinculaciones entre tráficos ilícitos y la opacidad o falta de transparencia en el acceso a la información relacionada con el comercio legal de armamento (*Ibíd.*: 188-189).

Analizando el primer factor, debe partirse del reconocimiento de que la rentabilidad del tráfico requiere de grandes cantidades de armas que, con independencia de la modalidad de tráfico escogida¹, requiere de una falsa apariencia de legalidad, que se viabiliza a través de prácticas corruptas en los trámites de LPA, identificándose dos momentos cruciales: (a) en el origen de la licencia, cuando el funcionario otorga la autorización a alguien que no debería tenerla o (b) en el destino final, cuando otras autoridades permiten el ingreso de armas con independencia de su origen lícito o ilícito y contribuyen a que se configure una cadena de títulos que permita crear confusión sobre su licitud originaria.

Como puede verse, al tratarse en su mayoría de cuestiones de tramitología, la mayor parte del tráfico de armas a gran escala se edifica en torno a prácticas corruptas en las que participan funcionarios y comerciantes legales de armas que venden sus conexiones, su acceso a documentación fraudulenta y sus servicios de transporte a todo aquel que pueda sufragarlo (*Ídem.*).

Por otro lado, se ha destacado que en el contexto del tráfico de armas la corrupción también está asociada a espacios geográficos fuera del alcance del control de las autoridades públicas o con deficiencias

¹ Macrotráfico o el denominado “tráfico hormiga” o microtráfico.

en los controles fronterizos y legislación deficiente, abriendo ventanas de oportunidad que facilitan la distribución de armamento en espacios desconocidos al público:

Muchos países afectados por su exportación e importación se caracterizan por la porosidad de sus límites territoriales sumado, en múltiples casos, a una legislación minimalista o inexistente sobre el control de armas y su venta. Circunstancia esta que, a la postre, facilita no sólo el tráfico a gran escala aprovechando regiones desérticas, montañosas o selváticas de difícil control gubernamental, sino igualmente, el desarrollo del "tráfico hormiga" [...] (Pascual, 2011: 189-190).

Sobre esto último, valga resaltar que las fronteras geográficas posibilitan la creación de un panorama de confusión mediante la dispersión geográfica de las piezas que componen el rompecabezas de las armas, de modo que los eslabones que intervienen en la cadena de comercialización suelen encontrarse en países distintos (Pascual, 2011: 190). Dentro de este panorama, también se han consolidado dinámicas de vinculación entre tráficos ilícitos, donde el intercambio de armas por otras sustancias como drogas se multiplican hasta el punto de llegar a sufragar la adquisición de armamento por grupos ilegales (Pascual, 2011: 190-191).

Por otro lado, la legislación existente en materia de LPA se ha utilizado en forma contraria al interés general, constituyendo un arma de doble filo. De esta forma, es posible encontrar una amplia variedad de licencias comerciales y de transferencia de tecnología que terminan amparando el comercio ilegal de armamento al permitir o facilitar la exportación a través de mecanismos indirectos, como producir armamento en un estado bajo las licencias emitidas en otro y soslayar prohibiciones de exportación directa² (Pascual, 2011: 193-194).

Todo lo que viene de describirse se agrava si se tiene en cuenta que la vida útil de las armas de fuego es muy larga, y pueden

² A manera de ejemplo, la empresa turca MKEK y la Fábrica de Artillería de Pakistán (POF), producen fusiles de asalto y metralletas con licencia de la alemana Heckler & Koch. Entre los beneficios industriales y comerciales que esta iniciativa representa para ambas partes, las armas fabricadas con esta licencia pueden venderse en países a los que la ley alemana prohíbe exportar directamente (Pascual, 2011, 193-194).

circular de forma ilícita durante muchos años, lo cual facilita que sean reutilizadas y revendidas en múltiples ocasiones. Como consecuencia de lo anterior, es posible que las armas se detecten en un contexto delictivo mucho tiempo después de que hayan entrado en el mercado ilegal (por su desviación o fabricación ilícita), donde debe destacarse que algunas incautaciones pueden estar relacionadas con la comisión de un hecho delictivo independientemente de que el arma de fuego haya sido objeto de tráfico previamente o que la incautación se de en el contexto de delitos o investigaciones que no guardan relación directa o evidente con delitos de armas, como la delincuencia organizada o el tráfico de drogas (UNODC, 2020: 3-4).

4. EL MARCO REGULATORIO DE LAS LICENCIAS, LOS PERMISOS Y LAS AUTORIZACIONES EN MATERIA DE ARMAMENTO Y SU RELACIÓN CON LA CORRUPCIÓN Y EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

¿Cuál es el papel que juega la normatividad vigente y el poder de policía en el trámite de LPA bajo el contexto que viene de exponerse? Tal como se mencionaba, uno de los escenarios donde se materializa la corrupción como cauce para el tráfico ilegal de armas se encuentra en la gestión o trámite de LPA que, si bien se encuentran contemplados como mecanismos que reflejan el ejercicio del poder de policía conforme al ordenamiento jurídico vigente, también es claro que se consolidan como instrumentos de desviación de poder que terminan por dotar de una apariencia de licitud a todo el proceso de adquisición y tráfico de armamento.

Es por ello que las normas y regulaciones que soportan los esquemas de LPA en materia de armamento resultan de cardinal importancia, puesto que, tal como lo señala Soto Velasco (1993: 2): (a) las disposiciones jurídicas afectan la oferta de armas de fuego al otorgarle al gobierno el monopolio de su producción y venta y (b) la normatividad reguladora impone límites sobre los tipos de armas disponibles para la población civil, factores que, considerados en su conjunto, dan lugar al surgimiento de un mercado paralelo ilegal

que presenta una oferta mucho mayor y una selección más amplia en cuanto al tipo de armas.

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) ha establecido que la normatividad principalmente se ha encaminado a asegurar el control de las armas de fuego desde los procesos de su fabricación y a lo largo de sus diferentes etapas hasta su destrucción, partiendo de la consideración de algunas variables cardinales a saber: el desarrollo del sistema legal nacional, las percepciones sobre la seguridad en la sociedad y la necesidad de responder a las amenazas internas o externas. Así las cosas, los regímenes reguladores abarcan por regla general las etapas de fabricación, posesión, utilización, custodia, transferencia y posterior desactivación o destrucción, mientras que los principios del control de las armas de fuego se definen tanto en las políticas, las estrategias y los planes de acción relativos a las armas de fuego (UNODC, 2020: 2-3).

La normatividad y las regulaciones también desarrollan las competencias de las autoridades instituidas en esta materia, especialmente en lo relacionado con el otorgamiento de LPA, el control sobre los procesos de fabricación, posesión o transferencia de las armas de fuego, la posibilidad de imponer sanciones por incumplimiento de las normas establecidas, los plazos para el ejercicio de las actividades autorizadas y los requisitos para la implementación de medidas de seguridad específicas para prevenir el robo y la desviación de armas de fuego (*Ibid.*: 4-5).

En cuanto al porte y uso de armas por particulares, se ha destacado que los modelos regulatorios adoptados en diferentes países oscilan entre la adopción de posturas restrictivas que prohíben totalmente la tenencia de armas por particulares y de posturas amplias que reconocen en la posesión de armas un derecho legítimo e, incluso, de raigambre constitucional (*Ídem*).

Adicionalmente, debe destacarse que el alcance de las leyes y reglamentos nacionales se concentra principalmente en el control sobre determinados tipos de armas de fuego a las que es posible acceder, la identificación y clasificación de las armas que se consideran prohibidas, los usos civiles permitidos de las armas de fuego, la venta comercial de dichas armas, el uso de armas de fuego de forma general

y el uso que se les puede dar en nombre de instituciones estatales, el régimen de almacenamiento y la gestión de las existencias estatales de armas de fuego y municiones por parte de determinados organismos gubernamentales, la composición de las mismas, su ubicación, su seguridad física, los procedimientos de registro de las armas de fuego y municiones, la evaluación de riesgos, la determinación de los excedentes y el transporte de las armas de fuego (UNODC, 2020: 10-14).

En forma paralela a lo anterior, existen tratados internacionales que han sido adoptados con el fin de regular asuntos específicos relacionados con el control efectivo sobre la exportación de armas y los usos de este tipo de instrumentos (Pascual, 2011:195). Así las cosas, a manera de ejemplo, en la Unión Europea se adoptó un Código de Conducta sobre Exportación de Armas en el año 1998, el cual se basa esencialmente en el principio de conceder autorizaciones bajo la consideración preventiva relacionada con el posible riesgo de que las armas sean utilizadas en acciones que vulneren los derechos humanos; por su parte, en Canadá se destaca la adopción del Proceso de Montreal que contempla el control de las transferencias de armas ligeras y también la Convención Marco sobre las Transferencias Internacionales de Armas de 1997, que busca impedir que las transferencias de armas alimenten los conflictos existentes o las violaciones a los derechos humanos (*Ídem*).

Dentro de la Organización de las Naciones Unidas se destacan instrumentos como el Programa de Acción de las Naciones Unidas para Prevenir, Combatir y Erradicar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos (2001), el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), instrumentos enmarcados principalmente en la promoción de la cooperación internacional para prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y generar mecanismos de apoyo a la investigación y sanción de delitos cometidos en el ámbito transnacional por grupos organizados de los delitos tipificados, cuando sean de carácter transnacional e involucren la participación de un grupo delictivo organizado (Pascual, 2011: 195-196).

Mención aparte amerita el Tratado sobre el Comercio de Armas (2014)³, en adelante TCA, también adoptado en el marco de la ONU, el cual establece que frente al comercio internacional de armas convencionales se deben realizar evaluaciones de riesgo para determinar si los artículos exportados contribuirán a la paz y a la seguridad o si podrán ser destinados para cometer o facilitar una violación grave del derecho internacional humanitario, o para cometer o facilitar una violación grave de las normas internacionales de derechos humanos, cometer o facilitar un acto que constituya un delito en virtud de los convenios o protocolos internacionales relativos al terrorismo de los que el Estado exportador sea parte, o cometer o facilitar un acto que constituya un delito en virtud de los convenios o protocolos internacionales relativos a la delincuencia organizada transnacional de los que el Estado exportador sea parte (UNODC, 2020: 15).

Mención aparte merece la Ley Modelo de la UNODC, puesto que se constituye como una respuesta a las necesidades específicas de asistencia técnica identificadas por los Estados Miembros a fin de armonizar la legislación nacional con los requisitos establecidos en instrumentos internacionales, indicando en el cuerpo del modelo la explicación de los requisitos de cada instrumento, su carácter vinculante o no y la forma en que puede incorporarse en una norma nacional (UNODC, 2020: 24-25).

A nivel interamericano debe destacarse la adopción de la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados (CIFTA) en el año de 1997, la cual tiene como objetivo principal fomentar el establecimiento de controles y regulaciones a la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego mediante la concreción de los siguientes compromisos de carácter vinculante: (a) criminalización de conductas asociadas a la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fue-

³ “La llamada “Regla de Oro” del TCA se resume en pocas palabras: “No autorizar armas para cometer atrocidades”. Un principio vinculante de derecho internacional que prohíbe transferir armas convencionales si hay riesgo fundado de que se utilicen para cometer o facilitar genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones de derechos humanos”. Vid: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/espana/armas/>

go; (b) marcaje mandatorio de armas de fuego; (c) establecimiento de un sistema de licencias de exportación, importación, y tránsito; (d) fortalecimiento de los controles en puntos de exportación; y (e) cooperación regional e intercambio de experiencias (OEA, s.f.)

Este tratado también se complementa con una legislación modelo centrada en su aplicación con especial énfasis en la marcación de las armas de fuego y en su rastreo (UNODC, 2020: 25).

Visto todo el conjunto de normas que vienen de exponerse, surge una cuestión puntual: ¿Cómo se materializa el relacionamiento de este tipo de instrumentos jurídicos con el fenómeno de la corrupción? Una aproximación preliminar se ha concretado en la implementación de mecanismos tendientes a promover la transparencia, como es el caso de la elaboración y divulgación de informes públicos o la inclusión de una referencia sólida contra la corrupción como parte de los criterios para la evaluación de riesgo de las exportaciones de armas (específicamente en el Tratado de Comercio de Armas) y la adopción de sistemas de intercambio de información (ATT, 2017: 18).

En cuanto a la posibilidad de identificar medidas que, bajo el marco que acaba de exponerse, vinculen el poder de policía administrativa en el otorgamiento de LPA, la lucha contra la corrupción y el crimen organizado transnacional, a continuación se presentará un análisis entre países no latinoamericanos y latinoamericanos en los cuales se compararán 3 variables: (a) la existencia de fundamento constitucional o legal para el porte y uso de armas; (b) el alcance del poder de policía en la concesión de LPA para el porte y uso de armas; y (c) el relacionamiento de este poder con las medidas adoptadas en el marco de la lucha contra la corrupción y el crimen organizado transnacional.

El análisis se enfocará exclusivamente al régimen jurídico de los LPA en materia de armas de fuego, excluyendo de su alcance la existencia de normas aplicables a otro tipo de armas. Igualmente, debe tenerse en cuenta que las normas estudiadas corresponden al marco general de cada país, de modo que tampoco se estudiarán regímenes especializados, como los de las fuerzas militares.

5. ESTUDIO DE LA CORRUPCIÓN EN RELACIÓN CON LAS LICENCIAS, LOS PERMISOS Y LAS AUTORIZACIONES EN LOS SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS

En esta primera etapa de la comparación a realizar, se estudiarán los esquemas de otorgamiento de LPA en España, Estados Unidos y Francia, que comparten una constante: se trata de países de los que procede una gran cantidad de armas de fuego que son incautadas, donde debe tenerse en cuenta que el país de fabricación de las armas de fuego y el país en el que se producen las desviaciones (es decir, cuando las armas de fuego salen del circuito lícito y entran en el ilícito) y las incautaciones a menudo no son los mismos: a manera de ejemplo Europa se perfila como la principal región de fabricación en las incautaciones realizadas en todo el mundo mientras que la subregión más destacada donde se identifica el origen ilícito es América del Norte (UNODC, 2020: 9).

Igualmente, para abordar el presente análisis, se partirá de un elemento cardinal de análisis: la existencia del derecho, constitucional o legal, a tener o portar armas. La importancia de este elemento radica en el hecho de que, el grado en que se reconozca jurídicamente este derecho, determina también el alcance de los límites que deben observar las autoridades al momento de expedir algún tipo de regulación para su uso, porte o tenencia, incluyendo lo relacionado con la expedición de LPA.

Así las cosas, a mayor nivel jurídico de reconocimiento del derecho a tener o portar armas, mayor será el nivel de protección que se otorgue a la propiedad sobre las mismas y, en contraposición, el ámbito de las competencias regulatorias en cabeza de las autoridades se puede ver reducido en su ejercicio.

Por otro lado, en el caso de aquellos países en los cuales no se reconoce jurídicamente el derecho a tener o portar armas, se reduce el nivel de protección sobre la propiedad de las mismas y, en contraste, el ámbito para el ejercicio de las competencias regulatorias crece sustancialmente, lo cual se evidencia en el establecimiento de estrictos requisitos que deben cumplirse para lograr la expedición de los LPA que habiliten su uso o tenencia en ciertas circunstancias puntuales.

Ahora bien, es preciso preguntarse si, en un contexto restrictivo frente al alcance del derecho a tener o portar armas, caracterizado por la existencia de un marco regulatorio robusto en materia de LPA, pueden reducirse los espacios en que es posible que proliferen prácticas corruptas o ilícitas relacionadas con la expedición de los LPA y con la tenencia y porte de armas o si, por el contrario, la existencia de dicho marco, no tiene una clara incidencia respecto de la reducción de este tipo de prácticas.

Así las cosas, a continuación se presentará un análisis en el que se buscará determinar si, dentro del contexto de los países estudiados, el marco regulatorio vigente tiene el potencial para prevenir prácticas corruptas relacionadas con la expedición de LPA o si, por el contrario, no tiene mayor incidencia y abre el camino para la corrupción y el crimen organizado transnacional.

5.1. España

En España no existe un derecho constitucional a poseer y usar armas en cabeza de sus ciudadanos. Al contrario, la Constitución Española en su artículo 149 numeral 26 establece que el Estado ostenta la competencia exclusiva sobre el régimen de armas en los siguientes términos: “Artículo 149. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 26.^a Régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos [...]”.

Derivado de lo anterior, en la Ley Orgánica 1 de 1992 se establece que la Administración del Estado determinará los requisitos y condiciones de la fabricación, comercio, tenencia y uso de armas, quedando facultada para reglamentar la materia y establecer las medidas de control necesarias.

Así las cosas, conforme al artículo 3 de la mencionada Ley corresponde expresamente al Ministerio del Interior la competencia en materias de armas y explosivos en el ámbito de la prevención, mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana. Por su parte el artículo 6 dispone que la Administración del Estado tendrá la competencia para establecer los requisitos y condiciones de la fabricación y reparación de armas, sus imitaciones y réplicas, y de sus piezas

fundamentales; explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos; así como los de su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación; su tenencia y utilización. Bajo ese entendido, la norma faculta a las autoridades y servicios competentes para ejercer la intervención, efectuar en cualquier momento las inspecciones y comprobaciones que sean necesarias en los diferentes locales de las fábricas, talleres, depósitos, comercios y lugares de utilización de armas y explosivos.

El art. 7 de la Ley Orgánica establece expresamente la facultad reglamentaria del gobierno en las siguientes materias y actividades:

1. Mediante la sujeción de la apertura y funcionamiento de las fábricas, talleres, depósitos, establecimientos de venta y lugares de utilización y las actividades relacionadas con ellas a requisitos de catalogación o clasificación, autorización, información, inspección, vigilancia y control, así como a requisitos especiales de habilitación para el personal encargado de su manipulación.

2. Mediante la obligatoriedad de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego cuya expedición tendrá carácter restrictivo, especialmente cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias o permisos se limitará a supuestos de estricta necesidad.

3. Mediante la prohibición de ciertas armas, municiones y explosivos, especialmente peligrosos, así como el depósito de estos.

Se destaca que, desde la disposición transcrita, se establece el carácter restrictivo que caracteriza el proceso de expedición de licencias de armas en España, que a diferencia de los países analizados hasta el momento, adopta un enfoque en el que predomina el ejercicio del poder de policía administrativa sobre la libertad de comerciar, poseer, tener o usar este tipo de artefactos.

Bajo esa línea, la Ley Orgánica establece un catálogo de infracciones graves en su art. 23, destacándose las relacionadas con la fabricación, reparación, almacenamiento, comercio, adquisición o enajenación, tenencia o utilización de armas prohibidas o explosivos no catalogados; de armas reglamentarias o explosivos catalogados careciendo de la documentación o autorización requeridos o exce-

diéndose de los límites permitidos y la omisión o insuficiencia en la adopción o eficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad de las armas o de los explosivos. Estas infracciones a su vez podrán ser consideradas como muy graves conforme a los preceptos del art. 24 *ibidem*, según el cual se valoran circunstancias como la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, si se puede configurar un atentado contra la salubridad pública, se altere el funcionamiento de los servicios públicos, los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o se enmarquen en contextos de violencia o amenazas colectivas.

Finalmente, el art. 28 establece un catálogo de sanciones que oscilan entre las multas (de cinco millones a cien millones de pesetas, para infracciones muy graves o de cincuenta mil a cinco millones de pesetas, para infracciones graves), el retiro de las armas y de las licencias o permisos que les fueron otorgadas, la incautación temporal de las armas y la suspensión temporal hasta por dos años de las licencias o autorizaciones o permisos concedidos.

En forma paralela a lo anterior, España adoptó el Real Decreto 137 de 1993, que desarrolla los presupuestos de la Ley Orgánica 2 de 1991 y en tal sentido, regula los requisitos y condiciones de la fabricación y reparaciones de armas, sus imitaciones y réplicas, y sus componentes esenciales, así como todo lo concerniente a su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación, su tenencia y utilización, determinando las medidas de control necesarias para el cumplimiento de tales requisitos y condiciones. El Decreto no cubre lo relacionado con la adquisición, tenencia y uso de armas por las Fuerzas Armadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Centro Nacional de Inteligencia.

Bajo este contexto, el Real Decreto en su art. 4 establece una prohibición general en cuanto a la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de armas o de sus imitaciones, exceptuando la tenencia de las armas por museos, coleccionistas u organismos, siempre que cumplan con los requisitos y condiciones que se les fijan para el efecto.

El Real Decreto en su art. 5 también prohíbe la publicidad, compraventa, tenencia y uso de armas, salvo que estas actividades se rea-

licen por funcionarios competentes. Inclusive, este artículo prohíbe, la tenencia de imitaciones de armas de fuego que por sus características externas puedan inducir a confusión sobre su auténtica naturaleza, a menos que se conserven en el propio domicilio con finalidades ornamentales.

Ahora bien, el art. 7 del precitado Decreto define cuáles son las autoridades que intervienen en el ejercicio del poder de policía administrativa en el ámbito de la expedición de licencias de armas⁴. En

⁴ “Artículo 7. En la forma dispuesta en este Reglamento, intervienen:

a) El Ministerio del Interior, en cumplimiento de la función de garantizar la seguridad pública y en ejercicio de las competencias en materia de armas, reguladas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero (RCL 1992\421), sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, a través de la Dirección General de la Guardia Civil, en todas las funciones derivadas de la legislación vigente sobre armas y especialmente en la fabricación, reparación, circulación, almacenamiento, comercio, adquisición, enajenación, depósito, tenencia y uso de las armas; y a través de la Dirección General de la Policía, en la tenencia y uso de armas.

b) El Ministerio de Defensa, en cumplimiento de la función de salvaguardar la seguridad nacional, a través de la Dirección General de Armamento y Material, en la autorización de las instalaciones y fábricas de armas de guerra y en la fabricación y en la concesión de las autorizaciones de salidas de dichas armas de los centros de producción de las mismas.

c) El Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en la regulación y gestión de las licencias de importación y exportación de armas reglamentadas, en la autorización de instalaciones industriales y en la fabricación de las armas.

d) El Ministro de Asuntos Exteriores, mediante la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, en la autorización de tránsito por territorio español, de armas y municiones procedentes del extranjero.

A través de la Dirección General de Protocolo, Cancillería y Ordenes, se realizarán las actuaciones oportunas, en colaboración directa con la Dirección General de la Guardia Civil, para tramitar la solicitud y concesión de las licencias y autorizaciones especiales de armas requeridas por:

1º El personal español afecto al Servicio Exterior.

2º Los extranjeros acreditados en las Embajadas, Oficinas consulares y Organismos internacionales con sede o representación ante el Reino de España.

3º Los agentes de seguridad extranjeros en tránsito, o que acompañen a personalidades o autoridades de su país, en misión oficial.

consonancia con lo anterior, el art. 9 establece que la Guardia Civil llevará el Registro Nacional de Armas en el cual constará la información de armas, municiones, componentes esenciales, guías, autorizaciones y licencias con el objetivo de tener la trazabilidad e identificación de las armas, en observancia de las normas sobre tratamiento de los datos de carácter personal que eventualmente puedan llegar a estar contenidos en el Registro. Valga resaltar que los datos de las armas y componentes esenciales, incluidos los datos personales conexos, se conservarán de conformidad con las instrucciones del responsable del tratamiento, por un periodo de treinta años después de la destrucción de las armas o de los componentes esenciales de que se trate, que una vez transcurrido, dará lugar a la eliminación definitiva de la información alojada en el Registro.

Por lo demás, el responsable del tratamiento podrá ceder los datos de las armas y componentes esenciales y los datos personales conexos en dos situaciones concretas: (a) a las autoridades competentes para conceder o retirar las distintas autorizaciones o a las autoridades competentes en procedimientos aduaneros; y (b) a las autoridades competentes para la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales.

Así mismo, el Real Decreto establece en su art. 10 que solo se pueden comercializar armas por armeros y corredores autorizados por la Dirección General de la Guardia Civil, sobre la base de la comprobación de la integridad privada y profesional, la competencia en la materia y la carencia de antecedentes penales por delito doloso, así como la acreditación de las aptitudes psicofísicas necesarias, a menos que el solicitante fuese previamente titular de una licencia de armas. En el caso de personas jurídicas, el control se llevará a cabo, tanto sobre la persona jurídica, como sobre la persona o las personas naturales que le integren.

La norma también dispone que durante su período de actividad, los armeros y los corredores estarán obligados a mantener un regis-

e) El Ministerio de Economía y Hacienda, mediante el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en el control aduanero de las operaciones de comercio exterior con terceros países”.

tro en el que consignarán las armas y los componentes esenciales a los que den entrada y salida, con los datos que permitan la identificación y la localización del arma o del componente esencial de que se trate, en particular, el tipo, la marca, el modelo, el calibre y el número de fabricación, así como el nombre, la dirección, la nacionalidad, y los demás datos de identificación necesarios del proveedor y del adquirente. Ahora bien, en el evento en que armeros y los corredores cesen su actividad, entregarán los registros a la Intervención de Armas y Explosivos correspondiente al lugar donde radique el establecimiento.

Armeros y corredores tienen la obligación de comunicar a la Intervención de Armas y Explosivos, las transacciones de las armas de fuego y asimiladas, con el fin de alojar la información correspondiente en el Registro Nacional de Armas. Igualmente, la norma faculta a estos sujetos para abstenerse de realizar cualquier transacción que consideren razonablemente como sospechosa, debido a su naturaleza o magnitud, e informarán de cualquier intento de realizar dicha transacción a la Intervención de Armas y Explosivos correspondiente.

Mención aparte debe hacerse a la regulación del tránsito de armas por territorio español, la cual conforme al art. 67 del Decreto deberá ser objeto de autorización previa, la cual se solicitará al Ministerio de Asuntos Exteriores y se concederá si el solicitante reside, tiene sucursal abierta o designa un representante responsable en territorio español por el tiempo que dure el tránsito, salvo el caso de las armas de las categorías 2.^a, 3.^a, 4.^a, 6.^a y 7.^a, que transporten consigo, desmontadas, en su caso, y dentro de sus cajas o fundas sus propietarios, las cuales pasarán por territorio español con una guía de circulación de clase A.

Por su parte, en lo relacionado con la transferencia de armas desde España a otros países de la Unión Europea, el interesado conforme a lo dispuesto en los art. 72 y siguientes, solicitará la autorización de transferencia correspondiente a la Intervención de Armas de la Guardia Civil del lugar en que se encuentren las armas. A la solicitud de autorización se acompañará, siempre que sea necesario, el permiso o consentimiento previo del Estado miembro de la Unión Europea de destino de aquéllas.

La autorización deberá acompañar a las armas de fuego hasta su destino y deberá presentarse ante las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea, de tránsito y de destino. En todo caso, la Dirección General de la Guardia Civil podrá conceder a los armeros autorizados la facultad de realizar transferencias de armas de fuego desde España a armeros establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea, sin necesidad de la autorización previa que viene de mencionarse, para lo cual a petición del interesado, se expedirá una autorización, válida durante un período que no podrá exceder de tres años, la cual podrá ser anulada o suspendida en cualquier momento mediante decisión motivada de la propia Dirección General.

Ahora bien, en lo relacionado con las generalidades del uso y porte de armas, el artículo 96 del Real Decreto dispone que nadie podrá llevar ni poseer armas de fuego en territorio español sin autorización o licencia, las cuales abarcan las categorías A,B,C,D,E y F y, para cuyo otorgamiento se deben cumplir los requisitos del art. 97, a saber: antecedentes penales, informe de aptitudes psicofísicas, verificación de la conducta del interesado, dedicación del solicitante a la caza o alguna disciplina deportiva, y conocimiento sobre conservación, mantenimiento y manejo de las armas, en la forma prevenida.

La vigencia de las licencias o autorizaciones concedidas, así como los reconocimientos de coleccionistas está condicionada al mantenimiento de todos los requisitos exigibles en cada caso, siendo la autorización o licencia revocable o extingible en cualquier momento si la autoridad competente comprueba que los requisitos se han dejado de observar.

El Decreto también establece una prohibición general en su artículo 98, consistente en que no podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno, o un riesgo a la seguridad pública, la seguridad ciudadana, la defensa nacional y el interés general.

Finalmente, debe destacarse que el Decreto incluye un amplio catálogo de infracciones y sanciones, calificando como de graves o muy graves las conductas constitutivas de fabricación, reparación, al-

macenamiento y comercio no autorizado, el uso de armas de fuego prohibidas o sin licencia, la omisión, insuficiencia o ineficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad en las fases de fabricación, reparación, almacenamiento, distribución y comercio, entre otras. Por su parte, las sanciones oscilan entre la imposición de multas, la incautación de las armas y de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de la infracción y la clausura de las fábricas, locales o establecimientos.

Visto este extenso panorama regulado en la normatividad española, llama la atención el hecho que España se ha situado en el último quinquenio como séptimo país exportador mundial de armas, con una cuota del 3% global y una cifra anual que desde 2016 supera los 4.000 millones de euros (en 2008 no llegaba a 1.000 millones) (Amnistía Internacional, s.f.) Por lo demás, las organizaciones internacionales han llamado la atención en que, a pesar de los importantes avances de la legislación española en este tema, la transparencia, sigue siendo escasa, favoreciendo el tráfico ilegal de armas, en la medida en que no hay disposiciones relacionadas con un control parlamentario previo a la autorización de exportaciones sensibles y tampoco hay seguimiento del uso final de las armas exportadas para garantizar que no se utilicen contra la población civil (Amnistía Internacional, s.f.).

Ahora bien, en lo relacionado con la prevención de la corrupción y la lucha contra el crimen organizado transnacional, España ha adoptado la denominada “Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019-2023”, la cual se estructura en torno a diez ejes de actuación, siete troncales y tres transversales. Para efectos del presente estudio, se destaca la noción de “uso de influencia o corrupción” que adopta la estrategia, puesto que la misma se define y enfoca desde la perspectiva del uso de todas las formas de presión e influencia con el objetivo de consolidar posiciones de poder político y de presión para intentar controlar distintas instituciones. Igualmente, dentro de la estrategia se reconoce expresamente una preocupación ante la existencia de diferentes manifestaciones criminales que, si bien no cumplen con los requisitos establecidos para ser catalogadas como crimen organizado en sentido estricto, se consolidan como delitos de gran impacto, como es el caso de la corrupción institucional (BOE, 2019: 25).

En materia de tráfico de armas, la Estrategia reconoce que, si bien las implicaciones criminales de este tipo de dinámica, junto a otros fenómenos como el tráfico de drogas y la trata de personas se configuran como las actividades que más beneficio ilícito reportan a nivel mundial, en España no es posible hablar de la existencia de un tráfico a gran escala, pero si se evidencia que la actividad ilícita más frecuente consiste en la actuación de delincuentes que operan en forma individual, reconstruyendo y colocando armas en el mercado ilícito. De forma paralela a lo anterior, se identifican las falsificaciones documentales de todo tipo como una dinámica delictiva que acompaña en forma conexas el crimen organizado y la delincuencia grave que orbitan en torno al tráfico de armas (BOE, 2019: 56).

Igualmente, la Estrategia identifica dos escenarios en los cuales se presenta el tráfico de armas en el marco de la criminalidad organizada:

1. La presencia de pequeñas organizaciones policriminales y de delincuentes autónomos especializados que proveen de forma circunstancial, tanto al crimen organizado como a la delincuencia grave de distintos tipos con armas pequeñas y ligeras, sus piezas y municiones, como respuesta a la naturaleza de la demanda existente; y

2. Que a nivel internacional el comercio ilícito de estas armas se ha consolidado con más fuerza a través de internet, de los desvíos de los canales legales de venta y distribución y de redes dedicadas a la rehabilitación de armas previamente inutilizadas o a la transformación de armas detonadoras (BOE, 2019: 56-57).

Para dar respuesta a los desafíos derivados de este panorama, la estrategia propone las siguientes líneas de acción:

1. Mejorar la elaboración de inteligencia para la evaluación de la amenaza del tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y municiones, con especial énfasis en los vínculos con otras áreas criminales, delictivas, el terrorismo, proliferación de armas de destrucción masiva NRBQ (Nuclear Radiológico, Biológico y Químico) y el desvío del comercio legal.
2. Potenciar las investigaciones sobre tráfico ilícito de armas y su empleo por la delincuencia, con específica referencia a la conservación legal de armas, tanto inutilizadas, acústicas y expansivas como detonadoras, el desvío ilegal en el ámbito de las importaciones, exportaciones y transferencias, el tráfico a través de internet, el comercio

ilícito utilizando servicios de paquetería o la introducción en España de armas legales procedentes de zonas de conflicto.

3. Mejorar la coordinación a nivel nacional de todos los actores, tanto públicos como privados implicados en la prevención y control de las armas de fuego.

4. Potenciar el sistema de alerta temprana que permite el intercambio de información e inteligencia a nivel europeo cuando se producen sustracciones o extravíos de armas.

5. Potenciar la colaboración y coordinación internacional entre los diferentes actores implicados en la lucha contra esta forma de criminalidad.

6. Potenciar la actuación de las unidades especializadas en la lucha contra el tráfico ilícito de armas, tanto de control administrativo como de investigación (BOE, 2019: 57).

Sin embargo, ni en la normatividad aplicable ni en el marco de la Estrategia se evidencia la incorporación de alguna medida relacionada con la regulación de las potestades de las autoridades competentes para la expedición de licencias o permisos. En otras palabras, y al igual que en el caso norteamericano y francés, no se vislumbra la formulación de alguna medida que adopte un enfoque preventivo desde la perspectiva del ejercicio de las facultades de las autoridades competentes para expedir permisos de armas —en cualquiera de sus modalidades— ni tampoco se establece una relación clara entre el ejercicio de estas competencias con la consolidación de dinámicas de corrupción que favorezcan los intereses ilícitos inmersos en el tráfico de armamento en un marco transnacional. Sin embargo, si llama la atención el hecho de que la Estrategia hace un llamado general dentro de sus líneas de acción en esta materia a potenciar el control administrativo y la coordinación a nivel nacional de todos los actores implicados en la prevención y control de las armas de fuego y que hace reconocimiento expreso de la corrupción institucional como fenómeno delictivo de impacto.

5.2. *Estados Unidos*

La regulación del porte y uso de armas en Estados Unidos tiene un punto de partida determinante: la consagración del derecho constitucional a tener armas. Así las cosas, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha señalado en reiteradas ocasiones que este dere-

cho se encuentra ampliamente implantado en las tradiciones estadounidenses, toda vez que deriva del derecho reconocido en el *Bill of Rights* por virtud del cual se estableció que “[...] *the subjects which are Protestants may have arms for their defence suitable to their conditions and as allowed by law*” (Hernández, 2010: 135).

Este derecho ha sido ampliamente entendido como el predecesor de la Segunda Enmienda y en precedentes como el del caso *McDonald* contra Chicago, se ha destacado que el derecho a la posesión de armas “fue considerado no menos fundamental que el resto de los aprobados en el *Bill of Rights*”. (Hernández, 2010: 135). Valga resaltar que sobre el derecho a tener armas tanto federalistas como antifederalistas estaban de acuerdo en su carácter fundamental al derivar del derecho que, positivamente permitía poseer y portar armas y, negativamente, se restringía como sanción ante determinados comportamientos (*Ídem.*).

Posteriormente, en la Segunda Enmienda a la Constitución estadounidense se establece “que el derecho del pueblo a poseer y portar armas no debe ser infringido, al ser necesaria milicia bien preparada para garantizar la seguridad de un Estado libre” (*Íbid.*: 136), disposición que ha sido interpretada desde dos vertientes o perspectivas diferenciadas:

1. En primer lugar, una denominada como “teoría del derecho individual”, por virtud de la cual se considera que la Enmienda crea un derecho constitucional individual para los ciudadanos de los Estados Unidos y conforme a la cual los cuerpos legislativos no pueden prohibir la posesión de armas de fuego, de forma que la regulación prohibitiva y restrictiva resulta inconstitucional; y

2. En segundo lugar, se encuentra la teoría de los derechos colectivos, por virtud de la cual se entiende que la Segunda Enmienda no confiere a los ciudadanos un derecho individual a poseer armas y que, por lo tanto, los cuerpos legislativos locales, estatales y federales poseen la autoridad para regular las armas de fuego sin que ello implique algún tipo de interferencia sobre un derecho de raigambre constitucional (Cornell, 2021).

Esta última teoría fue adoptada desde 1939 en la sentencia *Estados Unidos v. Miller*, donde se reconoció que el Congreso podía

regular una escopeta que se había movido en el comercio interestatal bajo la Ley Nacional de Armas de Fuego de 1934 porque la evidencia no sugería que la escopeta tuviese alguna relación razonable con la preservación o eficiencia de una milicia bien regulada, precisando que la Segunda Enmienda se encuentra enfocada en garantizar la eficacia de las fuerzas armadas. Este precedente se mantuvo aplicable hasta el año 2008, puesto que en el caso *District of Columbia v. Heller*, al revisar la constitucionalidad de la prohibición de armas de fuego de Washington D.C., la Corte cambió su precedente y proclamó que la Segunda Enmienda establecía un derecho individual para los ciudadanos estadounidenses a poseer armas de fuego, procediendo a anular la prohibición de armas de fuego al considerar la norma como violatoria de ese derecho. En todo caso, este precedente debe entenderse enmarcado en el propósito respetuoso que los ciudadanos deben dar a las armas conforme a la ley (*Ídem.*).

Posteriormente en el año 2010 en la decisión del caso *McDonald v. Ciudad de Chicago*, se impugnó la constitucionalidad de la prohibición de armas de fuego de Chicago, que impedía la posesión de armas de fuego por parte de los ciudadanos, donde la Corte, sostuvo que la Segunda Enmienda se aplica a los estados a través de la doctrina de la incorporación. En el año 2016, en el caso *Caetano v. Massachusetts*, la Corte retomó el precedente del caso *Heller* y determinó que la Corte Judicial Suprema de Massachusetts se equivocó en las tres razones que ofreció para justificar que el estado podría prohibir la posesión personal o el uso de una “pistola paralizante” (*Ídem.*).

Así las cosas, es claro que el alcance del derecho contenido en la Segunda Enmienda determina la potestad que tienen las autoridades públicas en relación con la regulación y el porte de armas, donde, en la medida en que se tienda a una mayor incorporación de la teoría de los derechos individuales, las competencias regulatorias en esta materia serán más reducidas, lo cual incluye el poder de policía administrativa en el ámbito del otorgamiento de permisos para el porte y uso de armamento.

Sobre esto último, debe considerarse que el ejercicio de la potestad reguladora en Estados Unidos se caracteriza porque el poder de otorgar y exigir licencias está delimitado por las protecciones consti-

tucionales del federalismo, destacándose los límites derivados de la Primera Enmienda, por virtud de la cual las licencias requieren una legislación y reglamentos administrativos cuidadosamente elaborados para garantizar que su impacto sobre los derechos garantizados se minimice mientras se maximiza la promoción de políticas públicas específicas. Por lo demás, en Estados Unidos los poderes de concesión de licencias se ejercen simultáneamente por los gobiernos federal, estatal y local (Noblit & Hail, 2009).

Para el caso específico de los permisos o licencias de armas, debe tenerse en cuenta que en Estados Unidos cada estado cuenta con leyes propias sobre el porte de armas; sin embargo, de forma general, las regulaciones estatales se han enfocado en los siguientes puntos: (a) porte abierto o porte oculto⁵; (b) emisión de permisos para residentes y/o no residentes; y (c) porte constitucional sin permiso previo para residentes y/o no residentes (en la modalidad de porte oculto) (WPR, 2022).

En relación con las modalidades en que son emitidas las licencias en ejercicio de la potestad reguladora, debe destacarse que en nueve estados los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tienen una amplia discrecionalidad para decidir si emiten la licencia de portación oculta de armas, lo que se conoce como estados con leyes “que permiten emitir” (“*may issue*”). En otros treinta y dos estados hay poca o ninguna discrecionalidad, por lo que se los conoce como estados con leyes “que obligan a emitir” (“*shall issue*”), puesto que la licencia debe emitirse si el interesado cumple con los requisitos. En los nueve estados restantes, no es necesaria una licencia para portar un arma corta oculta; estos se denominan estados “de portación sin licencia” (Siegel, Xuan, Ross, Galea, Kalesan, Flegler & Goss, 2018: 1-2).

La diferencia entre las regulaciones que permiten emitir y las que obligan a emitir la licencia radica en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden usar su juicio o discrecionalidad al ejercer el poder de policía y tomar decisiones acerca de otorgar o de-

⁵ En el primer escenario se puede llevar un arma de fuego al aire libre mientras que en el segundo el arma debe estar oculta a la vista.

negar una licencia, mientras que en los estados que obligan a emitir la licencia, no interviene el juicio de quien la emite: la solicitud debe aprobarse, salvo que el solicitante tenga categóricamente prohibida la portación oculta de armas. Así las cosas, en el primer escenario el elemento de discrecionalidad se concreta en el juicio que realiza el funcionario frente a la “idoneidad” o “necesidad” de una persona de portar un arma oculta; por su parte, en el segundo escenario lo que se evidencia es una lista de prohibiciones categóricas y taxativas (Siegel, Xuan, Ross, Galea, Kalesan, Fleegler & Goss, 2018: 2).

En forma paralela a lo anterior, debe destacarse que a nivel federal la *Gun Control Act* (GCA) de 1968 exige que los ciudadanos y residentes legales tengan al menos 18 años de edad para comprar escopetas o rifles y municiones. Todas las demás armas de fuego, por ejemplo, pistolas, solo se pueden vender a personas mayores de 21 años. Los funcionarios estatales o locales pueden implementar restricciones de edad más altas, pero no pueden reducir el mínimo federal (Schuster, 2020).

Bajo este marco, la Oficina de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos (ATF), como una división del Departamento de Justicia, administra a nivel federal el cumplimiento de la GCA y regula los estándares para la emisión de licencias a vendedores de armas. Por su parte, las escopetas, rifles, ametralladoras, y silenciadores de armas de fuego están regulados por la Ley Nacional de Armas de Fuego de 1934 (*Ídem.*).

Ahora bien, en lo relacionado con la presencia de corrupción en la administración y el tráfico de armas desde una perspectiva criminal, son escasos los pronunciamientos y estudios que se han efectuado al respecto. Sin embargo, el Gobierno Estadounidense ha reconocido de manera general que las redes delictivas transnacionales, como los grupos del crimen organizado, los traficantes de drogas y los traficantes de armas comparten puntos de convergencia (lugares, empresas o personas) para “lavar” o convertir sus ganancias ilícitas en recursos legítimos, utilizando intermediarios financieros y compañías fachada para planificar negocios de armas y narcóticos, destacando especialmente a los casinos como puntos atractivos en jurisdicciones que carecen de voluntad política y supervisión idónea para regular las operaciones de estos establecimientos. Igualmente, se resalta que

las redes ilícitas abusan de manera similar de este tipo de figuras en regiones donde prevalece la corrupción gubernamental o policial, y los funcionarios reciben ingresos de los negocios criminales o participaciones de propiedad en la entidad comercial que parece legítima (National Security Council, s.f.).

Por otro lado, en otros estudios relacionados con el movimiento de armas provenientes de Estados Unidos, se han identificado dinámicas relacionadas con la corrupción de las autoridades involucradas en procesos de transporte de armamento, donde, a manera de ejemplo, los grupos criminales que transportaban armas a granel pagaban regularmente al personal en los puertos grandes para que “apagaran las máquinas de rayos X” o simplemente ignorasen el contenido a medida que estas pasaban (InSight Crime *et. al.*, 2017: 20).

Por otro lado, las denominadas ventas en exhibiciones de armas se han constituido como un recurso que reviste de licitud el tráfico de armamento y que, por lo demás, resulta rentable para personas que no cuentan con un empleo remunerado (*Ibid.*: 21).

Otra de las formas en que el tráfico ilícito de armas se oculta bajo una apariencia de legalidad radica en las compras militares legítimas, paquetes de ayuda que incluyen armas o el movimiento clandestino de armas a ejércitos delegados apoyados por el gobierno de los Estados Unidos (*Ibid.*: 23).

Ahora bien, bajo este panorama, en el cual no se evidencia con claridad el papel de la autoridad que otorga una licencia o permiso determinado, debe destacarse que, en lo relacionado con la prevención del crimen organizado transnacional, las políticas adoptadas por el gobierno norteamericano se han enfocado en la lucha contra los siguientes frentes: (a) terrorismo y tráfico de drogas; (b) inmigración ilegal y trata de personas; (c) tráfico de productos a través de fronteras internacionales; (d) delitos comerciales económicos; y (e) delitos financieros (CRS, 2004: 6).

Así las cosas, Estados Unidos se ha caracterizado principalmente por la implementación de medidas que dan prevalencia a un enfoque basado en el fortalecimiento y aplicación normativa (CFR, 2013); sin embargo, desde el año 2011 la estrategia para combatir el crimen organizado transnacional se amplió con el objetivo de complementar

esta visión (adoptada principalmente por el Departamento de Justicia para Combatir el Crimen Organizado Internacional y otras iniciativas de seguridad federal).

De esta forma, la estrategia actual está organizada en torno a un único principio unificador: construir, equilibrar e integrar las herramientas del poder estadounidense para combatir el crimen organizado transnacional y las amenazas relacionadas a la seguridad nacional, e instar a sus socios extranjeros a hacer lo mismo (Ott, 2012: 3 *et. seq.*). Bajo este marco, se destacan la adopción de medidas como la congelación de activos y la penalización de ayudas económicas, como estrategias innovadoras que se imponen contra actores (estatales y no estatales) que se encuentran listados dentro del anexo de la Orden Ejecutiva 1358 de 2011, proferida por el presidente Obama y que se configura como la pieza normativa principal que habilita la imposición de este tipo de sanciones. Igualmente, con base en la mencionada orden ejecutiva los infractores pueden ser sancionados con multas de hasta un millón de dólares o condenados a veinte años de prisión (CFR. 2013).

Debe señalarse que la Orden Ejecutiva bloquea la propiedad y los intereses de propiedad de entidades específicas que se enumeran en su Anexo. También bloquea a las personas y entidades que el Secretario de Hacienda, en consulta con el Fiscal General y el Secretario de Estado, determine⁶ que son organizaciones criminales transnacionales importantes o que se determine, han brindado apoyo material para dichas organizaciones, o que son propiedad o están controladas por estas (Ott, 2012: 3 *et. seq.*).

Por otro lado, Estados Unidos reconoce que en materia de prevención resultan de toda la relevancia cinco acuerdos internacionales que brindan un alcance global a los esfuerzos de Gobierno Norteamericano para combatir el crimen organizado transnacional y la corrupción: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC), sus tres protocolos complementarios contra la trata de personas, el tráfico de migrantes

⁶ Estas personas y entidades están designadas a la Lista de Nacionales Especialmente Designados (SDN) del Tesoro. (Ott, T. 2012: 3 *et seq.*).

y el tráfico ilícito de armas de fuego, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC). Estados Unidos apoya el marco provisto por estos instrumentos, especialmente en lo que respecta a enjuiciar e investigar el crimen y la corrupción transnacionales, participar en la asistencia legal mutua y complementar los tratados bilaterales de extradición. Bajo esa perspectiva, el Gobierno Norteamericano afirma que el mayor desafío que queda es promover una implementación más amplia de las Convenciones apoyando el desarrollo de capacidades y alentando a los socios internacionales a dedicar el capital político y los recursos necesarios para hacer realidad el potencial de los mencionados instrumentos (Presidencia de los Estados Unidos, 2011: 28)

En materia de tráfico ilegal de armamento, en Estados Unidos ningún estatuto federal convierte el tráfico de armas en un delito federal. En ese sentido, la ley federal hace que ciertas personas, como aquellas condenadas por delitos graves, no sean elegibles para comprar o poseer armas de fuego, puesto que se establece que es ilegal que cualquier persona venda o se deshaga de un arma de fuego a otra persona si el vendedor tiene “causa razonable para creer” que esta se encuentra incurso dentro de alguna de estas categorías. Así las cosas, la ley federal solo requiere que los comerciantes con licencia, y no los vendedores privados sin licencia, realicen verificaciones de antecedentes de los compradores y mantengan registros de ventas. Como resultado, las armas a menudo se venden o transfieren a personas peligrosas a pesar de que no son elegibles para comprar o poseer armas de fuego (Gifford Law Center, s.f.).

Igualmente, las normas federales establecen que la ATF debe mantener y operar el Centro Nacional de Rastreo para procesar las solicitudes de agencias policiales federales, estatales, locales y extranjeras para el rastreo de armas de fuego. Sin embargo, esta competencia se encuentra obstaculizada por las denominadas “enmiendas Tiahrt”, por virtud de las cuales se prohíbe que la ATF divulgue datos de rastreo de armas de fuego para uso de ciudades, estados, investigaciones, litigantes y el público en general (*Ídem.*).

En todo caso, durante el año 2021 el Gobierno de Joe Biden anunció la adopción de un nuevo modelo de estrategia comprensiva para combatir la criminalidad y violencia armada, por medio de la cual se

adoptarán medidas tendientes al fortalecimiento de los esfuerzos de la ATF para detener el flujo de armas de fuego utilizadas en delitos, y el lanzamiento fuerzas de ataque multijurisdiccionales para detener el tráfico ilegal de armas a través de las fronteras estatales (Casa Blanca, 2021).

La mencionada estrategia se encuentra enfocada entonces en:

1. Detener el flujo de armas de fuego utilizadas para cometer actos de violencia, incluso responsabilizando a los traficantes de armas de fuego deshonestos por violar las leyes federales;
2. Apoyar a las fuerzas del orden locales con herramientas y recursos federales para ayudar a abordar los delitos violentos de verano;
3. Invertir en asuntos de violencia comunitaria;
4. Ampliar los programas de verano, las oportunidades de empleo y otros servicios y apoyos para adolescentes y adultos jóvenes; y
5. Ayudar a las personas anteriormente encarceladas a reingresar con éxito a sus comunidades (*Ídem.*).

En cuanto al fortalecimiento de la ATF en el ejercicio de sus competencias se buscará un aumento del presupuesto destinado a aumentar la cantidad de inspecciones y acciones de ejecución en todas las divisiones de campo del país. La estrategia también plantea la posibilidad de proporcionar al público datos adicionales para promover la transparencia y la rendición de cuentas en la aplicación de las políticas de los distribuidores de armas de fuego con licencia federal. La ATF publicará información más detallada sobre los resultados de la inspección y las medidas de cumplimiento para mostrar la cantidad de inspecciones realizadas en cada división de campo, la cantidad de inspecciones que identificaron infracciones y las medidas adoptadas por la ATF con el fin de promover la transparencia y la rendición de cuentas para el cumplimiento de las leyes de armas existentes (*Ídem.*).

A nivel práctico, la estrategia también procura que se detenga la proliferación de “armas fantasmas” y armas de fuego modificadas que actualmente eluden las leyes de armas y buscará convocar a los legisladores estatales y los fiscales generales con respecto a las estrategias de políticas para responsabilizar a los vendedores y fabricantes

de armas por sus contribuciones al flujo de armas criminales y por la incursión en conductas indebidas no previstas en la ley (*Ídem.*).

Finalmente, el marco legal que viene de presentarse fue complementado en el año 2022 por parte del Congreso estadounidense, que presentó una nueva iniciativa que, a raíz de los tiroteos ocurridos en distintas escuelas a lo largo del territorio, busca frenar la violencia con armas de fuego mediante la implementación de medidas más restrictivas y la destinación de recursos públicos a fondos para la salud mental y la seguridad escolar. De esta forma, la denominada *Bi-partisan Safer Communities Act* incorpora una serie de medidas, tales como:

1. Establecer un fondo para que los estados implementen leyes que limiten el acceso de individuos a armas de alta peligrosidad y para financiar iniciativas de prevención de violencia;

2. Incorporar al Sistema Nacional de Verificación Instantánea de Antecedentes Penales (NICS) de los maltratadores condenados por violencia doméstica,

3. Aclarar el concepto e “distribuidor de armas de fuego con licencia federal” al determinar qué vendedores deben registrarse, realizar comprobaciones de antecedentes y mantener registros;

4. Implementar un sistema de revisión de los registros de policía y de antecedentes de salud mental para compradores menores de 21 años; y, bajo esta línea,

5. Promover la inversión para implementar programas de prevención de crisis, promoción de la salud mental, ampliación de acceso a servicios de salud mental (incluyendo telemedicina) y servicios especializados de apoyo en escuelas y familias afectadas por hechos violentos que involucran el uso de armas (Murphy, 2022).

Sin embargo, estas previsiones se oponen al también reciente fallo *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, proferido el día 23 de junio de 2022, por la Corte Suprema de Estados Unidos (2022) y por virtud de la cual se retomó la doctrina individualista y se anuló el requisito consistente en formular una causa o razón justificada para obtener una licencia sin restricciones que permita portar armas de fuego ocultas. Lo anterior en consideración a que la mencionada

restricción impide a los ciudadanos respetuosos de la ley, con necesidades ordinarias de autodefensa, la posibilidad de ejercer el derecho constitucional previsto en la Segunda Enmienda.

Ahora bien, como puede observarse, ni en la ley federal ni en el marco de la estrategia para combatir el crimen organizado transnacional en la modalidad de prevención y lucha contra el tráfico ilegal de armas, se evidencia la adopción de alguna medida relacionada con la regulación de las potestades de las autoridades locales y federales competentes para la expedición de licencias o permisos. En otras palabras, no se evidencia la formulación de alguna medida que adopte un enfoque preventivo desde la perspectiva del ejercicio de las facultades de las autoridades competentes para expedir permisos de armas —en cualquiera de sus modalidades— ni tampoco se establece una relación clara entre el ejercicio de estas competencias con la consolidación de dinámicas de corrupción que favorezcan los intereses ilícitos inmersos en el tráfico de armamento en un marco transnacional.

5.3. Francia

En Francia no existe un derecho de orden constitucional para portar, poseer u usar armas. Sin embargo, el comercio de armas se ha consolidado como una de las exportaciones más lucrativas en este país desde 1960, época en la cual el país adoptó la doctrina de que la venta de armas es esencial para la autonomía estratégica del país. Por lo demás, se ha reconocido que la venta de armas ha dado lugar a que Francia consolide una importante presencia diplomática y socios comerciales estratégicos que le garantizan estabilidad y la posibilidad de combatir más eficientemente el terrorismo para mantener la seguridad nacional (ADHRB, 2020).

Así las cosas, Francia ha reafirmado la adopción de una política liberal en cuanto a la exportación de armas para asegurar la soberanía del país, razón por la cual ha buscado mantener la independencia de su industria de defensa, que, por lo demás, es una importante fuente de empleo (ADHRB, 2020). No obstante, la obtención de armas en Francia está sujeta a la observancia de ciertos procedimientos y requisitos, destacándose en primer lugar la obligatoriedad desde el

año 2013 de que todas las armas se encuentren registradas en la prefectura —oficina de la administración del Estado— (Bryan, 2018).

En Francia la legislación sobre el control de armas de fuego comprende una gran multiplicidad de instrumentos, tales como el Código de Seguridad Interior, el Decreto Núm. 2013-700 de 30 de julio de 2013 sobre la Implementación de la Ley Núm. 2012-304 de 6 marzo 2012 sobre el Establecimiento de un Sistema de Control de Armas Moderno, Simplificado y Preventivo, el Código de Defensa, la Orden de 2007 sobre la Creación de la Aplicación para el Manejo de los Archivos Computarizados de los Dueños y Poseedores de Armas, el Decreto de 2014 sobre las exportaciones de armas de fuego, la Orden de 15 de noviembre de 2000 sobre la destrucción de armas de fuego por armeros, la ordenanza 2004-1374 de 20 de diciembre de 2004 relativa a la parte legislativa del Código de Defensa (que derogó el Decreto-Ley de 18 de abril de 1939) sobre armas de guerra, armas de fuego y municiones, la Directiva 2021/555 relativa al control de la adquisición de armas, la Regulación de la Unión Europea de armas de fuego de 2012, la Posición Común sobre el control de corretaje de armas de 2003 y el Convenio para el reconocimiento recíproco de punzones de prueba de armas de fuego portátiles, de 1 de julio de 1969. Igualmente, y como miembro de la Unión Europea, Francia está comprometida con la observancia de la “Directiva de la Unión Europea sobre armas de fuego” de 2007, relativa al control de la adquisición y tenencia de armas (Alpers, Picard, & Mourlevat, 2021).

Derivado de estas normas, los solicitantes de licencias de armas de fuego deben demostrar una legítima razón para poseer un arma, por ejemplo: caza, tiro al blanco, protección personal, seguridad y colección⁷ (*Ídem*). Bajo ese entendido, la legislación francesa prevé varias

⁷ Adicionalmente, debe resaltarse que las figuras más comunes bajo las cuales se posibilita la tenencia de armas en Francia es mediante el otorgamiento de licencias de caza o si la persona cuenta con un permiso especial luego de seis meses de práctica en clubes de tiro. Igualmente, muchas personas poseen armas de la Primera y la Segunda Guerra Mundial, donde debe destacarse que no en todos los casos existe certeza sobre el registro de las mismas (Alpers, Picard & Mourlevat, 2021).

categorías de armas conforme a las cuales, se establecen requisitos diferenciados para su adquisición⁸:

Para adquirir un arma categoría D, se tiene que cualquier persona mayor de edad puede poseer cualquier escopeta de balines, con la munición correspondiente, así como todos los accesorios destinados a las mismas sin requerimiento adicional. En el caso de menores de edad, estos no están autorizados a comprar los productos a través de internet.

En cuanto a las armas de categoría C y sus municiones, se requiere ser mayor de edad, no estar inscrito en el registro nacional de personas prohibidas para adquirir y poseer armas, tener un boletín No.2 de antecedentes penales que no contenga condenas por asesinato, magnicidio, tortura o actos de barbarie, violencia voluntaria, violación o agresión sexual, tráfico de estupefaciente, no señalarse con un comportamiento que dé lugar al temor objetivo de que el uso del arma sea peligroso para uno mismo o para los demás, presentar un permiso de caza expedido en Francia, o una licencia de tiro válida, de una federación deportiva aprobada por el ministerio encargado de los deportes para la práctica del tiro o tiro al plato o presentar un certificado médico de menos de un mes para armas de categoría C3.

Para tener un arma de categoría C3 en casa esta se debe guardar en un gabinete seguro o resistente adecuado para el tipo de equipo que posee, quitarle una parte esencial dejándola inmediatamente inutilizable y mantener esta parte separada, o cualquier otro dispositivo que impida la extracción del arma y la munición debe mantenerse separada del arma en condiciones que prohíban el libre acceso.

En relación con la formación destinada al uso seguro de las armas, se requiere la realización de un curso práctico y/o teórico por parte del solicitante siempre que este enfrente serios riesgos debido a su actividad profesional (Alpers, Picard, & Mourlevat, 2021).

Ahora bien, las autoridades que tienen incidencia en el otorgamiento de LPA de armas en Francia son el Ministerio de Defensa, Interior, Industria, Aduanas, y Deportes, la Prefectura, la Policía Nacional, la Gendarmería Nacional, y la Comisión Europea. Estas autoridades mantienen un registro de las personas civiles con licencia para adquirir, poseer, vender o transferir armas de fuego o municiones puesto que la ley establece que debe existir un registro oficial de la adquisición, posesión y transferencia de cada arma en manos privadas. Sin embargo, este registro no es exclusivo de las autoridades, puesto que los vendedores de armas de fuego deben llevar un

⁸ Vid: <https://www.armurerie-loisir.fr/content/18-legislation>

registro de la adquisición de cada arma de fuego o municiones, venta o transferencia en nombre de la autoridad competente y los fabricantes de armas de fuego son requeridos para tener un registro de cada arma de fuego producida para que sean inspeccionadas por una autoridad competente (Alpers, Picard, & Mourlevat, 2021).

Para controlar el número de armas ilegales en circulación, las mencionadas autoridades no solamente han implementado sistemas de rastreo y procedimientos de localización de armas con base en la marca inconfundible de identificación que deben tener estas, sino que, además, han promovido programas de entrega voluntaria de armas de fuego, y/o programas de incautación de armas para reducir el número de armas de fuego ilegales en circulación (*Ídem.*).

En forma paralela a todo lo que viene de exponerse, debe destacarse que Francia tiene un régimen especializado y bien desarrollado en cuanto a las licencias de exportación de armas, caracterizado por basarse en los imperativos nacionales de soberanía y de seguridad, así como en los compromisos internacionales en cuestión de control de armamentos, de desarme y de no proliferación (Ministerio para Europa y de Asuntos Exteriores, 2014). El sistema de licencias de exportación, establecido en la Orden Núm. 2004-1374 del 20 de diciembre de 2004, se edifica entonces sobre una base o principio prohibitivo por virtud del cual la exportación de material bélico está prohibida por regla general, salvo en caso de que se autorice. Además, la producción, el comercio y el almacenamiento de material bélico solo se pueden llevar a cabo tras haber recibido la autorización del Estado y bajo su control, estableciendo para el efecto un sistema de licencias⁹ por etapas y una coordinación interministerial permanente, conforme a los cuales la licencia la expide el Ministerio de Defensa luego de una investigación previa en los servicios de seguridad y el control de las exportaciones de material bélico y material equivalente, basándose en decisiones tomadas

⁹ Ahora bien, para la expedición de este tipo de licencia especial se define como material bélico cualquier sistema, subconjunto, equipo o componente diseñado o modificado especialmente para un uso militar, así como el material especialmente diseñado o modificado para su fabricación, su entorno y su mantenimiento (Ministerio para Europa y de Asuntos Exteriores, 2014).

por el Primer Ministro, previo dictamen de la Comisión Interministerial de Estudio de Exportaciones de Material Bélico (Ministerio para Europa y de Asuntos Exteriores, 2014).

Por su parte, en el Decreto Núm. 2014-62 de 28 de enero de 2014, sobre Exportación de Armas de Fuego, Municiones y sus Componentes, que Implementa el Reglamento de la Unión Europea Núm. 258/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de marzo de 2012, se establece que en la actualidad la autorización de exportación es otorgada por el Ministro encargado de Aduanas, previa opinión favorable, según sus respectivas competencias, del Ministro de Defensa, el Ministro del Interior o el Ministro de Relaciones Exteriores y reviste las siguientes modalidades: (a) Licencia simple otorgada a un exportador designado para el envío, a un usuario final o consignatario, de una o más armas de fuego, municiones y sus componentes; (b) Licencia Múltiple otorgada a un exportador designado para el envío, una o varias veces, a un usuario final o destinatario, de una o más armas de fuego, municiones y sus componentes; y (c) Licencia Global otorgada a un exportador designado para el envío, una o varias veces, a usuarios finales o destinatarios, de una o muchas armas de fuego, municiones y sus componentes.

La mencionada licencia se expide por medio físico o eventualmente en versión digital y, en todo caso, su carácter es intransferible.

Debe destacarse que el Decreto Núm. 2014-62 de 28 de enero de 2014 se entiende enmarcado dentro de las directivas derivadas de la denominada Posición Común de la Unión Europea en 2008, de conformidad con la cual, se establecen ocho criterios de decisión, que los Estados miembros se comprometen a respetar cuando estudian las solicitudes de exportación de armas (Ministerio para Europa y de Asuntos Exteriores, 2014): (a) respeto por parte del destinatario de los compromisos internacionales; (b) respeto de los derechos humanos; (c) situación interna del país de destino final; (d) mantenimiento de la paz, la seguridad y la estabilidad regionales; (e) seguridad nacional de los Estados miembros y de los países amigos y aliados; (f) comportamiento del país comprador frente a la comunidad internacional, sobre todo en lo que se refiere a su actitud frente al terrorismo; (g) Existencia de riesgo de que se desvíe material dentro del país comprador o de que se reexporte en condiciones no de-

seadas; y (h) Compatibilidad de las exportaciones de armas con la capacidad técnica y económica del país receptor. La Posición Común prevé además un mecanismo de notificación de las denegaciones y de consulta cuando un Estado se plantea autorizar una “transacción esencialmente idéntica” denegada por otro Estado miembro en los tres años anteriores. Este mecanismo supone un instrumento de convergencia importante.

En cuanto a la lucha contra la corrupción y el crimen organizado transnacional, Francia adoptó el 9 de marzo de 2004 la *Loi Perben II*, la cual promueve la adaptación de la justicia y complementa la legislación penal existente y, de conformidad con la evolución de la delincuencia organizada transnacional, en sus artículos 6 al 13 establece los mecanismos destinados a combatir este fenómeno en el área del terrorismo, el lavado de activos, el tráfico de armas, fabricación de armas de destrucción o sustancias tóxicas y sanciona conductas relacionadas con el ocultamiento de información a autoridades públicas o con conductas que obstaculicen la labor de investigación respecto de personas relacionadas con este tipo de delitos.

Dentro de los artículos destinados a la regulación de los instrumentos de lucha contra el crimen organizado transnacional, la única referencia expresa al delito de corrupción se encuentra en el artículo 695-23, el cual establece los supuestos en que por regla general se denegará la ejecución de una orden de detención europea, determinando como excepción aquellos actos que, conforme a la ley del Estado miembro emisor, sean punibles con una sanción privativa de la libertad igual o superior a tres años y que pertenezcan a una de las siguientes categorías de delitos: (a) participación en una organización delictiva; (b) terrorismo; (c) tráfico de seres humanos; (d) explotación sexual de niños y pornografía infantil; (e) tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; (f) tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; y (g) corrupción.

En efecto, la norma solo incorpora disposiciones expresas en materia de tráfico ilícito de armamento, estableciendo, además de lo previsto en el referido artículo 695-23, que cuando los actos previstos en el art. L. 233-1 se hayan cometido en circunstancias que expongan directamente a otros a un riesgo de muerte o lesiones que puedan causar mutilación o invalidez permanente, serán sancionados con

cinco años de prisión y multa de 75.000 euros y en la pena adicional prevista en los num. 4 y 5 de la ley, consistentes en la prohibición de poseer o portar, por un período máximo de cinco años, un arma sujeta a autorización y la incautación de una o más armas de las que sea titular el condenado o de las que tenga libre disposición.

Igualmente, en Francia se ha adoptado el denominado *Livre Blanc Défense et Sécurité Nationale*, el cual identifica al crimen organizado transnacional como una amenaza nacional para la seguridad y la economía del país y define la estrategia de seguridad francesa en clave de la disuasión de esta amenaza, fortaleciendo los mecanismos y las capacidades comunes, haciendo un esfuerzo adicional en los denominados países de origen o foco y acudiendo a la figura de una diplomacia comprometida e integral, al servicio de las amenazas a la seguridad (Barras, 2014: 296). Igualmente, a través de este documento, Francia busca promover un esquema de seguridad europea mediante la armonización de las diferentes políticas sectoriales que afectan a la seguridad, a través de los mecanismos ya creados durante estos años por la Unión Europea (*Ídem.*).

Sin embargo, como puede observarse, ni en la ley ni en el marco de la estrategia para combatir el crimen organizado transnacional en la modalidad de prevención y lucha contra el tráfico ilegal de armas, se evidencia la adopción de alguna medida relacionada con la regulación de las potestades de las autoridades competentes para la expedición de licencias o permisos. En otras palabras, y al igual que en el caso norteamericano, no se vislumbra la formulación de alguna medida que adopte un enfoque preventivo desde la perspectiva del ejercicio de las facultades de las autoridades competentes para expedir permisos de armas —en cualquiera de sus modalidades— ni tampoco se establece una relación clara entre el ejercicio de estas competencias con la consolidación de dinámicas de corrupción que favorezcan los intereses ilícitos inmersos en el tráfico de armamento en un marco transnacional.

5.4. *Análisis comparado*

Visto todo el panorama de los países que vienen de estudiarse en este primer segmento, son varios los elementos que pueden identificarse en relación con el ejercicio del poder de policía administrativa

en el ámbito de la expedición de LPA en sectores sensibles, como es el caso del uso y porte de armas.

Bajo este entendido, es claro que en aquellos países en que existe un fundamento constitucional o legal por virtud del cual sea posible hablar de la configuración de un derecho a las armas, el poder de policía y la potestad reguladora de la administración en este ámbito se ven sustancialmente reducidos, limitándose a la intervención en cuestiones básicas destinadas al mantenimiento del orden público y la adecuada convivencia de quienes poseen y utilizan armas en diferentes actividades lícitas. Igualmente, la regulación relacionada con el comercio y exportación se flexibiliza, puesto que, se reitera, en la medida en que no sea posible reducir por vía del poder de policía el núcleo esencial de los derechos constitucional y legalmente reconocidos a portar y usar armas, el ámbito de actividades relacionadas con este tipo de objetos, tales como la fabricación y la comercialización también están llamadas a tener un mayor grado de expansión.

En contraposición, en aquellos países en los cuales no se reconoce un derecho constitucional o legal a tener armas, y por el contrario, se establece un esquema de control estatal expansivo—inclusive monopolístico— en el que las autoridades competentes tienen injerencia en todo el proceso de fabricación, comercialización, exportación, transporte, posesión y uso de armas, es evidente que el poder de policía administrativa se acrecienta en forma sustancial y son pocos los espacios que quedan fuera de su órbita de acción.

Bajo esta doble perspectiva, Estados Unidos se presenta como un caso paradigmático en esta materia, puesto que, al consolidarse como el único estado no latinoamericano que reconoce expresamente un derecho constitucional a la tenencia de armas, termina por materializar en su legislación en materia de LPA dos tendencias (individualista y colectivista) según el reconocimiento que de este derecho se predique en cabeza de particulares o de la comunidad, con las consecuencias que ello implica para la potestad regulatoria administrativa, que en el primer escenario sería inconstitucional y en el segundo sería admisible siempre que no implique una injerencia indebida sobre el derecho de la comunidad a defenderse.

Igualmente, Estados Unidos muestra un claro panorama en el que los poderes estatales podrán ejercerse en ciertos estados bajo un marco discrecional (bajo el cual las LPA podrán otorgarse) o bajo un marco reglado (bajo el cual las LPA deben otorgarse si se cumplen los requisitos para ello). Esto resulta determinante, puesto que evidencia las particularidades propias de un estado federado, más aún si se tiene en cuenta que los poderes de concesión de licencias se ejercen simultáneamente por los gobiernos federal, estatal y local. Así las cosas, la regulación de los LPA en materia armamentista en Norteamérica refleja esa complejidad en un abundante entramado normativo producido en los estados federados que resulta difícil de sintetizar y armonizar en todos los casos. A manera de ejemplo, valga traer a colación el caso de la ATE, que como un ente especializado en materia armamentista cuenta con facultades para el rastreo de armas de fuego, pero, a su vez, se ve limitada por la existencia de normas que impiden su divulgación generalizada por motivos de confidencialidad (enmiendas Tiaht).

Estados Unidos también marca una pauta importante en relación con las medidas de lucha contra la corrupción y el crimen organizado transnacional, puesto que, por medio de la congelación de activos y la penalización de ayudas económicas previstos en la orden ejecutiva 1358 de 2011 se puede llegar a generar un impacto importante sobre la forma en que se efectúa el tráfico ilegal de armas en esta nación.

Por su parte, Francia se diferencia de Estados Unidos en cuanto a la concepción del derecho a usar o tener armas, el cual no cuenta en este país con un reconocimiento constitucional, lo cual demarca un campo de acción más amplio para el ejercicio de las competencias de las autoridades en materia de otorgamiento de LPA en materia de armas y para la implementación de un procedimiento sujeto al cumplimiento de requisitos preestablecidos en la ley. Sin embargo, debe llamarse la atención en el hecho que esta potestad reglada se ha concentrado en dar respuesta a una amplia variedad de circunstancias específicas, lo cual ha dado lugar a que se materialice en una multiplicidad de normas tan extensa que, puede generar problemas de armonización y de comprensión sobre el real alcance de las facultades de las autoridades competentes en relación con la expedición de LPA en materia de armas. Recuérdese que en este tipo de trámites tienen

participación el Ministerio de Defensa, Interior, Industria, Aduanas, y Deportes, la Prefectura, la Policía Nacional, la Gendarmería Nacional, y la Comisión Europea, lo cual puede generar dispersión y confusión en los solicitantes y constituir un campo propicio para la proliferación de prácticas corruptas al interior de la administración.

Por otro lado, desde la normatividad francesa se materializa de forma clara y expresa la figura del registro oficial de la adquisición, posesión y transferencia de armas, el cual no es alimentado exclusivamente por las autoridades antes nombradas, sino también por comerciantes y fabricantes, lo cual puede constituir un aporte positivo siempre que se encuentre garantizado un control sobre la veracidad de la información consignada y la coherencia entre los registros efectuados por autoridades y particulares autorizados para el efecto.

Ahora, teniendo en cuenta el enfoque económico que subyace a la exportación de armas como una importante rama del comercio, Francia ha implementado un sistema de licencias por etapas y un esquema de coordinación interministerial permanente. Sin embargo, resultaría importante determinar la incidencia de este sistema por etapas en la reducción de índices de corrupción administrativa en el trámite de LPA y viabilizar la posibilidad de replicar este esquema en otros escenarios que impliquen la comercialización de armamento.

En el caso español, a nivel constitucional se establece que solamente el Estado es competente respecto del régimen de armas, de modo que la potestad policiva se materializa con mayor intensidad en el otorgamiento de LPA para la tenencia y uso de armas a través del establecimiento de requisitos restrictivos que deben cumplirse en su totalidad por los solicitantes. Dichos requisitos se encuentran dispuestos en normas de gran extensión, pero que se encuentran sistematizadas en forma concreta, lo cual contribuye a evitar la dispersión legislativa o reglamentaria que se evidenció en los otros países estudiados.

La rigurosidad de los mencionados requisitos también es una característica importante de la regulación española. Sin embargo, algunos de estos, relacionados con la comercialización de armas pueden dar lugar a interpretaciones subjetivas, como es el caso de la comprobación de la "integridad privada y profesional" de armeros y corredores autorizados o la aplicación del criterio preventivo, confor-

me al cual vendedores y corredores autorizados pueden abstenerse de efectuar cualquier transacción que consideren “razonablemente como sospechosa”.

Por otro lado, dentro de la legislación española debe destacarse que, la normatividad expresamente establece que la vigencia de las licencias o autorizaciones concedidas, está condicionada al mantenimiento de todos los requisitos exigibles en cada caso, siendo revocables o extinguidos en cualquier momento en caso de incumplimiento, lo cual es de gran relevancia para efectos de la distinción doctrinal entre LPA que fue planteada al inicio de este estudio.

Ahora, de manera general, en las políticas y normas de cada país no latinoamericano estudiado se evidenció que no existen instrumentos diseñados para prevenir específicamente la corrupción desde la perspectiva de las competencias de las autoridades implicadas en la expedición de LPA para el uso y porte de armas. En otras palabras, se evidencia que las medidas adoptadas se encuentran diseñadas para responder a las amenazas externas al ejercicio del poder de policía, tendiendo a la neutralización de los grupos criminales y otros agentes y a las malas praxis generadas desde las dinámicas propias de la criminalidad. Sin embargo, no se evidencia la formulación de políticas e instrumentos que inviten a repensar o cuestionar la gestión de las autoridades investidas de poder policivo en este tipo de asuntos, lo cual implica que no existen medidas claras que procuren la corrección de aquellos factores endógenos que, desde la administración, pueden dar lugar a que se viabilicen prácticas corruptas en el marco del otorgamiento de LPA.

Podría decirse que en este conjunto de países el mayor avance logrado sobre este tema lo ha consolidado España al reconocer expresamente en su “Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019-2023” que las falsificaciones documentales constituyen una dinámica delictiva que acompaña en forma conexas el crimen organizado y la delincuencia grave que orbitan en torno al tráfico de armas, abriendo el camino para formular parte de las soluciones que pueden tomarse para generar acciones preventivas y correctivas al interior de la administración (por ejemplo, determinar como el actuar de la administración en el trámite de LPA favorece o no que este tipo de acto administrativo sea susceptible de falsificación en manos criminales).

Por otro lado, al analizar los instrumentos adoptados para prevenir y sancionar las conductas enmarcadas en la dinámica del crimen organizado transnacional, tampoco se evidencia un diagnóstico por virtud del cual se establezca una correlación entre la corrupción administrativa y el fortalecimiento del delito —en este caso, el tráfico ilegal de armas— y, consecuentemente, tampoco se evidencia la existencia de ninguna norma o regulación tendiente a la promoción de la transparencia y la probidad en la tramitación de LPA y mucho menos a la sanción de actos de corrupción administrativa

De esta forma, en el conjunto de países no latinoamericanos estudiados, es posible afirmar que todavía no existen medidas a nivel interno e internacional que, de forma clara y contundente, promueven la prevención y sanción de conductas asociadas al crimen organizado transnacional —como es el caso del tráfico de armas— desde una perspectiva enfocada en el ejercicio de las potestades de regulación de la administración y su potencial para generar dinámicas corruptas con eventual incidencia a nivel internacional.

6. SISTEMAS LATINOAMERICANOS

Una vez abordado el estudio de los esquemas de otorgamiento de LPA en países no latinoamericanos, en el presente acápite se procederá a realizar el mismo análisis, pero partiendo de la perspectiva de los países latinoamericanos.

Así las cosas, es necesario partir de un punto cardinal: la mayoría de los países latinoamericanos que serán objeto de estudio en este apartado se identifican con el modelo español de otorgamiento de LPA, es decir, en la mayoría de los países a estudiar la administración pública se encuentra investida de amplias facultades policivas que, a su vez, se soportan en un marco legal y regulatorio amplio que le abre paso a un campo sustancioso de intervención en la esfera privada, especialmente en materia armamentista, donde la actividad estatal se caracteriza por tener un amplio alcance.

A pesar de lo anterior, los países latinoamericanos representan los espacios en que las armas producidas “lícitamente” en países de

otras latitudes se desvían hacia mercados y actividades ilícitas. De esta forma, el tráfico de armas se constituye en Latinoamérica como el “motor” violento y de coerción de las organizaciones criminales, para el desarrollo de sus actividades ilegales, especialmente el narcotráfico, cuando se trata de mantener la territorialidad de este tipo de dinámica (PACCTO, 2021: 47).

De hecho, tal como lo destaca la Organización de las Naciones Unidas, en la región de América Latina y el Caribe, Colombia y Argentina fueron los países que reportaron las mayores cantidades de armas de fuego incautadas. Bajo este contexto América es la región con la proporción más elevada de pistolas (en promedio, el 52%) y revólveres (el 24%) entre las armas de fuego incautadas (UNODC, 2020: 24).

Con base en lo anterior se ha afirmado que el objetivo principal de los operativos realizados por las autoridades de los países latinoamericanos ha consistido en establecer el origen de las armas incautadas. Sin embargo, en la actualidad este no es un tema que se ubique en la agenda prioritaria de los países estudiados (PACCTO, 2021: 47-48) y, tal como se expondrá en detalle, no ha sido objeto de mayor desarrollo desde la relación que guarda el ejercicio del poder de policía de la administración con fenómenos de corrupción asociada al COT.

6.1. Argentina

En Argentina existe un debate sobre si constitucionalmente se admite la consagración de un derecho fundamental a poseer armas o no. Así las cosas, el art. 21 de la Constitución Argentina establece que todo ciudadano tiene el deber de armarse en defensa de la Patria, observando las leyes y decretos que sean expedidos para el efecto:

Art. 21: Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía.

Derivado de lo anterior, la doctrina ha identificado que en la historia argentina el Estado ha sostenido un ideario político basado en la defensa nacional, donde se aceptaba que el ciudadano portara armas de fuego para uso deportivo, defensa individual y también para contribuir en forma mediata con la defensa de los intereses nacionales. De este modo, señala Barcat que el esquema regulatorio argentino consistía en sancionar la posesión y uso de explosivos y armas destinados a la comisión de delitos (Barcat, 2020: 241).

En la actualidad esta doctrina se ha morigerado y se reconoce que, si bien el Estado es el único operador responsable de la seguridad de las personas, se sustituye el concepto de defensa individual al reconocerse que el arma de fuego es un objeto productor de riesgo que afecta directamente a cada individuo e, indirectamente, a la seguridad de la sociedad, lo cual se traduce en programas de reducción de excedentes, desarme individual y participación ciudadana en el procedimiento regulatorio del usuario individual (*Ídem.*) y también en un cambio de perspectiva en el ejercicio del poder de policía en lo relacionado con la concesión de LPA, que se materializa en la denominada Ley Nacional de Armas y Explosivos (Ley N° 20.429 de 21 de mayo de 1973).

La mencionada Ley conforme a las disposiciones de su art. 1 aplica para la “adquisición, uso, tenencia, portación, transmisión por cualquier título, transporte, introducción al país e importación de armas de fuego y de lanzamiento a mano o por cualquier clase de dispositivo, agresivos químicos de toda naturaleza y demás materiales que se clasifiquen como armas de guerra, pólvoras, explosivos y afines, y armas, municiones y demás materiales clasificados de uso civil”, excluyendo de su alcance las armas, materiales y sustancias correspondientes a las Fuerzas Armadas de la Nación y las armas blancas que no se encuentren clasificadas como armas de guerra.

La Ley Nacional de Armas también es explícita en su art. 4 en cuanto al ejercicio de la facultad de fiscalización e inspección por parte del Ministerio de Defensa como autoridad competente, que en lo relacionado con “armas de guerra” e importación de “armas de uso civil” ejercerá esta competencia por intermedio del Registro Nacional de Armas y en lo relativo a pólvoras, explosivos y afines, por la Dirección General de Fabricaciones Militares.

En línea con lo anterior, el art. 8 de la precitada normatividad prevé que el Ministerio de Defensa, por intermedio del Registro Nacional de Armas, podrá convocar a los particulares que tengan armas de cualquier categoría, en todo el país o parte de él, para que las presenten a las autoridades competentes, a efectos de realizar la inspección de aquéllas. La presentación se efectuará acompañando la documentación que acredite la tenencia.

En lo relacionado con las distintas actividades que pueden llevarse a cabo bajo el ministerio de esta ley, se tiene que la introducción al país, la importación, el tránsito internacional de material y, en general, el transporte de armas, se encuentra sujeto a la autorización previa y escrita que profiera el Registro Nacional de Armas. Por su parte, la venta de armas sólo podrá ser realizada por los importadores, industriales o comerciantes inscritos a los usuarios legítimos establecidos en la ley, previa autorización del Registro Nacional de Armas (arts. 6 al 13).

Dichos legítimos usuarios corresponden a policías de seguridad, miembros de fuerzas armadas, pobladores de regiones con escasa vigilancia, habitantes que por razones de seguridad requieren de este tipo de elementos, particulares que se dediquen a la caza mayor, asociaciones de tiro, tripulantes de los buques u otras embarcaciones de patente nacional o extranjera, personal de aeródromos, y finalmente, instituciones oficiales y privadas con personería Jurídica, bancarias y comerciales (art. 14 *et. seq.*).

La ley también incorpora figuras de alta importancia para efectos del asunto que acá se analiza, como es el caso de la revisión de autorizaciones concedidas sobre armas de guerra (art. 18), las condiciones para la adquisición o transmisión por cualquier título, uso, tenencia y portación de armas de uso civil (art. 29), la transmisión entre particulares (art. 30) y el régimen sancionatorio aplicable por inobservancia de las prohibiciones y las obligaciones establecidas en la Ley y actos administrativos que le reglamenten, destacándose la procedencia (simultánea o no) de medidas como el apercibimiento administrativo formal, la multa, la suspensión temporal del registro o de la autorización concedida, la clausura de locales comerciales y el decomiso del armamento (art. 36).

Con posterioridad, la Ley fue objeto de reglamentación mediante el Decreto Nacional 395/75, que para efectos del presente análisis establece la reglamentación de las autorizaciones de adquisición y tenencia para los legítimos usuarios (art. 54), determinando que su otorgamiento estará sujeto a la observancia de los siguientes requisitos generales: (a) ser mayor de 21 años; (b) no presentar anomalías psíquicas o físicas que incapaciten al peticionante para la tenencia de armas de fuego (cuando existieren razones fundadas, podrá exigirse la presentación de certificado médico); y (c) acreditar ante la dependencia policial con jurisdicción en el domicilio del interesado, identidad, domicilio real y medios de vida lícitos. Esta emitirá certificación al respecto, así como de la no existencia de antecedentes policiales o penales e imprimirá un juego de fichas dactiloscópicas con destino al Registro Nacional de Armas.

Así mismo, el Decreto establece la observancia de las condiciones especiales cuyo tenor literal se transcribe a continuación:

ARTÍCULO 56.- Se exigirán, además, como condiciones especiales:

- (1) Para pobladores de regiones con escasa vigilancia policial: Certificación por la policía del lugar de residencia, conformada por la autoridad policial superior, de las razones existentes para el otorgamiento de la autorización de tenencia.
- (2) Para otras personas: Se exigirá el mismo recaudo previsto en el inciso anterior. Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Defensa, podrá, por resolución, dispensar total o parcialmente su cumplimiento como así el de las condiciones generales previstas por el artículo 55 de la presente reglamentación, sustituyéndolas o no por otras, cuando se tratare de autoridades nacionales, provinciales, comunales o extranjeras residentes en el país.
- (3) Para miembros de asociaciones de tiro: Acreditar su condición de tal mediante certificación extendida por autoridad competente de asociación de tiro habilitada legalmente.
- (4) Para personal de embarcaciones, aeronaves, aeródromos y puertos: Certificación emitida por la autoridad competente que acredite la calidad invocada y justifique la necesidad de adquisición del material solicitado.
- (5) Instituciones: Junto con la solicitud de autorización, deberán elevar una nómina del personal que hará uso del material, consignando en la misma el número de credencial de legítimo usuario, de cada uno de los incluidos en ella (...).

Por otro lado, la reglamentación prevista en el precitado Decreto regula expresamente el alcance de las autorizaciones en relación con armas de guerra de uso civil condicional y usos especiales, armas de uso civil, su transmisión, portación y el tránsito internacional de las mismas (el cual, se llevará a cabo conforme a los convenios internacionales vigentes suscritos por la Nación Argentina), los principios y alcances del régimen sancionador aplicable, así como lo relacionado con la aplicación de tasas y aranceles para atender los servicios administrativos y técnicos que se deban prestar por las autoridades competentes de conformidad a las disposiciones del Decreto-Ley Núm. 20.429 del año 1973. Finalmente, valga destacar que en Argentina mediante el Proyecto de Ley identificado con número de expediente 0742-D-2019 se incluyó un importante condicionamiento para la adquisición o transmisión por cualquier tipo, uso, tenencia y portación de armas de uso civil, y es que no podrá acceder ni mantener la condición de legítimo portador de armas quien registre denuncias en su contra vinculadas a violencia de género o violencia intrafamiliar.

Ahora bien, en cuanto al tratamiento del crimen organizado transnacional, debe destacarse que en Argentina se ha implementado el denominado “Plan federal de abordaje del crimen organizado 2021-2023”, cuyo objetivo consiste en “presentar los ejes de gestión del Ministerio de Seguridad de la Nación, elaborados y en proceso de aplicación, con el fin de prevenir, identificar, neutralizar y desarticular los delitos graves llevados adelante por organizaciones criminales”. Bajo esos objetivos, el Plan reconoce que delitos como el narcotráfico, el cibercrimen, el contrabando, el lavado de activos, la trata de personas y el tráfico de armas tienden a estar interrelacionados y traen consecuencias como el incremento de los niveles de violencia social (Ministerio de Seguridad, 2021: 3).

Dentro de este contexto, específicamente en materia de tráfico de armas se identifica que la forma a través de la cual se nutren los grupos criminales tiene como origen un mercado ilegal que, en varios casos, se inicia dentro de las fronteras nacionales y, en otros, se relaciona con la circulación de armamentos a nivel regional, donde la república Argentina, por su ubicación geográfica, se constituye como un lugar de tránsito entre algunos productores mundiales de armamentos provenientes de países en los cuales en los últimos

tiempos se ha fomentado el uso de armas de fuego (Ministerio de Seguridad, 2021: 9).

Para contrarrestar lo anterior, el Plan propone de manera general el desarrollo de acciones destinadas a desarticular la vinculación entre el crimen organizado y la violencia territorial, reducir la capacidad de desarrollo de la economía de los criminales, recuperar y reutilizar sus bienes y ganancias, incrementar los controles fronterizos, profesionalizar y modernizar a las fuerzas policiales y de seguridad federales en delitos complejos (como los ciberdelitos), coordinar la actuación de las agencias del estado nacional y las jurisdicciones del país, articular el poder judicial y los ministerios públicos en materia investigativa, promover la cooperación con organismos internacionales, impulsar cambios normativos que acompañen las definiciones de política criminal enunciadas en el Plan Estratégico y promover la mayor transparencia en las políticas de seguridad y su articulación con la sociedad civil.

En materia de tráfico de armas, se formulan medidas de alcance específico, tales como contrarrestar la logística de la criminalidad organizada multiplicando la reutilización de los bienes secuestrados y decomisados en procesos penales por parte de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales, puesto que reducir la capacidad logística de los grupos delictivos representada en bienes (autos, aviones, helicópteros, barcos, inmuebles, etc.) y reutilizarlos para la persecución del delito resulta trascendente para impedir delitos como el contrabando y el narcotráfico. Igualmente, se propende por la adopción de medidas como impulsar cambios normativos que acompañen las definiciones de política criminal enunciadas en el Plan (Ministerio de Seguridad, 2021: 20), destacando con especial énfasis lo relacionado con la modificación del Código Procesal Penal para que se penalice a quien, de forma ilegal, fabrique, acopie, transporte, venda, canjee o intercambie o comercie armas de fuego, sus piezas o sus municiones e impulsar una ley para permitir la destrucción de armas de guerra, pólvora, explosivos que hayan sido secuestrados y estén en poder de la autoridad pública (Ministerio de Seguridad, 2021: 26).

Sin embargo, visto todo lo anterior puede observarse, que ni en la normatividad aplicable ni en el marco de la Estrategia se evidencia la incorporación de alguna medida relacionada con la regulación de

las potestades de las autoridades competentes para la expedición de licencias o permisos. En otras palabras, y al igual que en el caso de los países no latinoamericanos, no se vislumbra la formulación de alguna medida que adopte un enfoque preventivo desde la perspectiva del ejercicio de las facultades de las autoridades competentes para expedir permisos de armas —en cualquiera de sus modalidades— ni tampoco se establece una relación clara entre el ejercicio de estas competencias con la consolidación de dinámicas de corrupción que eventualmente favorezcan los intereses ilícitos inmersos en el tráfico de armamento en un marco transnacional.

6.2. Brasil

En la Constitución Política de la República Federativa del Brasil (1988) se establece en su artículo 21 que el Gobierno federal tiene la facultad de autorizar y supervisar la producción y el comercio de armas o material bélico y, en forma paralela, el artículo 9 del Decreto No. 3.665 establece que las actividades relativas a la fabricación de bienes controlados, incluidas las armas de fuego, deben ser registradas por el Ejército, que emitirá el correspondiente Título de Registro (UNODC, 2020: 6)

En línea con lo anterior, mediante la Ley Núm. 10.826 del 22 de diciembre de 2003, conocida también como el estatuto de desarme, se establecieron en su artículo 4 varios requisitos para adquirir armas de fuego de uso permitido, entre los cuales se destacan, a saber: (a) la comprobación de idoneidad, con la presentación de certificados negativos de antecedentes criminales proveídos por la Justicia Federal, Estadual, Militar y electoral y de no estar respondiendo a instrucción policial o a proceso penal; (b) la presentación de documento comprobatorio de ocupación lícita y de residencia cierta; y (c) la comprobación de capacidad técnica y de aptitud psicológica para el manejo de arma de fuego.

Una vez agotados estos requisitos, por virtud de la mencionada Ley, a través del Sistema Nacional de Armas¹⁰ —SINARM— se expe-

¹⁰ Instituido dentro del Ministerio de Justicia.

diría una autorización intransferible de compra de arma de fuego en nombre del requirente y para el arma indicada.

Por su parte, en cuanto a las empresas que comercializan armas de fuego se estableció la obligación de comunicar las ventas a la autoridad competente, a mantener un banco de datos con todas las características del arma y copia de los documentos previstos para efectos del otorgamiento de la licencia. Del mismo modo, la norma establece que estas empresas responderán legalmente por esas mercaderías, quedando registradas como de su propiedad mientras no sean vendidas.

La ley en mención también establecía en su art. 5 la figura del certificado de Registro de Arma de Fuego, con validez en todo el territorio nacional y conforme al cual se autoriza a su propietario a mantener el arma de fuego exclusivamente en el interior de su residencia o domicilio, o dependencia de estos o también, en su lugar de trabajo, siempre que sea el titular o el responsable legal por el establecimiento o empresa. Dicho certificado será expedido por la Policía Federal y será precedido de autorización del SINARM.

En cuanto al porte de armas de fuego, el artículo 6 del estatuto estableció una prohibición general en todo el territorio nacional, con excepción¹¹ del caso de los integrantes de las Fuerzas Armadas; de la Fuerza Nacional de Seguridad Pública, los integrantes de las guardias municipales, los agentes operacionales de la Agencia Brasileña de Inteligencia y los agentes del Departamento de Seguridad del Gabinete de Seguridad Institucional de la Presidencia de la República, los integrantes del cuadro efectivo de los agentes y guardias penitenciarios, los integrantes de las escoltas de presos y las guardias portuarias, las empresas de seguridad privada y de transporte de caudales constituidas, los integrantes de las entidades de deporte legalmente constituidas, integrantes de las Carerras de Auditoría de la Receita Federal de Brasil y de Auditoría-Fiscal del

¹¹ Otra excepción que fue adicionada por la Ley 11.706 de 2008 y que vale traer a colación por sus implicaciones se refiere a la posibilidad de conceder el porte de arma de fuego en la categoría de cazador para subsistencia, a los residentes en áreas rurales, mayores de 25 (veinticinco) años que comprueben depender del empleo de arma de fuego para proveer su subsistencia alimentaria familiar.

Trabajo, los tribunales del Poder Judicial y los Ministerios Públicos de la Unión y de los Estados. Las personas cuya situación se enmarque dentro de las excepciones establecidas tendrán por regla general, el derecho de portar arma de fuego de propiedad particular o proveída por la respectiva corporación o institución, incluso en algunos casos fuera de servicio, con validez en el ámbito nacional y en todo caso sujeto a las condiciones que en cada caso establezca la ley o el reglamento (ej. Capacitación funcional en el manejo de armas).

Respecto de la autorización para el porte de armas, el artículo 10 determina que esta será concedida después de autorización del SINARM, con eficacia temporaria y territorial limitada, y dependerá de que el requirente cumpla con las siguientes condiciones: (a) demuestre su efectiva necesidad por ejercicio de actividad profesional de riesgo o de amenaza a su integridad física; (b) atienda a las exigencias previstas en el Art. 4 de la ley; y (c) presente la documentación de propiedad de arma de fuego, así como su debido registro en el órgano competente.

Igualmente se establece que la autorización de porte de arma de fuego, prevista en este artículo, perderá automáticamente su eficacia si el portador de ella es detenido o abordado en estado de embriaguez o bajo efecto de sustancias químicas o alucinógenas.

La normativa que viene de referenciarse fue complementada con las disposiciones de la Ley Núm. 11.706 de 2008, por virtud de la cual se habilita la obtención ante el Departamento de Policía Federal de un certificado de registro provisorio por internet, con una validez inicial de noventa días. En todo caso, dicho certificado puede ser revalidado a discrecionalidad de la unidad del Departamento de Policía Federal por el plazo que estime como necesario para la emisión definitiva del certificado de registro de propiedad.

Ahora bien, Mack sintetiza los principales aportes del Estatuto de Desarme señalando que se instaura un riguroso control de todas las fases de la circulación de armas y municiones en Brasil, desde la producción hasta la destrucción de armas recogidas, pasando por los requisitos para la posesión y portación (Mack, 2011: 94) y que además se promueve la concentración de los registros de portación y autorización de compra de armas en la Policía Federal, una mejoría del banco de datos del SINARM, que debe contener información so-

bre estas armas registradas y sobre sus dueños y la integración entre los dos principales bancos de datos sobre armas de fuego en el país, el SIGMA4 y el SINARM (Mack, 2011: 95).

Bajo este esquema, se resalta que el Ejército es el principal actor en el sistema nacional de control de armas en la medida en que, para asegurar que las armas no entren en la ilegalidad estas son responsabilidad exclusiva del Comando del Ejército, al igual que actividades como la destrucción de armas, su transporte desde las fábricas hasta los revendedores, policías y puertos para exportación, la autorización y la fiscalización de toda la producción y el comercio de armas y municiones, así como las categorías que tienen sus armas registradas en el SIGMA. Por su parte, la Policía Federal tiene la primacía en lo que respecta a todo el flujo y control de armas en las manos de la población brasileña puesto que es de su competencia la emisión de autorizaciones de compra, portación y registro de armas para civiles, administrar el SINARM, y también es responsable del registro de las armas y de los funcionarios de las empresas de seguridad privada que pueden usarlas, de su fiscalización y de su autorización de portación y compra. (Mack, 2011: 95-96).

Mack también menciona que las principales dificultades para garantizar la adecuada implementación del Estatuto de Desarme tienen que ver con el hecho de que las medidas previstas no siempre son implementadas de manera uniforme en los Estados como consecuencia de la desorganización de las diferentes instancias responsables y de la falta de prioridad política para colocar en práctica las medidas de la ley. Por otro lado, se determinó que el criterio de “efectiva necesidad” establecido para conceder las autorizaciones correspondientes tiene una naturaleza subjetiva se interpreta de forma diferencial y poco armónica entre las distintas autoridades, donde la relación entre el gran número de armas vendidas y registradas y las portaciones evidencian que las mismas son concedidas con una mayor flexibilidad por parte de la Policía Federal (Mack, 2011: 98-99).

En contraste a todo lo que viene de exponerse, durante la administración del presidente Bolsonaro se adoptaron una serie de decretos por virtud de los cuales se buscó promover un mayor grado de amplitud en lo relacionado con las autorizaciones para porte y uso de armas de fuego mediante la incorporación de medidas como la extensión de la vigencia en el registro ante el SINARM por diez años, la posibilidad de que el

ciudadano puede solicitar el registro de más de cuatro armas, la delimitación de los criterios determinantes frente a la necesidad de adquirir el arma o renovar el registro y el establecimiento de una presunción de veracidad sobre las pretensiones expresadas en la declaración de necesidad efectiva, lo cual implica que si no hay ninguna circunstancia que demuestre que el solicitante no cumple con los requisitos legales, basta con declarar la necesidad efectiva para que pueda obtener el arma o renovar el registro (Cabette, Neto & Leitão, 201: 8-9).

Dentro de las circunstancias en las que se entiende configurada la mencionada presunción de veracidad se destaca la situación de los agentes públicos (activos e inactivos) en el área de seguridad pública; miembros de carreras en la Agencia Brasileña de Inteligencia; administración penitenciaria; del sistema socioeducativo; involucrados en el ejercicio de las actividades del poder de policía administrativa o corrección de forma permanente; personal militar activo e inactivo; residentes en áreas rurales; residentes en áreas urbanas con altos índices de violencia; titulares o tutores legales de establecimientos comerciales o industriales y coleccionistas, tiradores y cazadores, debidamente registrados en el Comando del Ejército (Cabette, Neto & Leitão, 2019).

Sin embargo, se ha considerado que este tipo de disposición es inconstitucional en la medida en que es competencia exclusiva del legislador definir los supuestos de configuración de la denominada “necesidad efectiva”. Bajo ese entendido se ha afirmado que los decretos expedidos por la administración del Presidente Bolsonaro constituyen una injerencia indebida en la órbita competencial del legislador en materia de seguridad pública e interés general (Cabete *et. al.*, 201: 10). De hecho, el contenido de los decretos fue suspendido por el Tribunal Supremo de Brasil, al considerar que:

[...] existe una inequívoca correlación entre la facilitación del acceso de la población a las armas de fuego y el desvío de esos productos hacia organizaciones criminales, milicias y criminales en general, por medio de robos o de comercio clandestinos, aumentando todavía más los índices generales de delitos patrimoniales, de crímenes violentos y de homicidios¹².

¹² *Vid.*: <https://www.aa.com.tr/es/pol%C3%ADtica/el-tribunal-supremo-de-brasil-suspende-los-decretos-de-bolsonaro-que-pretend%C3%ADan-facilitar-la-compra-de-armas/2207743>.

Así las cosas, se evidencia que en la actualidad Brasil ha morigerado desde el poder judicial la posición amplia promovida desde la administración Bolsonaro, procurando volver a las disposiciones del anterior Estatuto de Desarme, en aras de prevenir un aumento en la proliferación de escaladas de violencia y fenómenos de criminalidad organizada.

De hecho, en lo relacionado con el crimen organizado, Brasil se ha caracterizado por la adopción de un plan de seguridad que introduce importantes reformas en el ámbito penal, donde para efectos del presente estudio se destaca lo relacionado con el concepto de organización criminal, puesto que, en virtud de la mencionada propuesta, cualquier grupo compuesto por cuatro o más personas puede ser observado como organización criminal. Sin embargo, la forma vaga con que es definido trae consecuencias en los procedimientos investigativos y en el carácter persecutorio —ya no investigativo— que pasa a tener el procedimiento penal (Salas, Hernández & Vollenweider, 2019).

El Plan propone aumentar a la mitad las penas a aquellas personas con antecedentes penales en caso de ser condenadas por delitos como porte ilegal, tiro, tenencia o portación de armas restringidas, comercio ilegal y tráfico internacional de armas. Lo anterior en consideración a que, en la actualidad, solo los agentes de seguridad pública están sujetos a esta pena aumentada (Neves, 2019).

El Plan de Seguridad también permite el uso de bienes decomisados por parte de órganos de la seguridad pública. Así las cosas, el juez podría autorizar el uso de un bien sustraído a los delincuentes (un automóvil, una lancha o un avión) para uso de las fuerzas de seguridad pública (Neves, 2019), lo cual eventualmente podría tener una incidencia frente a armas incautadas o decomisadas como consecuencia de un porte o uso ilegal.

Otros autores destacan que, en materia de lucha contra el crimen organizado transnacional, las políticas de Brasil se han enfocado a la cooperación en materia de defensa y seguridad pública por medio de acuerdos bilaterales, lo cual evidencia la creciente importancia atribuida por el gobierno brasileño al fortalecimiento de la capacidad institucional para la lucha contra delitos como el tráfico de narcóticos y armamentos ilegales (Oliveira & Benedito, 2012: 146)

Sin embargo, visto todo lo anterior puede observarse, que ni en la normatividad aplicable ni en el marco del Plan de Seguridad se evidencia la incorporación de alguna medida relacionada con la regulación de las potestades de las autoridades competentes para la expedición de licencias o permisos en materia de armas. En consecuencia, no se vislumbra la formulación de alguna medida que adopte un enfoque preventivo desde la perspectiva del ejercicio de las facultades de las autoridades competentes para expedir permisos de armas —en cualquiera de sus modalidades— ni tampoco se establece una relación clara entre el ejercicio de estas competencias, el fenómeno de la corrupción y el crimen organizado transnacional en la modalidad de tráfico de armas, lo cual se corresponde con el panorama de los distintos países estudiados a lo largo de este documento.

6.3. Chile

La Constitución Política de Chile de 1980 establece en su art. 103 que ninguna persona podrá poseer o tener armas sin autorización y que la ley señalará las autoridades competentes y determinará sus facultades en relación con la fiscalización de armas en los siguientes términos:

Artículo 103.- Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta. [...] Una ley determinará el Ministerio o los órganos de su dependencia que ejercerán la supervigilancia y el control de las armas. Asimismo, establecerá los órganos públicos encargados de fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas a dicho control.

Este mandato constitucional se expresa en la Ley 17.798 de 1972¹³ sobre control de armas, posteriormente sistematizada y coordinada en sus contenidos por el Decreto 400 de 1978. Según el artículo 1 de la mencionada normatividad, el Ministerio de Defensa Nacional a través de la Dirección General de Movilización Nacional estará a cargo de la supervigilancia y control de las armas, explosivos, fuegos

¹³ Modificada por medio de las Leyes N° 20.014 del 13 de mayo de 2005 y 20061 de 10 de septiembre de 2005.

artificiales y artículos pirotécnicos y otros elementos similares, actuando como autoridad central de coordinación de todas las autoridades ejecutoras y contraloras que correspondan a las comandancias de guarnición de las Fuerzas Armadas y autoridades de Carabineros de Chile, de las autoridades asesoras que correspondan al Banco de Pruebas de Chile y a los servicios especializados de las Fuerzas Armadas.

En todo caso, la Ley aclara que las competencias de la Dirección General se ejecutarán sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio del Interior y Seguridad Pública en lo relativo a la manutención del orden público y la seguridad pública interior; al procesamiento y tratamiento de datos y a la coordinación y fomento de medidas de prevención y control de la violencia relacionadas con el uso de armas.

Ahora bien, la Ley en su artículo 3(a) determina un listado de armas que ninguna persona podrá poseer o tener y a su vez (b) establece una excepción en cabeza de las Fuerzas Armadas y a Carabineros de Chile. La Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y la Dirección General de Aeronáutica Civil, solo estarán exceptuadas respecto de la tenencia y posesión de armas automáticas livianas y semiautomáticas, y de disuasivos químicos, lacrimógenos, paralizantes o explosivos y de granadas, hasta la cantidad que autorice el Ministro de Defensa Nacional.

A renglón seguido, el art. 4 de la norma establece que, para fabricar, armar, transformar, importar, internar, exportar o efectuar actividades de corretaje de armas y para levantar instalaciones destinadas a su fabricación, armaduría, almacenamiento o depósito, se requerirá autorización de la Dirección General de Movilización Nacional, la que se otorgará en la forma y condiciones que determine el reglamento.

En el caso de la venta de armas y de elementos como municiones o cartuchos, se requerirá que el vendedor se encuentre autorizado y que individualice, en cada acto y de manera completa, al comprador y el arma respectiva. Las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones de Chile, las Fábricas y Maestranzas del Ejército, Astilleros y Maestranzas de la Armada y la Empresa Nacional

de Aeronáutica se encuentran exentas de las restricciones que vienen de describirse. Sin embargo, el Ministro de Defensa Nacional autorizará a dichas Empresas en lo relativo a la exportación de las armas y respecto de lo que produzcan para los particulares e industria bélica privada.

En forma paralela, el art. 5 de la precitada norma establece que las armas de fuego diferentes a las enunciadas en el art. 3, deben ser inscritas a nombre de su poseedor o tenedor ante las autoridades competentes, donde en todo caso la Dirección General de Movilización Nacional llevará un Registro Nacional de las Inscripciones de Armas. Valga mencionar que la inscripción sólo autoriza a su poseedor o tenedor para mantener el arma en el bien raíz declarado correspondiente a su residencia, a su sitio de trabajo o al lugar que se pretende proteger.

A su vez, la Ley prevé en su art. 5(d) que corresponderá a la Dirección General de Movilización Nacional velar por la regularidad de las inscripciones y presentar a las autoridades ejecutoras y contraloras cualquier situación ilegal o antirreglamentaria en las inscripciones autorizadas, para su inmediata corrección.

En cuanto a los requisitos para el otorgamiento de la inscripción, la ley determina que deberán acreditarse los siguientes:

1. Ser mayor de edad (salvo el caso de menores deportistas).
2. Tener domicilio conocido.
3. Acreditar que tiene los conocimientos necesarios sobre conservación, mantenimiento y manejo del arma que pretende inscribir, y que posee una aptitud física y psíquica compatible con el uso de armas.
4. No haber sido condenado por crimen o simple delito.
5. No haberse dictado a su respecto auto de apertura del juicio oral o dictamen del fiscal que proponga una sanción al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 145 del Código de Justicia Militar.
6. No haber sido sancionado en procesos relacionados con la ley sobre violencia intrafamiliar.
7. No encontrarse sujeto a medida cautelar personal que le impida la tenencia, posesión o porte de armas de fuego.
8. No habersele cancelado alguna inscripción de armas de fuego en los cinco años anteriores a la solicitud.

La ley también establece la posibilidad de que las solicitudes de transporte y libre tránsito de armas puedan presentarse y concederse

preferentemente por medios electrónicos, en la forma que determine el reglamento. En todo caso, la ley determina que por medio del reglamento se establecerán las modalidades y limitaciones respecto a las autorizaciones, permisos e inscripciones antes referidas y las medidas de seguridad que se deban adoptar.

Mención aparte merece el hecho de que la Ley define un plan anual de fiscalización de armas de fuego con el fin de establecer la acción de fiscalización coordinada de las autoridades competentes observando un criterio territorial y considerará los registros y cualquier otra información de la que disponga la Dirección General de Movilización Nacional (o que le suministren los organismos públicos dentro de su competencia) para estos efectos. El Plan deberá contar con indicadores cualitativos y cuantitativos de cumplimiento a efectos de su evaluación y mejora continua.

Ante la inobservancia de sus disposiciones la Ley tiene configurado un amplio régimen sancionatorio, enfocado principalmente en materia penal. Sin embargo, para efectos del presente estudio, el art. 9 expresamente define la aplicación de la pena de presidio menor a quienes poseyeren, tuvieran o portaren armas sin las autorizaciones o las inscripciones exigidas en la ley.

Ahora, el amplio contenido de la Ley 17.798 de 1972 fue reglamentado mediante la expedición del Decreto 83 de 2007, que en su art. 5 establece que para efectuar la supervigilancia y control de las Armas, Explosivos, Artificios Pirotécnicos, Productos Químicos y otros elementos, la Dirección General de Movilización Nacional se consolidará como la Autoridad Central de Coordinación a nivel nacional, y en ese carácter impartirá instrucciones a las Autoridades Fiscalizadoras y asesoras, para el adecuado cumplimiento de la Ley.

El mencionado artículo también dispone cuáles son las autoridades ejecutoras y contraloras de la Ley para todos los efectos, su esquema de designación y las diferencias de las autoridades asesoras, las cuales prestarán sus servicios proporcionando asesoría técnica especializada a la Dirección General y a las Autoridades Fiscalizadoras, directamente o a través de sus Sucursales y Delegaciones en las Regiones del país.

Por su parte, el Decreto en el artículo 6 establece que los derechos amparados por las autorizaciones concedidas, serán intransferibles e inalienables y se suspenderán, condicionarán o caducarán por el incumplimiento de las condiciones por las cuales fueron otorgadas, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes.

Finalmente, con la expedición de la Ley 21.412 de 2022 el Estado Chileno adoptó medidas tendientes al fortalecimiento del control de armas, entre las cuales se destaca:

a) La competencia que se otorga a la Dirección General de Movilización Nacional y las autoridades fiscalizadoras para que, en virtud de una resolución fundada puedan denegar, suspender, condicionar o limitar las autorizaciones que exige esta ley.

b) Establece en cabeza de la Dirección General de Movilización Nacional la responsabilidad de velar por la regularidad de las inscripciones de armas y de presentar ante las autoridades ejecutoras y contraloras cualquier situación ilegal o antirreglamentaria en las inscripciones autorizadas, para su inmediata corrección.

c) Determina que Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile estarán interconectados con la base de datos sobre inscripciones y registro de armas que debe mantener la Dirección General de Movilización Nacional y con toda otra base de datos regulada reglamentariamente, exceptuando los registros de armas de fuego de las instituciones del Estado.

d) Seguidamente señala que las instituciones que compongan las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile y la Dirección General de Aeronáutica Civil, deberá mantener un Registro de Armas de Fuego, y dispondrán de sistemas de trazabilidad de sus armas y municiones.

Juan Pablo Jarufe (2021) sintetiza las principales modificaciones y críticas de las que fue objeto el proyecto que precedió la expedición de la Ley en 2022, indicando que sus principales puntos de discusión se han centrado en las características de un eventual sistema de identificación balístico; la forma de discriminar entre la naturaleza de uso de cada arma; las condiciones para la actualización periódica de un Registro de Armas; y los posibles nuevos organismos públicos que

asumirían prerrogativas en materia de fiscalización. Igualmente señala que entre las principales críticas se destacan aquellas relacionadas con la perspectiva de ciertos sectores según los cuales la iniciativa “demoniza” a los ciudadanos que poseen armas legales, en vez de enfocarse en el aumento de penas contra el comercio ilegal de estos artefactos.

Ahora bien, este extenso panorama legislativo debe también considerarse desde la perspectiva de la lucha contra el crimen organizado transnacional, donde debe tenerse en cuenta que Chile ha implementado los delitos de asociación delictiva y de asociación criminal, con el fin de enfrentar la proliferación y profesionalización de las bandas criminales, incentivando a la denuncia por parte de sus miembros y facilitando el uso de técnicas especiales para su investigación (S.A, 2021) y también ha consolidado estrategias como la renovación de su Libro Blanco de Defensa, en el cual se trata ampliamente el tema del crimen organizado transnacional como un fenómeno que afecta la seguridad del Estado, se cambia el funcionamiento de las fuerzas armadas y se determina como necesaria la participación de la Marina en la lucha contra el crimen organizado transnacional en consideración a que la situación geográfica de Chile y la amplia extensión de sus costas facilita la comisión de diversos ilícitos transfronterizos. Igualmente, el Libro Blanco incorpora un plan de seguridad destinado a ejercer y fortalecer el control en las zonas fronterizas de su territorio para mitigar los crímenes transfronterizos por medio de políticas que regulen el tránsito y la actividad en la frontera chilena (Gómez *et. al.*, 2021: 25).

Ahora, en lo relacionado con la lucha contra la corrupción Chile se ha destacado por la incorporación de varias normas que fortalecen aquellas existentes en materia penal. Al respecto, se destaca la adopción de la Ley 21.121 de 2018, la cual tipifica los delitos de corrupción entre particulares y de administración desleal y eleva el criterio de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se encuentren vinculadas a hechos delictuales, reforzando los estándares de normas como la Ley 20.393 de 2009 y haciendo que las empresas implementen y mejoren sus modelos de prevención en lo relacionado con controles internos y externos, políticas de gestión y códigos de conducta.

La política chilena ha buscado fortalecer entonces el esquema anticorrupción desde el ámbito penal y en lo relacionado con la prevención del crimen organizado transnacional, es claro que la misma mantiene un enfoque marcadamente territorial. Sin embargo, y tal como sucede con los países estudiados a lo largo de este documento, no se evidencia que las medidas adoptadas generen una relación entre la actividad de la administración en el otorgamiento de LPA, el fenómeno de la corrupción y el crimen organizado transnacional (en este caso, bajo la modalidad del tráfico de armas).

En consecuencia, no se vislumbra la formulación de alguna medida que adopte un enfoque preventivo desde la perspectiva del ejercicio de las facultades de las autoridades competentes para expedir permisos de armas —en cualquiera de sus modalidades— ni tampoco se establece una relación clara entre el ejercicio de estas competencias el fenómeno de la corrupción y el tráfico de armas. Sin embargo, debe destacarse que Chile cuenta con uno de los esquemas normativos y reglamentarios más concretos relacionados con la delimitación de las competencias de las autoridades involucradas en la expedición de LPA en materia armamentista.

6.4. México

A diferencia de los países latinoamericanos estudiados hasta el momento, en México se consagra constitucionalmente el derecho a que las personas posean armas en su domicilio para garantizar su seguridad y legítima defensa. Así, lo establece el artículo 10 de la Constitución Mexicana en los siguientes términos:

Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo de la Fuerza Armada permanente y los cuerpos de reserva. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.

La disposición que viene de transcribirse debe leerse con la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que en su art. 4 establece que corresponde al Ejecutivo de la Unión por conducto de las Secre-

tarías de Gobernación y de la Defensa Nacional el control de todas las armas en el país, para lo cual se llevará un Registro Federal de Armas. De esta forma, al Presidente de la República, a través de la Secretaría de Gobernación y de la Defensa Nacional, le corresponde el control de todas las armas en territorio nacional y a la Secretaría de la Defensa Nacional le corresponde el otorgamiento de licencias de posesión de armas de fuego, así como la venta y el registro de las mismas (Villanueva & Valenzuela, 2012: 72).

En línea con lo anterior, la Ley Federal en su art. 7 establece que la posesión de toda arma de fuego deberá manifestarse a la Secretaría de la Defensa Nacional, para el efecto de su inscripción en el Registro Federal de Armas y el artículo 8 que, en todo caso, no se permitirá la posesión ni portación de las armas prohibidas por la Ley ni de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, salvo los casos de excepción señalados también en la Ley.

Ahora bien, según se ha identificado en la doctrina, en México las armas de fuego se clasifican en prohibidas (aquellas designadas como tal por el Código Penal Federal en toda la República), de uso exclusivo del ejército (toda arma destinada exclusivamente para la guerra), y permitidas (Pistolas de funcionamiento semi-automático de calibre no superior al 380, que hagan parte de colecciones o se destinen para caza o tiro) (Villanueva & Valenzuela, 2012: 75-77).

En línea con lo anterior, el artículo 25 de la Ley Federal de Armas de Fuego determina que para la portación de armas se otorgarán dos tipos de licencias: (a) las particulares, que deberán revalidarse cada dos años; y (b) las oficiales, que tendrán validez mientras se desempeñe el cargo o empleo que motivó su expedición.

Para obtener los mencionados permisos, se ha determinado en el artículo 26 de la ley Federal de Armas de Fuego que los requisitos más relevantes consisten en tener un modo honesto de vivir, (que se demuestra con certificado de la primera autoridad administrativa del lugar, y en el Distrito Federal, con el certificado del Delegado respectivo), el cumplimiento del Servicio Militar Nacional; la capacidad física y mental para el manejo de armas comprobada con certificado médico, el no haber sido condenado por delitos cometidos con el empleo de armas, no consumir drogas, enervantes o psicotrópicos,

acreditar la necesidad de portar el arma debido a ocupación, circunstancias especiales del lugar donde vive la persona, o cualquier otro motivo justificado, comprobación de que se pertenece a un club de tiro, cacería o charrería, únicamente para licencias de actividades de ese tipo (Villanueva & Valenzuela, 2012: 84). Adicionalmente se debe cumplir con los requisitos enunciados en el art. 163 del Código Penal Federal, los cuales son el otorgar fianza por portación de armas, antecedentes de honorabilidad y testimonios de cinco personas (Villanueva & Valenzuela, 2012: 88).

El art. 31 de la mencionada norma establece los supuestos en que puede cancelarse la licencia, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones procedentes:

- I.- Cuando sus poseedores hagan mal uso de las armas o de las licencias;
- II.- Cuando sus poseedores alteren las licencias;
- III.- Cuando se usen las armas fuera de los lugares autorizados;
- IV.- Cuando se porte un arma distinta a la que ampara la licencia;
- V.- Cuando el arma amparada por la licencia se modifique en sus características originales;
- VI.- Cuando la expedición de la licencia se haya basado en engaño, o cuando a juicio de la Secretaría de la Defensa Nacional hayan desaparecido los motivos que se tuvieron en cuenta para otorgarla o que por causa superveniente se dejare de satisfacer algún otro requisito necesario para su expedición;
- VII.- Por resolución de autoridad competente;
- VIII.- Cuando sus poseedores cambien de domicilio sin manifestarlo a la Secretaría de la Defensa Nacional;
- IX.- Por no cumplir el interesado las disposiciones de esta Ley, de sus Reglamentos o las de la Secretaría de la Defensa Nacional dictadas con base en esos Ordenamientos.

Estas disposiciones deben leerse armónicamente con el mandato del art. 70, el cual dispone que, en caso de alteración de la tranquilidad pública, las autoridades competentes dictarán las medidas necesarias para asegurar el estricto cumplimiento de las disposiciones de suspensión o cancelación de los permisos. A renglón seguido el art. 71 dispone que, ante situaciones de guerra o alteración del orden público, las fábricas, plantas industriales, talleres, almacenes y establecimientos comerciales que fabriquen, produzcan, organicen, reparen, almacenen o vendan armas, previo acuerdo del presidente de la República, quedarán bajo la dirección y control de la Secretaría de la Defensa Nacional.

En relación con la expedición, suspensión y cancelación de licencias de armas a empleados federales, los arts. 32 y 33 de la ley establecen que este tipo de actuación es competencia de la Secretaría de Gobernación al igual que la suspensión y cancelación de las credenciales de identificación que expidan los responsables de las instituciones policiales, al amparo de una licencia colectiva oficial. En todo caso, las normas referidas establecen que las credenciales de agentes o policías honorarios y confidenciales u otras similares, no facultan a los interesados para portar armas, sin la licencia correspondiente.

Por otro lado, debe resaltarse que en México los particulares no pueden comercializar armas de fuego, puesto que la única institución facultada para dicha actividad es la Dirección General de Industria Militar. El art. 37 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos indica además que el presidente de la República es el único facultado para autorizar el establecimiento de fábricas y el comercio de las armas, que estas solo pueden adquirirse en la Dirección de Comercialización de Armamento y Municiones, que además es la única autoridad competente en materia de importación y exportación de armas de fuego (Villanueva & Valenzuela, 2012: 94-95).

En todo caso, el art. 68 de la Ley dispone que quienes tengan permiso general, deberán rendir a la Secretaría de la Defensa Nacional, dentro de los cinco primeros días de cada mes, un informe detallado de sus actividades, en el que se especifiquen los movimientos ocurridos en el mes anterior.

Finalmente, en el art. 77 de la ley se adopta un régimen de sanciones centrado en la imposición de entre diez a cien días de multa en supuestos como poseer armas sin haber hecho la manifestación de las mismas a la Secretaría de la Defensa Nacional, poseer armas, cartuchos o municiones en lugar no autorizado, entre otras.

Ahora bien, en lo relacionado con las políticas y medidas adoptadas por el gobierno mexicano para combatir el crimen organizado transnacional debe señalarse que este fenómeno pasó de ser un asunto meramente policial a uno de seguridad nacional debido a la escalada de violencia que desde hace años ha afectado al país, situación que terminó por visibilizar una de las facetas de esta tipología de la criminalidad organizada. Por lo demás, el crecimiento de esta pro-

blemática se encuentra asociada a redes de corrupción e impunidad promovidas por los vínculos entre criminales y autoridades, lo cual ha generado una alta infiltración en las estructuras gubernamentales (Montero, 2012).

Desde el gobierno de Felipe Calderón, el enfoque de la política de seguridad se consideró como un compromiso de seguridad nacional y no sólo de seguridad pública y se basó en actuar frontalmente contra la delincuencia, colocando como objetivo la seguridad de las familias. Ahora bien, la distinción entre los conceptos de seguridad pública y seguridad nacional resulta esencial, puesto que la primera corresponde al ámbito de lo policial y la segunda se relaciona con la garantía de la viabilidad del Estado (Montero, 2012). Para la Ley de Seguridad Nacional, el crimen organizado constituye una amenaza a la seguridad nacional y, en ese sentido, obliga a la participación de diferentes dependencias gubernamentales, a plantear políticas públicas que trasciendan el mero combate frontal de los grupos delictivos. Por su parte, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada propone la adopción de políticas de carácter policial, generando una dicotomía normativa que genera problemas de coherencia para generar una estrategia unificada contra el crimen organizado transnacional (Montero, 2012).

Ahora bien, las mencionadas políticas de seguridad pública y de seguridad nacional trazan sus estrategias a través del Plan Nacional de Desarrollo (PND), el Programa Nacional de Seguridad Pública (PNSP), los planes sectoriales y un comunicado de la Presidencia de la República titulado “La lucha por la seguridad pública” (Montero, 2012).

Para efectos del presente análisis se destaca especialmente lo previsto en el PND 2019-2024, el cual dentro de su eje titulado “Erradicar la corrupción, el dispendio y la frivolidad”, reconoce que la corrupción es la forma más extrema de la privatización, consistente en la transferencia de bienes y recursos públicos a particulares, que trae como consecuencia la afectación negativa de la capacidad de las instituciones para desempeñar sus tareas legales, atender las necesidades de la población, garantizar los derechos de los ciudadanos e incidir en forma positiva en el desarrollo del país. En consecuencia,

con miras a la erradicación de este fenómeno se propone desde el ejecutivo la generación de estrategias de:

[...] combate total y frontal a las prácticas del desvío de recursos, la concesión de beneficios a terceros a cambio de gratificaciones, la extorsión a personas físicas o morales, el tráfico de influencias, el amiguismo, el compadrazgo, la exención de obligaciones y de trámites y el aprovechamiento del cargo o función para lograr cualquier beneficio personal o de grupo.

Así las cosas, se formulan como instrumentos que concretan el propósito del PND el tipificar la corrupción como delito grave, prohibir las adjudicaciones directas, establecer la obligatoriedad de las declaraciones patrimonial, fiscal y de intereses de todos los servidores públicos, eliminar el fuero de los altos funcionarios, fomentar la colaboración internacional tendiente a erradicar los paraísos fiscales, monitorear en línea y en tiempo real el dinero para adquisiciones, entre otros.

En el eje denominado “recuperar el Estado de Derecho” se efectúa un reconocimiento entre la relación entre el tráfico de armas y la anuencia de las autoridades públicas en los siguientes términos:

No se tolerarán las faltas de observancia a las leyes y reglamentos por parte de funcionarios y empleados públicos; éstas darán lugar a las sanciones administrativas que correspondan y serán turnadas, en los casos que lo ameriten, a la Fiscalía General de la República. Se erradicarán el robo de combustibles y la evasión fiscal y se combatirán el lavado de dinero, el tráfico de armas y otros ilícitos que no podrían perpetrarse sin la complicidad entre infractores y funcionarios públicos.

La política mexicana tiene entonces un énfasis primordialmente policial por medio del cual se busca hacer frente a la violencia derivada del crimen organizado y no se propende por la desarticulación de grupos criminales (Montero, 2012). Desde la perspectiva del PND si bien es cierto que se hace un reconocimiento de la relación existente entre la corrupción y el tráfico de armas, no se evidencia la formulación de medidas concretas que relacionen la actividad de la administración, el fenómeno de la corrupción y el crimen organizado transnacional (en este caso, bajo la modalidad del tráfico de armas) y no se genera un enfoque al menos preventivo entre estas variables, tal como ocurre en el caso de los demás países estudiados.

6.5. Perú

El art. 175 de la Constitución Peruana dispone que solo las fuerzas armadas pueden poseer y usar armas de fuego y la ley reglamentará la fabricación, comercio, posesión y uso de armas:

Artículo 175°.- Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. [...] Todas las que existen, así como las que se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso ni indemnización. [...] Se exceptúa la fabricación de armas de guerra por la industria privada en los casos que la ley señale. [...] La ley reglamenta la fabricación, el comercio, la posesión y el uso, por los particulares, de armas distintas de las de guerra.

Esta disposición constitucional se desarrolla en la Ley 30299 de 2015, Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados. La ley dedica varios de sus apartes a regular la autorización, fiscalización, control de la fabricación, importación, exportación, comercialización, distribución, traslado, custodia, almacenamiento, posesión, uso, destino final, capacitación y entrenamiento en el uso de armas, municiones y explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados; así como la reparación y ensamblaje de armas y municiones.

El art. 3 de la norma hace expresa referencia a la función reguladora estatal, determinando que el Estado regula el uso civil de armas, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados, que comprende la autorización, fiscalización, control de la fabricación, importación, exportación, comercialización, distribución, traslado, custodia, almacenamiento, posesión, uso, destino final, capacitación y entrenamiento en el uso de armas, municiones y explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados; así como la reparación y ensamblaje de armas y municiones. Todo lo anterior teniendo como fin la preservación de la seguridad nacional, la protección del orden interno, la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica.

En cuanto a la identificación de las autoridades competentes para ejercer la función regulatoria el art. 9 señala al Ministerio del Interior y a la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (SUCAMEC).

Esta última autoridad contará con registros vinculados a la gestión de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso particular, los cuales forman parte del Registro Nacional de Gestión de Información (RENAGI) a su cargo.

A renglón seguido, la Ley en su artículo 4 define el concepto de licencia de uso de armas de fuego, fabricación y tráfico ilícitos en los siguientes términos:

Artículo 4. Definiciones La presente Ley establece las siguientes definiciones: [...] (h) Licencia de uso de armas de fuego. Es el documento expedido por la SUCAMEC mediante el cual se autoriza a una persona para el uso y porte de armas de fuego, conforme a los tipos, modalidades, requisitos, condiciones y límites establecidos en la presente Ley. [...] (ñ) Fabricación ilícita. Fabricación o ensamblaje de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados a partir de componentes o partes ilícitamente traficados; o sin licencia de una autoridad gubernamental competente del Estado en donde se fabriquen o ensamblen; o cuando las armas de fuego que lo requieran no sean marcadas en el momento de fabricación. [...] (o) Tráfico ilícito. Importación, exportación, adquisición, venta, entrega, traslado o transferencia de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y otros materiales relacionados desde o a través del territorio de un Estado a otro, si cualquier Estado no lo autoriza.

Frente a la obtención y renovación de las licencias o autorizaciones el artículo 7 de la Ley establece ciertas condiciones determinadas a saber: (a) no contar con antecedentes judiciales ni policiales por delitos dolosos; (b) no haber sido condenado vía sentencia judicial en firme por cualquier delito doloso, aun en los casos en que el solicitante cuente con la respectiva resolución de rehabilitación por cumplimiento de condena; (c) no haber sido sentenciado como responsable de violencia familiar; (d) no contar con medidas de suspensión del uso de armas dictadas por la autoridad judicial o la autoridad fiscal cuando corresponda; (e) no haber sido internado en algún centro de rehabilitación juvenil por decisión firme de la autoridad judicial, por conductas que involucren delitos contra el patrimonio, la vida, el cuerpo y la salud; (f) no estar cumpliendo o haber cumplido condena por faltas contra la persona en la modalidad de lesión dolosa o contra el patrimonio en la modalidad de hurto simple; (g) no haber sido dado de baja de las fuerzas armadas o la policía nacional del Perú por medida disciplinaria, ocasionada por conductas tipifica-

das como delitos dolosos, o faltas contra la persona o el patrimonio en las modalidades de lesión dolosa o hurto simple respectivamente; (h) ser mayor de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 23 de la presente ley; (i) no adolecer de incapacidad psicosomática; (j) no tener sanción vigente por infracciones cometidas contra la presente ley y su reglamento; (k) estar capacitado y entrenado en el uso del arma de fuego; y (l) expresar los motivos para el uso del arma de fuego para el caso de defensa personal.

Ahora bien, la legislación peruana distingue expresamente entre las licencias de uso de armas de fuego y las autorizaciones. Las primeras, “autorizan” a una persona para el uso de una o más armas de fuego solo cuando estas son de su propiedad y tiene tres (3) años de vigencia, prorrogable, contados a partir de la fecha de su expedición (art. 22). Las licencias tendrán un régimen diferenciado para el personal de misiones diplomáticas y prestadores de servicios de seguridad y vigilancia.

La licencia de uso reviste distintas modalidades en función de la clasificación de armas de fuego de uso civil: defensa personal, seguridad y vigilancia, deporte y tiro recreativo, caza y colección. En tal sentido, la modalidad de licencia emitida por la SUCAMEC precisa si su titular está autorizado para uno, varios o todos los usos establecidos.

Por otro lado, la norma en mención establece que las personas naturales o las personas jurídicas cuyos representantes legales hayan sido condenados por delitos de fabricación, almacenamiento o suministro o tenencia ilegal de armas, municiones y materiales relacionados, de conformidad con el art. 279 de Código Penal, se encuentran inhabilitadas de manera permanente para solicitar las licencias y autorizaciones, aun en los casos que cuenten con la respectiva resolución de rehabilitación por cumplimiento de pena.

Finalmente, el art. 22.6. define que la SUCAMEC en ejercicio de sus competencias puede denegar el otorgamiento de la solicitud de licencia cuando el solicitante no cumpla con las condiciones y requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento y disponer la cancelación o suspensión de licencias de uso de armas de fuego, por infracciones a la Ley y el reglamento o cuando el titular de la licencia haga uso indebido del arma y afecte el orden interno, la seguridad ciudadana y la seguridad personal, la propiedad pública o privada.

Por otro lado, respecto de las denominadas autorizaciones, estas son concedidas por la SUCAMEC para las siguientes actividades específicas: (a) fabricación y/o ensamblaje de armas o municiones; (b) reparación de armas; (c) comercio de armas o municiones, así como su traslado; (d) importación o exportación de armas o municiones modernas o de colección, así como sus partes y componentes; (e) transferencia de armas; (f) recarga de municiones; (g) especiales, de posesión y uso temporal; (h) posesión de armas para colección y caza en el extranjero; (i) autorización para funcionamiento de polígono de tiro; (j) autorización de salida temporal para realizar actividades deportivas, caza y/o reparaciones en el extranjero; (k) ingreso temporal para extranjeros que ingresan al país para realizar actividades de deporte, caza deportiva o resguardo; (l) traslado de armas de fuego registradas como de colección con fines didácticos, de exhibición o demostración dentro y fuera del país; (m) uso de armas de fuego en galerías de tiro debidamente autorizadas sin que se permita su salida, porte y uso fuera de sus instalaciones; y (n) Autorización para la capacitación y entrenamiento en el uso de armas de fuego.

En el art. 37 se establece un amplio régimen de prohibiciones, destacándose para efectos del presente análisis las relacionadas con fabricar, exportar, importar, comercializar, transportar y transferir armas nuevas o de segundo uso, municiones y materiales relacionados, sin la debida autorización de la SUCAMEC; efectuar modificaciones o eliminar las características que identifiquen las armas, sin la autorización de la SUCAMEC; poseer o usar armas sin la licencia o sin la tarjeta de propiedad respectivas o con licencia vencida; usar un arma distinta a la autorizada por la tarjeta de propiedad y licencia; dar al arma de fuego un uso distinto al autorizado; poseer o usar armas de fuego y municiones prohibidas por la Ley; transferir o vender armas con licencia para ingreso temporal al país.

Como complemento al régimen de prohibiciones, la ley en su art. 67 y siguientes establece un régimen sancionatorio por virtud del cual el incumplimiento de las disposiciones dictadas en la Ley, su reglamento y normas complementarias, constituyen infracciones administrativas sujetas a sanciones, cuya tipificación y magnitud se establecen en el reglamento. En todo caso, se habilita expresamente a la SUCAMEC para ejercer sus facultades de control, fiscalización

y/o sanción, dependiendo de cada caso en concreto, directamente o por intermedio de la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Entre las sanciones, que podrán ser concurrentes, se encuentran el decomiso de los bienes materia de la infracción, la multa, la suspensión o inhabilitación temporal de la autorización o licencia otorgada, por un periodo de treinta (30) días hasta ciento ochenta (180) días calendario, la cancelación definitiva de la autorización o licencia otorgada. La SUCAMEC puede disponer el decreto y práctica de la medida provisional de incautación, con el fin de garantizar la seguridad de las personas, de la propiedad pública, privada y del ambiente, destacándose su procedencia en el marco de las investigaciones realizadas por procesos de violencia familiar, donde la SUCAMEC podrá incautar las armas de fuego que estén en posesión de personas respecto de quienes se haya dictado la suspensión del derecho de uso de armas de fuego, conforme a la legislación de violencia familiar

Finalmente, le ley refiere una serie de disposiciones transitorias, destacándose la primera de ellas, puesto que establece de forma expresa la figura de las acciones de colaboración entre la SUCAMEC y la sociedad civil, por virtud de la cual se promueve la participación de las asociaciones de propietarios legales de armas, de los representantes de las casas comercializadoras de armas y de la sociedad Nacional de Seguridad, a fin de implementar mecanismos ciudadanos de denuncia e información sobre acciones contrarias a la Ley, el reglamento o que atenten contra la seguridad ciudadana.

Ahora bien, por medio del Decreto Supremo Núm. 010-2017-IN, se llevó a cabo la reglamentación de la Ley Núm. 30299, con el objeto de regular con detalle técnico el uso civil de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados. El art. 3 del Decreto se refiere a la función reguladora del Estado señalando que la misma se ejerce a través de la SUCAMEC, en el marco del Decreto Legislativo Núm. 1127, y conforme a las disposiciones establecidas en la Ley, el Reglamento y las Directivas que emita la SUCAMEC.

Para dar cierre a este punto, debe destacarse que en Perú la tramitación de LPA se soporta en los lineamientos del denominado Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), el cual fue dise-

ñado por el gobierno como una herramienta de la administración consistente en un documento de gestión que compila los procedimientos administrativos y servicios exclusivos que regula y brinda una entidad pública.

Así las cosas, el objetivo del TUPA es consolidarse como un instrumento que permita unificar, reducir y simplificar de preferencia todos los procedimientos (trámites) que permita proporcionar óptimos servicios al ciudadano, de manera que este sepa qué tipo de trámites se hacen en cada institución, qué requisitos son exigidos para la realización completa de cada trámite, la indicación y el monto de los pagos por concepto de derecho de trámite (Municipalidad Distrital de Yurua, 2021).

El TUPA cumple entonces con los siguientes objetivos: (a) uniformizar los criterios que utiliza la administración pública para la creación y eliminación de procedimientos administrativos; (b) agilizar los trámites mediante la aplicación de principios como la aprobación automática de los mismos o el silencio administrativo; (c) Simplificar la labor de la administración pública al reducir la cantidad de trámites y requisitos que se exigen al público; (d) eficacia en la labor de control de la administración pública; y (e) otorgar seguridad jurídica en materia administrativa, puesto que los particulares sabrán exactamente qué es lo que sucede con sus trámites, el plazo de los mismos y ante quien formular impugnaciones.

Desafortunadamente, dentro del texto del TUPA no se encuentran previstos los trámites relacionados con la expedición de licencias y autorizaciones para uso y porte de armas de fuego.

Ahora bien, en materia de lucha contra la corrupción y el crimen organizado transnacional, Perú se ha destacado por la adopción de la Ley 30077 de 2013, la cual creó una categoría procesal específica relacionada a los delitos cometidos por organizaciones criminales y definió técnicas especiales de investigación adaptadas a la complejidad de estos delitos; igualmente con la implementación de esta norma se empezó a utilizar la categoría de crimen organizado en los más importantes casos de corrupción a nivel nacional y regional (Vizcarra, Bonilla & Prado, 2020: 113).

El art. 2 de la Ley 3077 de 2013 define el concepto de organización criminal en los siguientes términos:

Para los efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación, de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera ser su estructura o ámbito de acción que, con el carácter de establecer o por un tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.

Por su parte el artículo 3 define los delitos a los cuales les es aplicable la ley, y entre los cuales se incluye la tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los arts. 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.

En complemento a las disposiciones de ley mencionada, Perú cuenta con una gran cantidad de instrumentos normativos de naturaleza penal y procesal penal que permiten identificar aquellos delitos susceptibles de ser calificados como crimen organizado y a establecer las pautas para su persecución, juzgamiento y sanción (Vizcarra, Bonilla & Prado, 2020: 121). Dentro de estos instrumentos se destaca el Decreto Legislativo 1244 de 2016¹⁴, el cual fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas mediante la modificación que introdujo al art. 317 del Código Penal creando el tipo penal de organizaciones y bandas criminales de la siguiente forma:

Artículo 317.- Organización Criminal El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se reparten diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos (1), (2), (4) y (8). La pena será

¹⁴ “Mediante el artículo 2. ° del Decreto Legislativo n. ° 1244, publicado el 29 de octubre de 2016, se modificó el artículo 317° del Código Penal e integró el delito de organización criminal. El legislador peruano con la integración del artículo citado, derogó el delito de asociación ilícita y pudo diferenciar los tipos de grupos delictivos. Además, consideró pertinente crear el tipo penal de banda criminal, en el artículo 317°, inciso “b” del Código Penal”. (Arana, 2020: 147).

no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos (1), (2), (4) y (8) en los siguientes supuestos: Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental Artículo 317-B. Banda Criminal El que constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente; será reprimidos con una pena privativa de libertad de no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En relación con el tráfico de armas, el art. 3 del Decreto incorpora los arts. 279-G y 317-B al Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 279-G.- Fabricación, comercialización, uso o porte de armas El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal. Será sancionado con la misma pena el que presta, alquila o facilita, siempre que se evidencie la posibilidad de su uso para fines ilícitos, las armas o bienes a los que se hacen referencia en el primer párrafo. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando las armas o bienes, dados en préstamo o alquiler, sean de propiedad del Estado. En cualquier supuesto, si el agente es miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú o Instituto Nacional Penitenciario la pena será no menor de diez ni mayor de quince años. El que trafica armas de fuego artesanales o materiales destinados para su fabricación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años. Para todos los supuestos se impondrá la inhabilitación conforme a los incisos (1), (2) y (4) del artículo 36 del Código Penal, y adicionalmente el inciso (8) si es miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo 317-B. Banda Criminal El que constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente; será reprimidos con una pena privativa de libertad de no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

En relación con la corrupción debe destacarse que se creó el Sistema Judicial Anticorrupción, tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público (Vásquez Arana, 2020: 145), mediante la creación de 6 juzgados especializados y una Sala Penal Superior Anticorrupción, fiscalías especializadas y la Procuraduría Anticorrupción (Resolución Administrativa Núm. 024-2001-CT-PJ). El objetivo del sistema consiste en promover la participación articulada y coordinada de las instituciones que tienen competencias en materia anticorrupción, con la finalidad de cumplir eficaz y eficientemente con las políticas nacionales de lucha contra la corrupción; Sin embargo, dicho sistema no cuenta con una normatividad específica que permitiera fundamentar una solución estructural al problema, puesto que, por el contrario, las normas expedidas se han formulado como una respuesta de tipo reactivo a problemas o situaciones concretas (Defensoría del Pueblo de Perú, 2017: 8-9).

Por otro lado, dentro de las políticas nacionales de lucha contra la corrupción se encuentra la Política nacional de integridad y lucha contra la corrupción (DS núm. 092-2017-PCM) que se estructura a partir de tres ejes que tienen como objetivo común fortalecer la capacidad del Estado peruano para prevenir y sancionar los actos de corrupción mediante el fortalecimiento de la transparencia e integridad de los distintos actores de la sociedad (instituciones públicas, sociedad civil, sector privado) y de las capacidades de cada uno de estos actores en relación con las estrategias anticorrupción (Vizcarra, Bonilla & Prado, 2020: 121). Así las cosas, la finalidad de la mencionada política se expresa de la siguiente forma:

Contar con instituciones transparentes e íntegras que practican y promueven la probidad en el ámbito público, sector empresarial y la sociedad civil; y garantizar la prevención y sanción efectiva de la corrupción a nivel nacional, regional y local, con la participación activa de la ciudadanía.

Visto todo lo anterior se tiene que la política peruana ha buscado fortalecer el esquema anticorrupción principalmente desde el ámbito penal y promueve la transparencia mediante la adopción de instrumentos unificadores como el TUPA. Sin embargo, para el caso de análisis, no se evidencia que las medidas adoptadas generen una relación entre la actividad de la administración en el otorgamiento

de LPA, el fenómeno de la corrupción y el crimen organizado transnacional (en este caso, bajo la modalidad del tráfico de armas).

En consecuencia, no se vislumbra la formulación de alguna medida que adopte un enfoque preventivo desde la perspectiva del ejercicio de las facultades de las autoridades competentes para expedir permisos de armas —en cualquiera de sus modalidades— ni tampoco se establece una relación clara entre el ejercicio de estas competencias el fenómeno de la corrupción y el tráfico de armas, lo cual es una constante en todos los casos estudiados hasta el momento.

6.6. Análisis comparado

Visto todo el panorama de los países latinoamericanos es clara la influencia que el modelo traído de España ha tenido en la configuración de los esquemas normativos de otorgamiento de LPA en materia de armas de fuego.

Así las cosas en todos los países estudiados, salvo en los casos de México y Argentina, pudo evidenciarse que no existe un reconocimiento constitucional al derecho a la tenencia y porte de armas, y bajo esa línea, las facultades otorgadas a la administración para regular los LPA concedidos en materia de armas son bastante amplias, evidenciándose que entre menor espacio se conceda al reconocimiento constitucional del derecho a tener armas, el poder de policía administrativa se puede acrecentar en forma sustancial en relación con el otorgamiento de LPA. Inclusive, en los países en los que existe un reconocimiento constitucional del derecho a usar o portar armas, se evidencia un apartamiento del modelo norteamericano en la medida en que se ha reconocido la existencia de un riesgo social que se concreta en (a) la existencia de regulaciones por virtud de las cuales el proceso para el otorgamiento de LPA es reglado, basado en el cumplimiento estricto de requisitos para su obtención y (b) el establecimiento de autoridades con competencias exclusivas para el otorgamiento de LPA en materia armamentista y para la comercialización de armas.

De hecho, en la mayoría de los países latinoamericanos se establece un esquema de control estatal expansivo en el que las autoridades com-

petentes tienen injerencia en todo el proceso de fabricación, comercialización, exportación y transporte de las armas, y cuentan con la competencia para establecer requisitos y trámites para observar en cada una de estas fases y también para conceder LPA para la tenencia y porte de armas, estableciendo distintas modalidades en las que se evidencia una tendencia entre los LPA que se otorgan a personas naturales, deportistas, coleccionistas y personal de cuerpos de seguridad, siempre que se dé el cumplimiento de condiciones relacionadas con los antecedentes de los solicitantes, la necesidad que justifica la solicitud y la capacidad comprobada que permita hacer un uso legal de las armas. Igualmente, se evidencia que los LPA no se otorgan a perpetuidad, sino que, al contrario, tienen un carácter revocable en la medida en que desaparezcan las condiciones que en su momento habilitaron el otorgamiento del LPA.

En cuanto a las particularidades propias de cada uno de los ordenamientos latinoamericanos estudiados, debe destacarse la existencia de figuras y aportes de importancia que deben ser considerados en relación con el trámite de los LPA y el ejercicio de las facultades de policía administrativa.

Así las cosas, en primer lugar, la figura del Registro Nacional de Armas previsto en Argentina, resulta relevante, puesto que permite centralizar los trámites de introducción al país, importación, tránsito internacional de material, transporte y venta de armas. Así mismo, se destaca la existencia de la revisión de autorizaciones concedidas sobre armas de guerra, la incorporación de la perspectiva de género como requisito para la adquisición o transmisión por cualquier tipo, uso, tenencia y portación de armas de uso civil y la incorporación en el “Plan federal de abordaje del crimen organizado 2021-2023” de medidas que habilitan la reutilización de los bienes secuestrados y decomisados en procesos penales por parte de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales, y que promueven la adopción de normas que habiliten la destrucción de armas de guerra, pólvora y explosivos que hayan sido secuestrados y estén en poder de la autoridad pública.

Se trata de medidas innovadoras, cuyo impacto deberá ser medido en el mediano y largo plazo, especialmente en lo relacionado con los efectos de la eventual reutilización o destrucción de bienes decomisados por fuerzas policiales, incluyendo armas o partes de estas en el marco del mercado ilegal.

En Brasil, la legislación en materia armamentista ha respondido a las posiciones políticas de sus dirigentes, pasando de un enfoque restrictivo, basado en el Estatuto de Desarme, a la flexibilización durante el mandato de Bolsonaro. Dentro del Estatuto de Desarme se destacan las disposiciones tendientes a centralizar los registros de portación y autorización de compra de armas y las iniciativas relacionadas con el mejoramiento e integración de los principales bancos de datos sobre armas de fuego (el SIGMA4 y el SINARM), evidenciando una tendencia unificadora que permita garantizar un mayor control en materia armamentista.

En contraste, las medidas adoptadas por la administración Bolsonaro son bastante amplias y promueven la implantación de un esquema flexible, basado en presunciones legales que si bien, pueden contribuir a hacer más expedito el trámite de obtención de LPA en materia armamentista, es claro que las mismas representan un riesgo social, razón que llevó a que en la actualidad los decretos contentivos de estas medidas hayan sido objeto de suspensión por el poder judicial.

Ahora bien, al igual que en el caso argentino, el Plan de Seguridad adoptado en Brasil también permite el uso de bienes decomisados por autoridades competentes, sin embargo, no es claro si las armas incautadas en mercados ilegales pueden ser cubiertas por esta disposición y si el efecto de la misma tendría el mismo enfoque logístico en el que se basa la política argentina.

Con Chile, se evidencia un cambio en cuanto a la concepción constitucional del derecho a portar o usar armas, puesto que el mismo no se encuentra reconocido a los particulares, que deberán obtener la autorización correspondiente en los términos de la ley. Dentro de los aportes del ordenamiento chileno se destacan: (a) el establecimiento de la Dirección General de Movilización Nacional como autoridad central de coordinación, encargada de ejercer una función expresa de supervigilancia y control sobre las armas; con (b) una competencia clara para verificar la regularidad de las inscripciones de armas; y, por otro lado (c) la posibilidad de que las solicitudes de transporte y libre tránsito de armas puedan presentarse y concederse preferentemente por medios electrónicos lo cual, tal como se verá más adelante en este escrito, se ha consolidado como una de las he-

ramientas más eficaces para prevenir prácticas corruptas al interior de la administración pública.

Sin embargo, Chile no prevé ningún otro tipo de medida que, desde el derecho administrativo, permita contrarrestar o prevenir la corrupción y el crimen organizado transnacional desde los trámites que se adelantan al interior de la administración pública.

En México, como bien se indicaba, existe un derecho constitucional a que las personas posean armas en su domicilio para garantizar su seguridad y legítima defensa, pero dicho derecho se encuentra ampliamente regulado por los cauces de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, la cual establece, de forma similar a otros países, los supuestos en que podrá concederse o revocarse una licencia de armas. El factor diferencial en México se halla en la formulación de su PND 2019-2024, el cual dentro de su eje titulado “recuperar el Estado de Derecho” es el único documento de política pública en el que se efectúa un reconocimiento expreso de la relación existente entre el tráfico de armas y la inobservancia de la ley y el reglamento por parte de las autoridades públicas, en un marco de complicidad.

Por su parte, el ordenamiento peruano, siguiendo las pautas que se han implantado en otros países de la región, establece una clara función reguladora en cabeza del Estado con el fin de preservar la seguridad nacional y asegurar la protección del orden interno, la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica a través del otorgamiento de licencias de armas. La diferencia es que el ordenamiento peruano es el único que define expresamente en una norma de rango legal el concepto de licencias, distinguiéndolas expresamente de las autorizaciones (que se conceden solo para actividades específicas) y el establecimiento de un esquema de participación entre la SUCAMEC y la sociedad civil con el fin de que las asociaciones de propietarios legales de armas, los representantes de las casas comercializadoras de armas y de la sociedad Nacional de Seguridad, a través de canales especializados contribuyan con información relacionada con acciones contrarias a la Ley, el reglamento o que atenten contra la seguridad ciudadana.

Igualmente, la implementación del TUPA por parte de Perú constituye un importante avance en lo relacionado con la prevención de

la corrupción al interior de la administración, puesto que, al tratarse de una herramienta que compila los procedimientos administrativos y servicios exclusivos que regula y brinda una entidad pública, dota de transparencia, claridad y publicidad los requisitos que deben observarse en cada caso, delimitando claramente que es exigible y que no partiendo de una base de legalidad. Sin embargo, tal como se mencionaba, los trámites relacionados con licencias de armas no se encuentran previstos en este instrumento, lo cual a futuro sería un aporte valioso que permitiría contrarrestar las dinámicas de corrupción y criminalidad que se presentan en el marco del tráfico de armas.

Ahora bien, visto todo lo anterior, es claro que en los países estudiados en este acápite, al igual que en los países no latinoamericanos, no existen instrumentos específicamente diseñados para prevenir la corrupción desde la perspectiva de las competencias de las autoridades implicadas en la expedición de LPA para el uso y porte de armas y. en consecuencia, tampoco se refleja normativamente la relación entre la corrupción, la expedición de LPA y el crimen organizado transnacional (en la modalidad de tráfico de armas).

Las medidas adoptadas, se encuentran diseñadas desde una perspectiva primordialmente penal que busca sancionar fenómenos externos a la administración en ejercicio de sus facultades de policía. No se evidencia entonces la formulación de políticas e instrumentos preventivos enfocados en la sanción de conductas internas, atribuibles a las autoridades competentes en este tipo de asuntos ni tampoco existen medidas claras que procuren la corrección de aquellos factores endógenos que pueden llegar a materializar dinámicas corruptas y de criminalidad organizada; y si bien, es cierto que en la legislación latinoamericana se cuenta con importantes herramientas en materia de transparencia, también lo es que las mismas se han centrado en el fortalecimiento de los registros de armas y no en la forma como se encuentran diseñados los procesos internos dispuestos para el otorgamiento de LPA.

Finalmente, y al igual que el caso de los países no latinoamericanos, se vislumbra un panorama donde no existen diagnósticos ciertos que permitan evidenciar y detallar la relación entre el ejercicio de las facultades de las autoridades competentes para conceder LPA,

la corrupción y las dinámicas del crimen organizado transnacional con sus respectivos matices, de modo que este se presenta como un campo que no ha sido objeto de mayor estudio y desarrollo pero que, a futuro, puede ser prolífico para la formulación de políticas y normas sobre la materia.

7. EL SISTEMA COLOMBIANO

7.1. Desarrollo normativo

En Colombia el art. 223 de la Constitución Política de 1991 establece que solo el Gobierno Nacional podrá introducir y fabricar armas y que nadie podrá poseer o portar estos artefactos sin autorización previa:

ARTÍCULO 223. Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas.

Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale.

Por su parte, la Ley 61 de 1993, “por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, y para reglamentar la vigilancia y seguridad privadas”, estableció en su artículo 1 las materias que serían objeto de desarrollo con ocasión de las facultades otorgadas, y entre las cuales se destacan: (a) establecer el régimen de propiedad, porte, tenencia de las armas, la devolución voluntaria de las mismas al Estado; (b) regular la importación, exportación y comercialización de armas, municiones, explosivos, y maquinaria para su fabricación; y (c) señalar las normas sobre clasificación, expedición y revalidación de salvoconductos, para porte y tenencia de armas de fuego, entre otras.

Con base en dichas facultades fue expedido el Decreto Ley 2535 de 1993, conforme al cual se fijan normas y requisitos para: (a) la

tenencia y el porte de armas, municiones, explosivos y sus accesorios; (b) clasificar las armas, establecer el régimen para la expedición, revalidación y suspensión de permisos, autoridades competentes; (c) determinar las condiciones para la importación y exportación de armas, municiones y explosivos; (d) Señalar el régimen de talleres de armería y fábricas de artículos pirotécnicos, clubes de tiro y caza, colecciones y coleccionistas de armas, servicios de vigilancia y seguridad privada; y (e) Definir las circunstancias en las que procede la incautación de armas, imposición de multas y decomiso de las mismas y establecer el régimen para el registro y devolución de armas.

Del alcance del Decreto se excluyen las armas, municiones, explosivos y sus accesorios destinados a la Fuerza Pública para el cumplimiento de su misión constitucional y legal, así como su fabricación y comercialización en las empresas estatales.

En su art. 2 el Decreto establece un mandato de exclusividad por virtud del cual solo el Gobierno puede introducir al país, exportar, fabricar y comercializar armas, municiones, explosivos y las materias primas, maquinaria y artefactos para su fabricación y ejercer el control sobre tales actividades. En línea con lo anterior, el art. 3 define que los particulares, de manera excepcional, sólo podrán poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, con permiso expedido con base en la potestad discrecional de la autoridad competente.

En todo caso, dicho permiso se concede bajo la responsabilidad absoluta del titular y no compromete la responsabilidad del Estado, por el uso que de ellas se haga (artículo 4). Por lo demás, el permiso se define expresamente en el art. 20 del Decreto en los siguientes términos:

ARTÍCULO 20º.- Permisos. Es la autorización que el Estado concede con base en la potestad discrecional de la autoridad militar competente, a las personas naturales o jurídicas para tenencia o para el porte de armas. [...] Cada una de las armas de fuego existentes en el territorio nacional en manos de los particulares, debe tener un (1) permiso para tenencia o para porte según el uso autorizado. No obstante, podrán expedirse dos (2) permisos para un (1) arma, si su uso se autoriza entre parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o entre cónyuges o compañeros permanentes.

Esta norma fue adicionada por el art. 5 de la Ley 1453 de 2011, por medio del cual se establece que el Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares tendrá a su cargo la organización y administración de un registro en el cual deberán inscribirse todos los permisos y que deberá estar disponible para las autoridades que ejerzan funciones de Policía Judicial.

Por su parte, el art. 21 del Decreto establece que los permisos tienen validez en todo el territorio y se clasifican en permiso para tenencia, para porte y especiales. El permiso para tenencia (art. 22) autoriza a su titular para mantener un arma en el inmueble que haya declarado para su tramitación (residencia, lugar de trabajo o lugar que se pretende proteger). Sólo podrá autorizarse la expedición hasta de dos (2) permisos para tenencia por persona y tendrá una vigencia máxima de diez (10) años.

El permiso para porte (art. 23) es aquel que autoriza a su titular para llevar consigo un arma. Sólo podrá autorizarse la expedición de hasta dos permisos para porte por persona, donde la autorización para el segundo permiso será evaluada de acuerdo con las circunstancias particulares de seguridad del solicitante. Este permiso para el caso de armas de defensa personal se expedirá por el término de tres (3) años y para el caso de armas de uso restringido tendrá una vigencia de un (1) año.

Finalmente, el permiso especial (artículo 24) es aquel que se exige para la tenencia o para porte de armas destinadas a la protección de misiones diplomáticas o funcionarios extranjeros legalmente acreditados.

Por su parte, el art. 32 del Decreto estableció que son competentes para la expedición y revalidación de permisos para tenencia y para porte de armas y para la venta de municiones las siguientes autoridades militares: El Jefe del Departamento de Control de Comercio Armas, Municiones y Explosivos, los Jefes de Estado Mayor de las Unidades Operativas Menores o sus equivalentes en la Armada Nacional o la Fuerza Aérea y los Ejecutivos y Segundos Comandantes de Unidades Tácticas en el Ejército Nacional o sus equivalentes en la Armada Nacional y la Fuerza Aérea.

A renglón seguido, en el art. 33 de la norma se identifican los requisitos que deben observar las personas naturales y las personas jurídicas para obtener el permiso de tenencia y en el art. 34 los requisitos para obtener el permiso de porte, los cuales comparten un elemento común consistente en la obligación de justificar la necesidad¹⁵ que lleva a solicitar el permiso en una u otra modalidad.

El art. 57 establece que la importación y exportación de armas de fuego solo podrá efectuarse a instancias del Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Defensa y enfatiza en el hecho de que la entidad gubernamental encargada de estas operaciones no podrá derivar utilidad alguna y solamente cobrará los costos de administración y manejo.

En materia sancionatoria, el art. 90 del Decreto hace referencia a que la autoridad competente dispondrá la devolución, la imposición de multa o decomiso de armas incautadas mediante acto administrativo susceptible de los recursos de reposición y apelación.

El marco normativo sentado por el Decreto 2535 de 1993, fue complementado en materia penal con la promulgación de la Ley 1453 de 2011, la cual en sus arts. 19 y 20 establece que la persona que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años o de once (11) a quince (15) años tratándose de armas de uso privado de las Fuerzas Armadas o explosivos.

Visto todo lo anterior, es clave señalar que en Colombia la Industria Militar es el agente legalmente constituido como proveedor de armas de fuego en el país; por tanto, los suministros que esta dependencia ponga en circulación son la base del mercado disponible tanto para la población civil como para los organismos armados del Estado (Soto, 1993). Bajo ese entendido, los sectores de la población que recurren

¹⁵ En asuntos como seguridad y protección, defensa e integridad personal, peligro de muerte o grave daño personal por especiales circunstancias de la profesión, oficio, cargo que se desempeña o la actividad económica que se desarrolla.

al mercado ilegal de armas buscan encontrar condiciones favorables en materia de cantidad, calidad y precio, donde puede suponerse que la subversión requiere material bélico en grandes cantidades; el narcotráfico, mercancía de alto poder de fuego; las autodefensas pueden combinar los anteriores criterios; y el ciudadano común busca armas de mayor capacidad defensiva a menor precio (Soto, 1993).

La demanda de armas ilegales se encuentra directamente relacionada con la espiral de violencia que caracteriza el contexto sociopolítico de Colombia. Aunado a lo anterior, el hecho de que existe un alto poder adquisitivo por parte de los demandantes, y la magnitud y calidad de la oferta van en aumento, es posible concluir que el negocio de las armas está fomentado tanto por la oferta como por la demanda (Soto, 1993), de modo que la acción de las autoridades competentes debe buscar los focos que permiten que dicho mercado se sostenga en el tiempo, donde la lucha contra la corrupción y el crimen organizado transnacional devienen en esenciales.

Desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que Colombia sigue las tendencias latinoamericanas al enfocar sus políticas en la lucha contra delitos como el narcotráfico, la trata de personas o el tráfico de armas. Sin embargo, y tal como se destaca en la doctrina, Colombia se enfrenta a un escenario excepcional: el postconflicto, donde, la nueva estrategia en contra de la delincuencia organizada está focalizada en combatir a las denominadas bandas criminales o BACRIM¹⁶ (Torrijos & Balaguera, 2017: 135-136).

Desde una perspectiva internacional, Colombia es parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organi-

¹⁶ Inclusive, al valorar la evolución de las BACRIM se efectuó una clasificación en dos categorías para referirse a ellas y determinar el margen de maniobra en contra de las mismas, a saber: “Grupo Delictivo Organizado —GDO— y Grupo Armado Organizado —GAO—. El primero, se asemeja a la definición contenida en la convención de Palermo; mientras que el segundo, enfatiza en la capacidad de estas organizaciones de emprender acciones armadas que atenten contra la institucionalidad, generen niveles de violencia superiores a los encontrados en disturbios y tensiones internas, y la existencia de una estructura organizacional que les permita articular la violencia (Ministerio de Defensa Nacional, 2016)”. (Torrijos & Balaguera, 2017: 135-136).

zada Transnacional y del Protocolo complementario para Prevenir y Reprimir la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños (Cancillería de la República de Colombia, s.f.) y ha adherido a varios instrumentos internacionales que buscan hacer frente a la corrupción, por medio de medidas como la creación de legislación y su aplicación efectiva, entre los que se cuentan la CNUCC, la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estado Americanos y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. De forma paralela Colombia también participa en otros escenarios, como el de la Cumbre Anticorrupción en Londres, en la que reafirmó su voluntad de apoyar esfuerzos para combatir el lavado y ocultamiento de asociados a la corrupción, mejorar los estándares de contratación pública, niveles de transparencia en la gestión y protección a quienes denuncian hechos de corrupción (Cancillería de la República de Colombia, s.f.) y el de la VIII Cumbre de las Américas bajo el lema “Gobernabilidad democrática frente la Corrupción”, en la cual Colombia lideró tres iniciativas¹⁷, las cuales lograron su aprobación de fondo, para ser aplicadas a nivel hemisférico.

A nivel interno, el avance legislativo más reciente en la materia se produce con la promulgación de la Ley 2195 de 2022, “por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”, que se constituye como un estatuto integral que regula aspectos principalmente penales y administrativos del fenómeno de la corrupción, desde la perspectiva de funcionarios y de particulares (personas naturales y jurídicas).

¹⁷ “1. Desarrollo de un sistema interamericano de educación desde la primera infancia, que incluye la formación en ética y valores y respeto por el público. (párrafo 3)
2. Implementación de un mecanismo de acompañamiento intergubernamental a proyectos específicos a solicitud de los Estados. (párrafo 28)
3. Desarrollo de una iniciativa de observación en el marco del MESICIC que permite la medición y el monitoreo de políticas de transparencia y anticorrupción. (párrafo 48)” (Cancillería, S.F.)

Para efectos del análisis que se ha desarrollado a lo largo de estas páginas, resultan de importancia aquellas disposiciones de la Ley 2195 de 2022 que incorporan medidas que refuerzan la responsabilidad administrativa de personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras en supuestos relacionados con la comisión, por sus administradores o representantes, de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, o en los eventos en que la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera se hubieren beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de una conducta punible o tolerado la realización de la misma.

Bajo ese marco, también debe resaltarse la figura del fortalecimiento administrativo para la lucha contra la corrupción prevista en el artículo 19 de la precitada norma y conforme a la cual se establece que las personas jurídicas que por medio de uno o varios:

(a) empleados; (b) contratistas; (c) administradores; o (d) asociados, propios o de cualquier persona jurídica subordinada den, ofrezcan, o prometan, a un servidor público extranjero, directa o indirectamente: (i) sumas de dinero; (ii) cualquier objeto de valor pecuniario; u (iii) otro beneficio o utilidad, a cambio de que el servidor público extranjero realice, omita, o retarde, cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, serán sancionadas administrativamente sin perjuicio de la responsabilidad penal a la que haya lugar, lo cual evidencia el enfoque transnacional que se empieza a incorporar en las normas destinadas a la prevención y lucha contra la corrupción y que eventualmente pueden llegar a guardar relación con dinámicas de criminalidad organizada enmarcadas en el tráfico de armas.

Por otro lado, el art. 14 de la Ley 2195 de 2022 establece la figura del Observatorio Anticorrupción, cuya administración y desarrollo corresponde a la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República con el objetivo de recolectar, integrar, consolidar e interoperar información pública que permita generar de forma permanente y dinámica un análisis de las tipologías del fenómeno de la corrupción y así estructurar estudios y documentos para proponer a

la rama ejecutiva modificaciones normativas o administrativas en sus procesos y procedimientos.

Bajo esta figura, la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República no podrá tener acceso a información clasificada y reservada, conforme a lo establecido en la Ley 1712 de 2014, Ley 1581 de 2012, Ley 1266 de 2008 u otras que dispongan el carácter reservado o clasificado de la información. En consecuencia, la Secretaría de Transparencia podrá pedir la información de carácter público y anonimizada en formatos que garanticen su interoperabilidad, uso y reutilización.

No obstante, lo anterior, debe resaltarse que esta herramienta resulta indispensable para el fenómeno estudiado a lo largo de estas páginas en la medida en que representa una oportunidad para obtener un diagnóstico preliminar e institucionalizado sobre la interacción entre: (a) la gestión administrativa interna destinada al otorgamiento de LPA, (b) el fenómeno de la corrupción y (c) su incidencia en la criminalidad organizada a nivel nacional y transnacional.

Las disposiciones que vienen de mencionarse deben leerse conjuntamente con el artículo 31 de la Ley 2195 de 2022, conforme al cual cada entidad del orden nacional, departamental y municipal, cualquiera que sea su régimen de contratación, deberán implementar Programas de Transparencia y Ética Pública con el fin de promover la cultura de la legalidad e identificar, medir, controlar y monitorear constantemente el riesgo de corrupción en el desarrollo de su misionalidad, lo cual, es de gran importancia en la medida en que permitirá identificar las distintas formas en que se puede concretar este riesgo, desde la perspectiva de la administración en ejercicio de su poder de policía, cobijando los supuestos de la tramitación de permisos de armas.

Tampoco debe pasarse por alto que en el art. 59 de la Ley 2195 de 2022 se establece la responsabilidad extracontractual de los funcionarios públicos o particulares que, en ejercicio de función administrativa, comentan actos de corrupción con los que puedan lesionar los intereses individuales del Estado, donde para el caso de estudio, podrían llegar a surgir eventuales condenas en sede de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como consecuencia de actos

de corrupción derivados del otorgamiento de permisos o licencias, según las circunstancias particulares que se demuestren en cada caso.

Sobre esto último, valga mencionarse que el otorgamiento de LPA, la legislación colombiana expresamente establece que el uso que un titular de un permiso de a un arma determinada no compromete la responsabilidad del Estado, lo cual constituye una figura que no se replica en otros ordenamientos y genera dudas sobre la posibilidad de ser aplicado respecto del tráfico ilegal que pueda darse a un arma que tenga un origen presuntamente legal.

Igualmente, la legislación Colombiana incluye precisiones normativas que se relacionan con el poder regulatorio y el ejercicio del poder de policía administrativa en la tramitación de permisos, donde llama la atención aquella disposición por virtud de la cual se reconoce que la importación y exportación de armas de fuego solo podrá efectuarse a través del Ministerio de Defensa, que no podrá derivar utilidad alguna y solamente se encuentra habilitado para cobrar los costos de administración y manejo que genere este tipo de trámites. Sin embargo, llama la atención preguntarse si la competencia para fijar ese tipo de costos se encuentra expresamente regulada y cuál es su alcance, en aras de prevenir que, por esa vía, se generen prácticas corruptas.

7.2. Análisis comparado

A la luz de este panorama normativo, y con el fin de hacer una comparación con la totalidad de los países estudiados en este escrito, se tiene que, desde la perspectiva de los países no latinoamericanos, en Colombia se otorga a los LPA en materia de armas un tratamiento similar al del modelo español, conforme al cual no se efectúa un reconocimiento de un derecho constitucional a tener armas, dotando a las autoridades competentes de potestades regulatorias amplias en materia de armas.

De hecho, en Colombia se establece expresamente una regla general de exclusividad en cabeza del Gobierno Nacional en lo relacionado con la introducción, exportación, fabricación y comercialización de armas y una excepción para que los particulares puedan

poseerlas o portarlas con base en el permiso que se otorgue para su tenencia o porte (que son supuestos diferenciados).

De esta forma, las disposiciones del ordenamiento colombiano distan de aquellas propias del modelo estadounidense y no se evidencia similitud en relación con el otorgamiento de LPA teniendo en cuenta que existen diferencias cardinales en los supuestos constitucionales que dan sustento a uno y otro modelo. Sin embargo, previsiones propias del ordenamiento estadounidense para la lucha contra la corrupción y el crimen organizado transnacional, tales como la congelación de activos, podrían ser consideradas como un instrumento preventivo dentro de la legislación colombiana.

En cuanto a figuras de relevancia, tales como el registro público de armas implementado en países como Francia, Colombia no tiene expresamente implementada esta figura como un banco de información que pueda ser alimentado por las autoridades competentes y por todos los sujetos habilitados para intervenir válidamente en su tráfico legal, lo cual constituye un importante aspecto cuya implementación debe ser considerada a futuro, teniendo en cuenta que, en la actualidad, el registro solo opera a instancias de las autoridades competentes y solo puede accederse al mismo por orden de autoridad judicial.

Desde la perspectiva latinoamericana, también se evidencia que el ordenamiento colombiano podría incorporar aportes de países vecinos, tales como la perspectiva de género para efectos de conceder los permisos de armas o la posibilidad de incorporar medidas que habiliten la reutilización de los bienes secuestrados y decomisados en procesos penales por parte de la Policía Nacional o que permitan la destrucción de armas de guerra, pólvora, explosivos que hayan sido secuestrados y estén en poder de la autoridad pública, como es el caso argentino. Del ordenamiento chileno, valdría la pena rescatar la posibilidad de implementar tecnologías que permitan que, la solicitud, tramite y otorgamiento de permisos de armas en Colombia se realice en preferentemente en virtual, lo cual podría hacer más eficiente el procedimiento actual y le dotaría de la posibilidad de blindarlo de injerencias indebidas por parte de los involucrados en cada una de sus etapas.

En comparación con México, debe destacarse que Colombia podría avanzar en la incorporación de prescripciones similares a las del PND 2019-2024, el cual dentro de su eje titulado “recuperar el Estado de Derecho” establece y reconoce la relación existente entre el tráfico de armas y la inobservancia de la ley y el reglamento por parte de las autoridades públicas.

En lo que respecta a Perú, el aporte que mejor podría complementar el ordenamiento colombiano en materia de LPA se materializa en la implementación de una especie de TUPA, puesto que la implementación de un texto o norma que unifique los trámites ante la administración contribuye a reducir aquellas inquietudes o lagunas que puedan existir respecto de un trámite determinado y que pueden ser usados para propósitos ilegales. Igualmente, el establecimiento de canales participativos de denuncia resulta de gran utilidad para que las autoridades públicas cuenten con un panorama integral de aquellas situaciones —internas y externas— que inciden en los procedimientos establecidos para la expedición de LPA en materia de armas.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, al igual que todos los países estudiados, en lo relacionado con el otorgamiento de LPA no existe en Colombia una medida que, claramente, analice los procedimientos internos existentes para la tramitación y otorgamiento de licencias y permisos de armas de fuego con el fin de identificar dinámicas que generen corrupción. Como consecuencia, tampoco se vislumbra la formulación de alguna medida que adopte un enfoque preventivo desde la perspectiva del ejercicio de las facultades de las autoridades competentes para expedir permisos de armas —en cualquiera de sus modalidades— ni tampoco se establece una relación clara entre el ejercicio de estas competencias, el fenómeno de la corrupción y el tráfico de armas.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

8.1. Conclusiones

Habiéndose analizado el panorama del otorgamiento de LPA en países no latinoamericanos y latinoamericanos, son varias las conclusiones a las que pueden llegarse. En primer lugar, se reitera que, entre mayor reconocimiento constitucional se otorgue al derecho a tener armas, menores serán las potestades con que cuenta la administración para regular con un alcance restrictivo la tenencia, uso y porte de armas de fuego. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la potestad de policía administrativa, manifestada en la regulación de LPA, debe estar siempre soportada en normas de orden superior como la Constitución y la Ley, y en la medida en que estas normas den un alcance amplio al derecho a poseer y/o portar armas, las potestades regulatorias deberán ejercerse en forma tal que no se generen restricciones que excedan el núcleo de la garantía a la propiedad y la seguridad (personal y/o pública).

En segundo lugar, dentro de los países estudiados es claro que la noción de LPA se utiliza conceptualmente en forma indistinta y así se ha incorporado a la normatividad de los países estudiados. En tal sentido, en muchos países la licencia se define como una autorización, el permiso como una licencia, entre otros, que terminan por generar imprecisión frente a los efectos que derivan del uso adecuado de estos conceptos. Debe recordarse que en el acápite introductorio de este estudio se definieron cada una de estas nociones, y se identificó que, del alcance de cada una, se derivan consecuencias determinadas, como el otorgamiento *intuitu personae*, la flexibilidad o rigidez en la observancia de los requisitos establecidos para su otorgamiento, la revocabilidad en forma discrecional o reglada, entre otros.

En todo caso, con independencia de la noción utilizada, en las normas estudiadas pudo evidenciarse una tendencia para conceder LPA en materia de armas de fuego sobre varias bases comunes a saber: (a) los antecedentes (principalmente penales) de los solicitantes; (b) la evaluación sobre las capacidades (físicas y mentales) de los solicitantes para el manejo de armas; (c) la necesidad que justifica

la solicitud de LPA; (d) La identificación del solicitante mayor de edad (con las excepciones para menores de edad que practiquen alguna disciplina deportiva determinada); y (e) La situación socio-económica del solicitante.

De esta manera, los LPA se otorgan sobre la consideración de diversos factores que, en caso de no ser cumplidos, implican que no haya lugar al otorgamiento del LPA o que, en caso de desaparecer, conlleven la suspensión o revocabilidad del LPA.

En tercer lugar, pudo constatarse que en todos los países estudiados el fenómeno del tráfico de armas y del crimen organizado transnacional se reconoce como una problemática relevante que ha sido objeto de medidas desde la política criminal, el derecho penal y el derecho internacional. Desde la perspectiva del derecho administrativo este tipo de fenómenos aún se encuentra en un estado incipiente de regulación puesto que, a lo sumo, las escasas medidas implementadas en este ámbito se refieren a la transparencia en los registros de armas a cargo de las autoridades competentes y al establecimiento de un régimen sancionador basado en la imposición de multas, en la suspensión temporal o en la revocatoria permanente de los LPA. De hecho, y tal como se afirmó reiteradamente a lo largo de este análisis, en las normas estudiadas no se evidencia la incorporación de medidas preventivas frente a las causas endógenas de la corrupción que puedan tener incidencia en la tramitación de LPA y en la eventual configuración de dinámicas generalizadas de corrupción y de criminalidad organizada.

Lo anterior, se produce como consecuencia de la falta de un diagnóstico que incorpore este tipo de enfoque preventivo desde la gestión que se realiza al interior de la administración en el marco del otorgamiento de LPA. Así las cosas, solamente en uno de los países estudiados (México) se evidenció una breve referencia a la posible relación entre la corrupción, la gestión administrativa y el tráfico de armas ilegales, sin embargo, todavía no existe estudio o medida que adopte un enfoque preventivo o sancionatorio sobre este tipo de dinámicas que se encuentran latentes y generan la expansión de la criminalidad organizada en distintos escenarios.

Por último, se puede afirmar que las medidas preventivas deben, en adelante, formularse con una perspectiva que integre al derecho administrativo como herramienta para reformular los esquemas de otorgamiento de LPA en aras de blindarlos de la injerencia indebida de actores que persiguen propósitos ilícitos en el marco de este tipo de trámites. Lo anterior, no solo implica la adopción de medidas desde la perspectiva de los solicitantes y eventuales titulares de los LPA sino también desde las competencias y procedimientos que se desarrollan al interior de la administración para otorgar los mencionados LPA, donde muy seguramente se identificarán vacíos o zonas grises que pueden ser objeto de desarrollo en pro de la garantía de la seguridad pública y de la lucha efectiva (desde varios frentes) contra una de las caras de la corrupción y del crimen organizado transnacional.

8.2. Recomendaciones para los países latinoamericanos

Con base en las conclusiones expuestas, a continuación, proceden a formularse las siguientes recomendaciones que pueden implementar los países latinoamericanos en orden a estructurar una estrategia que a futuro permita prevenir y sancionar la corrupción y el crimen organizado transnacional desde la perspectiva de las causas endógenas que pueden dar lugar desarrollo de dinámicas delictivas en el trámite de LPA.

En primer lugar, y tal como se había mencionado antes, es necesario que los países prioricen este tipo de temas en su agenda política y que con base en ello, inicien una fase de diagnóstico a partir de la cual se identifiquen variables como: (a) la regulación existente sobre trámites administrativos para el otorgamiento de LPA para el uso y porte de armas de fuego; (b) la identificación de vacíos o zonas grises que se presten para generar espacios aptos para el desarrollo de prácticas corruptas; (c) La eventual interrelación entre la forma en que se llevan a cabo los trámites de LPA y el tráfico de armas; y (d) una identificación preliminar del tipo de prácticas corruptas que se presentan en la cotidianidad del trámite de LPA (ej. apagar sistemas de detección como se mencionaba en el caso de Estados Unidos).

Es necesario verificar el nivel de inversión pública destinado al control de armas, puesto que, tal como lo ha indicado la doctrina, muchas

de las medidas previstas para contrarrestar la criminalidad en este ámbito salieron parcialmente o no salieron del papel en función de la falta de inversión pública. Es necesario dotar de mejores condiciones de trabajo, herramientas y recursos (humanos y tecnológicos) a las autoridades competentes que pueden desempeñar un papel esencial en la prevención de la criminalidad (Mack, 2011: 102-103).

Otras de las recomendaciones identificadas en la doctrina y que resultan aplicables en los países latinoamericanos tienen que ver con regular todas las instancias de control de armas, instituir una cultura de transparencia en todos los aspectos del mencionado control (no solo limitándolo a sus fases de producción y comercialización), perfeccionar la información y los datos existentes en materia de tráfico de armas y su relación con la corrupción y el crimen organizado transnacional, y valorizar política, administrativa y financieramente el control de armas como área de seguridad pública (Mack, 2011: 104).

Igualmente, en la construcción de políticas y normas relacionadas con el otorgamiento de LPA en materia de armas sería importante contar con algún tipo de organismo asesor especializado que, separado de los cuerpos de policía, brinde en forma neutral asesoría sobre las normas vigentes en materia de armas y sirva como foco de difusión de información, entrenamiento, producción de conocimiento y uso de las tecnologías para prevenir que la corrupción sea un fenómeno que se masifique durante la tramitación de LPA (Villanueva & Valenzuela, 2012: 72).

Autores como Zúñiga reconocen que la corrupción, los espacios grises en la burocracia inherente a los trámites ante la administración pública, sumados a la cultura ciudadana hacia la corrupción como una necesidad o una costumbre, son un caldo de cultivo para ese tipo de práctica, por lo que es necesario implementar acciones como: (a) simplificar y unificar el marco regulatorio, reduciendo y haciendo más eficiente el número de documentos y peticiones que se les hace a los ciudadanos al realizar un trámite y que exista claridad y no duplicidad de trámites; y (b) incentivar los pagos electrónicos e impulsar la comunicación gubernamental a través de internet, que representa una ventana de oportunidad para reducir interacciones indebidas con las autoridades, transparentar los ingresos y hacer más efectiva la comunicación (Zúñiga, 2017).

También debe resaltarse que iniciativas como el TUPA implementado en el Perú constituyen un avance valioso en la materia, puesto que la unificación de todos los trámites relacionados con LPA existentes en un ordenamiento determinado resulta muy útil para efectos de promover la transparencia, evitar confusiones o duplicidad de información y sistematizar en un solo instrumento la forma en que se ejerce el poder de policía administrativa y los requisitos obligatorios para la obtención de LPA. Sin embargo, y tal como se señaló al estudiar este país, es necesario que el instrumento condense todos los trámites existentes y no solo algunos de ellos.

A futuro, también resulta recomendable que los instrumentos, políticas y normas que se adopten incorporen el principio de conceder autorizaciones bajo la consideración preventiva relacionada con el posible riesgo de que las armas sean utilizadas en acciones que vulneren los derechos humanos. Así las cosas, de conformidad con las disposiciones del TCA¹⁸, deberán implementarse evaluaciones de riesgo para determinar si las armas que ingresen al comercio contribuirán a la paz y a la seguridad o si podrán ser destinadas para cometer o facilitar una violación grave del derecho internacional humanitario, o para cometer o facilitar una violación grave de las normas internacionales de derechos humanos, cometer o facilitar un acto que constituya un delito en virtud de los convenios o protocolos internacionales relativos al terrorismo y/o a la delincuencia organizada transnacional.

En línea con lo anterior, también resulta necesario que, en el marco de los futuros esfuerzos normativos y regulatorios sobre este tema, se acuda a los contenidos de la Ley Modelo de la UNODC, que se constituye como una respuesta a las necesidades específicas de asistencia técnica identificadas por los Estados Miembros a fin de armonizar la legislación nacional con los requisitos establecidos en

¹⁸ “La llamada “Regla de Oro” del TCA se resume en pocas palabras: “No autorizar armas para cometer atrocidades”. Un principio vinculante de derecho internacional que prohíbe transferir armas convencionales si hay riesgo fundado de que se utilicen para cometer o facilitar genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones de derechos humanos”. (Amnistía Internacional, s.f.)

otros instrumentos internacionales en materia de tráfico de armas y crimen organizado transnacional. Así mismo, los nuevos desarrollos normativos y reglamentarios por medio de los cuales se han incorporado la perspectiva de género y la intervención en materia de salud mental como factores para el otorgamiento de LPA deben tener una mayor aplicación por las autoridades de otros países y, cuando menos, empezar a ser considerados como criterios orientadores de su gestión en este tema de alta sensibilidad.

Por último, se debe hacer un llamado a potenciar la investigación y la participación ciudadana en la construcción de un modelo preventivo y sancionatorio que tenga un enfoque integral y que, a futuro, permita articular en forma armónica las variables sobre las que se construyó el presente análisis.

8.3. Recomendaciones para Colombia

En Colombia, además de ser replicables todas las recomendaciones formuladas para los países latinoamericanos, debe hacerse mención a la existencia de un documento emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), que contiene elementos útiles para analizar la corrupción desde una perspectiva endógena pero que, al parecer, no tiene una aplicación activa por parte de quienes son sus receptores.

Así las cosas, el denominado Protocolo para la identificación de riesgos corrupción asociados a la prestación de trámites y servicios (2016) establece los criterios que deben observar las entidades públicas con miras a efectuar la identificación de los riesgos de corrupción asociados a trámites conforme a lo establecido en la Guía para la Gestión de Riesgos de Corrupción en relación con el análisis de los procesos misionales que contienen procedimientos relacionados con trámites (DAFP, 2016: 5).

El protocolo establece que la entidad debe identificar el contexto analizando las debilidades y amenazas que pueden causar hechos de corrupción en las actividades desarrolladas o en su entorno (DAFP, 2016: 7), lo cual correspondería a una fase diagnóstica inicial.

En línea con lo anterior, la entidad estatal competente debe determinar las debilidades que generan espacios de corrupción desde una perspectiva endógena, tales como zonas o ámbitos de discrecionalidad, fallas en el diseño de los procesos, normatividad compleja, excesivos costos administrativos, débiles sistemas de información, inadecuada selección de personal, ausencia de manuales, tecnología obsoleta o carente de controles, entre otros (DAFP, 2016: 7).

Igualmente, el protocolo indica la importancia de observar los factores externos que pueden incidir en el uso del poder para beneficio de un privado como son: la intervención de carteles de contratistas, organizaciones delictivas, grupos armados, participación y control social débiles, fragilidad en el control externo, recursos públicos no regulados efectivamente entre otros. Bajo esta óptica se reconoce que “la problemática de la corrupción en trámites presenta diferentes grados de complejidad que incluyen la cooptación del Estado por grupos delincuenciales especializados en trámites de alto impacto” (DAFP, 2016: 8).

El protocolo también identifica siete actividades que adelantan tanto los funcionarios públicos como los ciudadanos y que, eventualmente, pueden generar riesgos de corrupción:

En general, se detectaron siete actividades adelantadas por los servidores de las entidades públicas dentro de los cuales se encuentran: - La divulgación de la información - Recibo de los documentos - Revisión de los documentos - Pagos - Gestión de la solicitud - Gestión de la respuesta - Gestiona el recurso de reposición. En el caso, de los ciudadanos se identificaron siete actividades que deben adelantar ante la entidad, entre ellas están: - Informarse de los requisitos y condiciones del trámite. - Reunir los documentos - Registro en el sistema - Radicar los documentos - Presentar información adicional - Esperar la respuesta - Presentar recurso de reposición” (DAFP, 2016: 10).

El anterior protocolo tuvo una segunda versión en el año 2018, en la cual se indicó su carácter complementario respecto de la Guía gestión de riesgo y control para entidades públicas con el objeto de servir como instrumento para la identificación de riesgos de corrupción en los procesos misionales que tengan procedimientos asociados a trámites (DAFP, 2018: 7).

Este documento actualizado establece expresamente que los riesgos de corrupción en trámites se pueden presentar en dos momentos a saber: (a) cuando se efectúa el trámite en el marco de la interacción entre ciudadano y servidor público o (b) cuando se ejecutan los procedimientos al interior de la entidad para dar cumplimiento al trámite (DAFP, 2018: 8).

Bajo ese entendido, el documento propone el análisis de riesgos de corrupción en trámites con base en la teoría de la agencia de Robert Klitgaard, según la cual en los trámites de la administración se presenta una relación entre tres actores: director-agente-cliente, desde una perspectiva económica, en la cual el director representa los intereses del Estado y la sociedad, el agente o servidor público tiene la oportunidad de desconocer sus deberes y procurar un beneficio privado y el cliente es el ciudadano que tiene la relación con el agente o servidor (DAFP, 2018: 8).

En desarrollo de esa triple interacción, el documento también hace referencia a la doctrina de Donald R. Cressey, conforme a la cual, el comportamiento corrupto del agente está determinado por tres componentes: la oportunidad, la responsabilidad y la presión, que conforman el denominado triángulo de la corrupción (*Ibíd.*: 9).

La oportunidad se materializa en aspectos como poca información al ciudadano, desorganización en la información, inexistencia de procesos y procedimientos claros, confianza excesiva en los servidores públicos, pocas acciones de rendición de cuentas, entre otros (*Ídem.*). La responsabilidad se concreta en las fallas éticas y de compromiso en que incurre el servidor (*Ídem.*), y la presión corresponde a aquellos factores internos (trayectoria socioeconómica, ética y educativa del servidor) y externos (factores de mercado y culturales) que influyen en la toma de una decisión (*Ibíd.*:10).

En línea con lo anterior, el documento señala que tanto en el contexto interno como externo de una entidad se presentan debilidades internas que generan riesgos de corrupción y también amenazas del entorno que deben ser identificadas y neutralizadas.

Así, como debilidades internas, el documento señala, entre otras:

[...] espacios de discrecionalidad (toma de decisiones con cierta autonomía), fallas en el diseño de los procesos, normatividad compleja,

excesivos costos administrativos, débiles sistemas de información, inadecuada selección de personal, ausencia de manuales y tecnología obsoleta o carente de controles [...] (*ídem.*).

Como amenazas del entorno, se destacan “[...] la intervención de carteles de contratistas, organizaciones delictivas, grupos armados, participación y control social débiles, fragilidad en el control externo, recursos públicos no regulados efectivamente, entre otros [...]” (*Ibíd.*: 11).

En todo caso, frente a las dos clases de amenazas, el documento retoma el protocolo de 2016 en cuanto a las actividades que realizan los funcionarios y ciudadanos y, además, presenta una matriz que identifica el paso a paso estandarizado de un trámite y las oportunidades de que se presenten riesgos de corrupción en cada etapa. A manera de ejemplo, un factor que genera corrupción es la compra de turnos, que afecta la igualdad en la gestión del trámite en la etapa de radicación.

Dentro de la mencionada matriz, valga destacar, para efectos del presente análisis, que desde la perspectiva interna o endógena, los principales riesgos se presentan en las etapas en que (a) la entidad revisa los documentos para tramitación y (b) cuando gestiona la solicitud como tal.

En el primer escenario, los riesgos se materializan como consecuencia de los siguientes factores: (a) inexistencia de mecanismos que validen la veracidad de los requisitos acreditados; (b) no hay criterios técnicos o jurídicos claros para determinar la calidad del requisito; (c) no existen mecanismos de seguridad informática; (d) tramitadores para alterar o para adquirir documentación falsa; (e) tramitadores para justificar la calidad del requisito por fuera de la norma técnica; (f) sobornos para borrar información institucional en beneficio propio (DAFP, 2018: 16-17).

En el segundo escenario, las dinámicas de corrupción se configuran por la ocurrencia de prácticas como las que a continuación se enuncian: (a) contacto informal entre servidores aprobadores o analizadores de información y tramitadores; (b) no hay mecanismos de supervisión directos o con apoyos tecnológicos a la información registrada en las visitas técnicas; (c) no existe autonomía en la aplicación de criterios técnicos del servidor aprobador; (d) falla en la confidencialidad de las decisiones filtrándola a grupos de interés; (e) búsqueda de

tramitadores para pagar por aplicación de criterio más flexibles para la aprobación de la solicitud; (f) pago directo a servidor para adulterar la información de registro en visita técnica; (g) hacer lobby o presionar directivos mediante dádivas para inducir la aprobación por encima de los criterios técnicos del analista; y (h) soborno por extraer información previa a la formalización de la información (*Ídem.*).

Para dar respuesta a los mencionados riesgos y evitar su materialización en prácticas corruptas, el documento establece que las entidades públicas deben implementar acciones de control y racionalización orientadas a reducir o eliminar los riesgos que se puedan presentar. El documento también reconoce que no toda causa de corrupción genera acciones de racionalización, puesto que un trámite puede encontrarse diseñado en forma ágil y transparente, pero el comportamiento del servidor público implicado puede llegar a incidir en el procedimiento y lograr un favorecimiento de sus propios intereses, lo cual evidencia que la causa de corrupción no es inherente a la estructura del procedimiento (DAFP, 2018: 22).

Finalmente, el documento formula una serie de recomendaciones para implementar en cada una de las fases genéricas que el mismo identifica como constitutivas de los trámites administrativos, destacándose las siguientes para efectos del presente estudio: (a) implementar una interfaz entre la página institucional y el Sistema Único de Información de Trámites (SUIT); (b) establecer ventanillas únicas virtuales; (c) ampliar los puntos de atención, o realizar convenios con entidades de ámbito nacional, así como con sus sedes regionales, para la recepción de documentos; (d) efectuar verificaciones aleatorias automatizadas para detectar anomalías; (e) diseñar aplicativos o mecanismos de interoperabilidad para la consulta o verificación de requisitos con el fin de evitar falsificaciones y reducir los costos administrativos y de tiempo; (f) reducir los tiempos en el proceso de análisis de la información; (g) optimizar los puntos de control para verificar la información; (h) utilizar tecnología de grabación en vivo en las visitas técnicas o inspecciones; (i) diseñar aplicativos, que incluyan un banco de información, para su consulta por los equipos que validan y emiten conceptos en casos similares; (j) simplificar los procesos y variables a analizar en la fase de toma de decisiones de los trámites; (k) diseñar e implementar aplicativos en línea que permi-

tan verificar el estado del trámite con el número de radicado; y (1) implementar las notificaciones electrónicas.

Todo lo anterior representa un avance indiscutible en relación con las causas que pueden afectar los trámites destinados al otorgamiento de LPA y constituye un instrumento valioso formulado desde el derecho administrativo para prevenir la influencia de dinámicas corruptas. Desafortunadamente, no se evidencia en la actualidad algún tipo de seguimiento frente a la implementación de estos documentos, quedando como un insumo relevante que debe ser retomado para efectos de evaluar su pertinencia actual y su implementación a través de un acto administrativo de carácter vinculante.

Como se ha señalado en forma reiterada a lo largo de este escrito, uno de los principales obstáculos a los que se enfrentan las políticas de prevención y lucha contra la corrupción y el crimen organizado transnacional consiste en la falta de conocimiento sobre las múltiples facetas que revisten estas figuras en distintos escenarios. En el caso paradigmático que se tomó para la construcción del presente análisis se evidenció en cada uno de los países estudiados una desconexión generalizada entre la actividad administrativa, los trámites para la obtención de LPA en materia de armamento, la influencia de la corrupción y el posterior impacto que esto genera en el ámbito de la criminalidad organizada transnacional, especialmente en áreas de altísima complejidad como es el caso del armamento y el tráfico ilícito.

Colombia, al igual que los países estudiados, no solamente está llamada a reforzar sus instrumentos normativos con base en un diagnóstico completo de las causas que afectan los trámites ante la administración pública, sino que, además, debe institucionalizar el protocolo y consolidar su modelo como uno que sea replicable en otras latitudes y en el cual se establezca una clara correlación entre las variables que se han expuesto a lo largo de este estudio y una formulación clara de medidas que permitan permear sustancialmente el ejercicio del poder de policía administrativa de interferencias indebidas.

Finalmente, debe destacarse que el denominado Observatorio Anticorrupción que trae la Ley 2195 de 2022 como instrumento destinado al fortalecimiento de la transparencia, se configura como un gran aporte que puede ser replicado en otros países y también como una importante

ventana de oportunidad que, con un debido aprovechamiento, será de gran utilidad para identificar y sistematizar los determinantes del fenómeno de la corrupción, la forma en que estos impactan el funcionamiento de la administración y el potencial que tienen para proyectarse en el ámbito del crimen organizado transnacional, permitiendo que de formulen medidas coherentes y eficaces que, además, se enmarquen en las pautas que han sido analizadas a lo largo de este estudio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Almir de Oliveira, J., & Benedito da Silva. (2012). “Cooperación internacional e inteligencia en el combate de la criminalidad transnacional: El Caso Brasileño”. *Revista Policía y Seguridad Pública*. Vol. 1 (2). Pp. 131-152.
- Barcat, E. S. (2020). “Origen de la normativa sobre armas de fuego en Argentina: análisis de sus causas y fundamentos”. *Revista de historia de la guerra y la estrategia*. Vol. 1. Pp. 228-242.
- Barras, R. (2014). “El crimen organizado transnacional: mecanismos de lucha previstos en la estrategia de seguridad nacional 2013”. *Revista UNIS-CI*. Núm. 35. Pp. 279-301.
- Fernández Pastrana. (1992). “Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 127. Pp. 103-144.
- Garrido Falla, F. (1959). “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 28. Pp. 11-50.
- Gómez, M., Malagón, B., Hernández; & Quintero, S. (2021). “La lucha contra el crimen organizado transnacional en Brasil y Chile: una mirada para Colombia”. *Revista Brújula*. Vol 9 (17). Pp. 22-30
- Hernández, A. (2010). “El derecho constitucional a las armas en EEUU”. *Revista RJUAM*. Vol. 21. Pp. 133-148.
- Mack, D. (2011). “Implementación del Estatuto de Desarme en Brasil: Del papel a la práctica”. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*. Núm. 10. Pp. 93-105.
- Martín, R. (1965). “Silencio positivo y actividad autorizante”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 48. Pp. 205-240.
- Montero, J. (2012). “La estrategia contra el crimen organizado en México: análisis del diseño de la política pública”. *Perfiles latinoamericanos*. Vol. 20(39). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532012000100001&lng=es&tlng=es.

- Ott, T. (2012). "Responding to the Threat of International Organized Crime: A Primer on Programs, Profiles, and Practice Points". En: Marshall H. *United States Attorneys' Bulletin*. Pp. 1-25
- Pascual, D. (2011), Criminalidad organizada y tráfico ilícito de armas ligeras: Repercusiones en el ámbito de la seguridad internacional. *Cuadernos de estrategia*. Vol. 152. España.
- Piedrahita, P. (2020). La corrupción política como crimen organizado transnacional. *Revista Criminalidad*. Vol. 62(2). Pp. 233-245. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082020000200233&lng=en&tlng=es.
- Siegel, M., Xuan, Z., Ross, C. S., Galea, S., Kalesan, B., Fleegler, E., & Goss, K. A. (2018). Facilidad del acceso legal a licencias de portación oculta de armas de fuego y tasas de homicidio en los Estados Unidos. *Revista Panamericana de Salud Pública*. Vol. 42. Pp. 1-8.
- Soto Velasco, A. (1993). El tráfico ilegal de armas: un enfoque económico. *Colombia Internacional*. (22). Pp. 12-19. <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/colombiaint22.1993.01>.
- Torrijos, V. & Balaguera, L. (2017). "Lucha contra el crimen organizado transnacional ¿Qué tan compatible es Colombia con las tendencias globales?". En: Torrijos, V. & Balaguera, L. (Eds.). *Políticas públicas de seguridad y defensa: herramientas en el marco del postconflicto en Colombia*. Bogotá: Escuela Superior de Guerra General Rafael Reyes Prieto. Pp. 121-144.
- Vásquez, C. (2020). La lucha contra la criminalidad organizada y su amparo en la legislación penal nacional. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*. Vol. 2 (2). Pp. 141-164.
- Villanueva, E. & Valenzuela, K. (2012). "Legislación sobre la posesión y portación de armas de fuego en México". <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3097/8.pdf>.
- Vizcarra, S., Bonilla, D. & Prado, B. (2020). "Respuestas del Estado peruano frente al crimen organizado en el siglo XXI". *CS*. Núm. 31. Pp. 109-138.

Informes, resoluciones y otros documentos

- ADHRB. (2020). "Dispatch on French Arm Sales to the Gulf Region". <https://www.adhrb.org/es/2020/05/dispatch-on-french-arm-sales-to-the-gulf-region-2/>.
- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (2019). "Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019-2023". <https://www.boe.es/boe/dias/2019/02/22/pdfs/BOE-A-2019-2442.pdf>.

- Alpers, P., Picard, M. & Mourlevat C. (2021). “Francia — Datos sobre armas, figuras y leyes. Sydney School of Public Health, The University of Sydney”. <https://www.gunpolicy.org/es/firearms/region/france>.
- Amnistía Internacional. (S.F). “Comercio de armas en España”. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/espana/armas/>.
- Att Monitor. (2017). “Informe 2017 del monitor del tratado sobre el comercio de armas”. https://attmonitor.org/wp-content/uploads/2020/07/SP-ATT_Monitor-Report-2017_ONLINE.pdf.
- Bryan, B. (2018). “Así se regulan los permisos de armas en todo el mundo”. <https://www.businessinsider.es/regulan-permisos-armas-todo-mundo-197862>.
- Cabette, E., Neto, F., Leitão, J. (2019). “O decreto do presidente Bolsonaro sobre posse de armas de fogo: algumas questões pontuais”. <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/668000436/o-decreto-do-presidente-bolsonaro-sobre-posse-de-armas-de-fogo-algumas-questoes-pontuais>.
- Cancillería de la República de Colombia. (s.f). <https://www.cancilleria.gov.co/international/politics/crime>.
- Cornell Law. (2021). “WEX definitions team, Second Amendment”. https://www.law.cornell.edu/wex/second_amendment.
- Council on Foreign Relations. (2013). “The Global Regime for Transnational Crime”. <https://www.cfr.org/report/global-regime-transnational-crime>.
- CRS. (2004). “Transnational Organized Crime: U.S. Policy, Programs, and Related Issues. CRS Report for Congress Received through the CRS Web”. https://www.everycrsreport.com/files/20040108_RL32190_f9a4521e5dd387a6ab4e7122886a2aaf190896fa.pdf.
- DAFP. (2016). “Protocolo para la identificación de riesgos de corrupción asociados a la prestación de trámites y servicios”. https://www.funcion-publica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/archivos/1484882809_6de1cfa2931c07421b7b58708e6f55d2.pdf.
- DAFP. (2018). “Protocolo para la identificación de riesgos de corrupción asociados a la prestación de trámites y servicios -V2”. <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418548/34316316/Anexo+3+Identificacio%C2%B4n+de+Riesgos+de+Corrupcio%C2%B4n+asociados+a+la+Pr estaci%C3%B3n+de+Tra%C2%B4mites+y+Servicios++Gu%C3%ADa+de+Riesgos+2018.pdf/a491717d-7d0d-8ada-32f6-e0f62afb0625>.
- Defensoría del Pueblo de Perú. (2017). “Reporte la corrupción en el Perú No. 2: El Sistema Anticorrupción Peruano: Diagnóstico Y Desafíos”. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-La-Corrupcion-en-el-Peru-N-2.pdf>.

- Dudley S, Insight Crime & Asociación para una Sociedad más Justa. (2017). “Firearms Trafficking in Honduras”. <https://www.justice.gov/eoir/page/file/1031606/download>.
- Giffords Law Center. (S.F.). “Trafficking & Straw Purchasing”. <https://giffords.org/lawcenter/gun-laws/policy-areas/crime-guns/trafficking-straw-purchasing/>.
- Jarufe Bader, J. (2021). “Modificaciones a la Ley de Control de Armas: reformas y nudos críticos”. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32469/1/Modificaciones_a_la_Ley_de_Control_de_Armas__reformas_y_nudos_criticos.pdf.
- Lynnette, N. & Hail, M. (2009). “Licensing and permit laws. The First Amendment Encyclopedia”. <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1212/licensing-and-permit-laws>.
- Ministerio para Europa y de Asuntos Exteriores (2014). “Control de las exportaciones de material bélico”. <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/politica-exterior/seguridad-desarme-y-no-proliferacion/francia-y-el-control-de-las-exportaciones-sensibles/article/control-de-las-exportaciones-de-material-belico>.
- Municipalidad Distrital de Yurua, Gerencia de Planificación, Presupuesto y Racionalización. (2021). “Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA)”. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2286473/TUPA.pdf.pdf>.
- Murphy, C. (2022). “Bipartisan Safer Communities Act”. https://www.murphy.senate.gov/imo/media/doc/bipartisan_safer_communities_act_one_pager.pdf.
- Neves, R. (2019). “Paquete contra el crimen peer-to-peer moro: así es como se ve la ley hoy y lo que puede cambiar”. <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/governo/pacote-anticrime-de-moro-ponto-a-ponto-veja-como-a-lei-e-hoje-e-o-que-pode-mudar/>.
- OEA. (S.F.). “CIFTA: Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, y Otros Materiales Relacionados”. <https://www.oas.org/es/sms/dps/prog-cifta.asp>.
- PACCTO. (2021). “Evaluación de la amenaza del crimen transnacional organizado en Latinoamérica”. https://www.elpaccto.eu/wp-content/uploads/2021/07/Documento-web-2.MB_.pdf.
- Ponce, J. (2006). “La licencia, el permiso y la autorización como mecanismos de delegación de obras y servicios a la iniciativa privada en la legislación ecuatoriana vigente”. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2615/1/T0405-MDE-Ponce-La%20licencia.pdf>.

- POTUS. (2011). “Strategy to combat transnational organized crime”. https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/Strategy_to_Combat_Transnational_Organized_Crime_July_2011.pdf.
- Salas, A., Hernández, M. & Vollenweider, C. (2019). “Contrapunto: las estrategias de seguridad pública en Brasil y México”. <https://www.celag.org/contrapunto-las-estrategias-de-seguridad-publica-en-brasil-y-mexico/>.
- Schuster, K. (2020). “8 facts about gun control in the US”. <https://www.dw.com/en/8-facts-about-gun-control-in-the-us/a-40816418>.
- SCOTUS. (2022). “New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen”. https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-843_7j80.pdf.
- UNODC. (2020). “Estudio Mundial sobre el Tráfico de Armas de Fuego”. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Firearms/Global_Study_Ex_Summary_es.pdf.
- UNODC. (2020). “Normativas nacionales sobre armas de fuego”. https://www.unodc.org/documents/e4j/Firearms/E4J_Firearms_Module_06_-_National_Regulations_on_Firearms_ES_final.pdf.
- White House (2021). “Fact Sheet: Biden-Harris Administration Announces Comprehensive Strategy to Prevent and Respond to Gun Crime and Ensure Public Safety”. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/06/23/fact-sheet-biden-harris-administration-announces-comprehensive-strategy-to-prevent-and-respond-to-gun-crime-and-ensure-public-safety/>.
- World Population Review (2022). “Concealed Carry States”. <https://world-populationreview.com/state-rankings/concealed-carry-states>.
- Zúñiga, E. (2017). “Los 10 trámites que más invitan a la corrupción, y cómo blindarlos, Revista Forbes”. <https://www.forbes.com.mx/estos-son-los-tramites-que-mas-invitan-a-la-corrupcion/>.

Capítulo 5

Conclusiones

HÉCTOR OLASOLO*
MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA*

1. INTRODUCCIÓN

Son evidentes las limitaciones que presenta la tradicional respuesta del Estado, basada en el derecho penal, para enfrentar el fenómeno de la corrupción, especialmente en los tiempos más recientes, en los que, más que conductas individuales, su existencia corresponde a entramados organizados por redes de relaciones sociopolíticas mafiosas (con frecuencia de ámbito transnacional), que utilizan la

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección *International Law Clinic Reports* (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

* Doctor en derecho. Magister en derecho administrativo. Magister en estudios políticos. Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) en derecho procesal. Especialista en legislación financiera. Abogado. Profesor emérito y titular de carrera académica y director de la escuela doctoral, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).. Investigador senior Colciencias. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

captura y la cooptación del Estado por parte de políticos, particulares y funcionarios con el fin de apropiarse de los recursos públicos. Por ello, intentar una aproximación inter y transdisciplinaria, con el aporte de diferentes áreas del derecho y de disciplinas extra jurídicas puede llegar a ser de la mayor utilidad.

Esta aproximación tiene, si cabe, mayor sentido en el caso colombiano, al observar que la importancia del narcotráfico y la violencia de los grupos armados al margen de la Ley es uno de los principales factores que, según Cepeda Ulloa (2017), han contribuido a propiciar en Colombia, fenómenos tales como la crisis del sistema tradicional de valores, el fraccionamiento y debilitamiento de los partidos políticos, la ineficacia del poder judicial, la descentralización sin controles, la financiación ilícita de la política, la vulnerabilidad de las distintas administraciones territoriales y la debilidad tanto del gobierno como de la oposición.

Todo ello, teniendo en cuenta que la delincuencia organizada en general, y el crimen organizado transnacional (COT) en particular, busca activamente aprovechar las fisuras existentes en el diseño institucional para infiltrarse en el aparato administrativo, debido a que: (a) sus conexiones con funcionarios de alto nivel les permiten influir en el diseño de las políticas públicas, así como conseguir información estratégica y asegurarse una firme protección; y (b) sus vínculos con funcionarios de nivel medio o bajo, especialmente del sector seguridad, les brinda un segundo nivel de protección y participación directa en las maniobras delictivas. Además, la exposición a estas prácticas vuelve a las comunidades más proclives a violar la ley, generando un caldo de cultivo favorable para el desarrollo por el COT de sus prácticas corruptas.

En este contexto, los escenarios típicos de ejercicio de la actividad administrativa del Estado en los cuales se suelen presentar las mayores oportunidades y casos de falta de integridad pública y prácticas corruptas, y a los cuales se ha dedicado la presente obra colectiva, son los siguientes: (a) el régimen de la función pública; (b) la contratación de bienes y servicios; (c) la gestión de las empresas públicas; y (d) el otorgamiento de licencias, permisos y autorizaciones.

Identificados estos cuatro escenarios, resulta pertinente preguntarse por las respuestas que desde el régimen jurídico aplicable a

la estructura y actividad administrativas del Estado se pueden proponer para su prevención. Para ello, cada uno de estos ámbitos ha sido analizado desde una perspectiva comparada que contrasta los principales estándares internacionales que les son aplicables, y su actual regulación en: (a) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú), que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región; y (b) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, España y Estados Unidos (EE.UU.)).

Realizado este estudio comparado en los capítulos precedentes, el presente capítulo expone las principales conclusiones alcanzadas.

2. EL RÉGIMEN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

2.1. La importancia de un servicio civil profesionalizado y de calidad cuyas funciones estén claramente delimitadas

En el capítulo 1, Aprile analiza el régimen de la función pública y la vinculación que tiene su regulación y funcionamiento con la corrupción asociada al COT. Señala que la relación entre este fenómeno y la función pública puede ser dual ya que, por un lado, un sistema bien organizado y estructurado sobre la base del mérito y la profesionalización puede ser una herramienta eficiente en la lucha contra la corrupción, mientras que, por otro lado, un diseño y una gestión inadecuada de los recursos humanos en el sector público propicia un ambiente conveniente para que se desarrollen las prácticas corruptas.

A pesar de estar demostrado que la falta de un servicio civil profesionalizado y de calidad es causa directa del fenómeno de la corrupción (Villoria, 2008), la consolidación de un servicio civil de esta naturaleza requiere alcanzar acuerdos interinstitucionales que impidan la superposición entre los sectores político y administrativo, y evite así las fricciones que de ello se derivan. De ahí, la importancia de distinguir con claridad las funciones y niveles de responsabilidad que corresponden a los políticos y a los servidores públicos, porque, al

clarificar el ámbito de actuación de los funcionarios administrativos, se fortalece el adecuado desempeño de la función pública (Martínez Puón, 2023).

Además, resulta fundamental cambiar la concepción sobre las funciones y el papel que cumple la administración con el fin de reconocer que esta última no puede ser considerada como un mero apéndice del poder político, porque es precisamente su despolitización lo que tiende a incrementar la calidad del servicio público debido a que “los empleados públicos profesionalmente competentes, con valores públicos, estables y racionalmente retribuidos, son más impermeables a los estímulos de la corrupción” (Ramió, 2008).

En todo caso, un sistema de carrera profesionalizado implica necesariamente:

Una burocracia seleccionada de acuerdo con los principios de igualdad y mérito, y que trabaja con una serie de garantías que tratan de otorgarle independencia de juicio y de acción para la defensa de los valores superiores del ordenamiento jurídico, en especial la garantía de la permanencia en el empleo, salvo supuestos jurídicamente previstos y tipificados de responsabilidad que podrían, tras el justo y adecuado proceso, finalizar con la expulsión de la carrera o separación del servicio (Echebarría, 2008).

Esto es central porque la relevancia del mérito no puede limitarse al proceso de selección, sino que debe extenderse también a las necesarias salvaguardas durante el desempeño del cargo, de manera que se garantice una protección efectiva frente a la arbitrariedad, la politización y los riesgos de corrupción. De hecho, la mejor herramienta para medir el nivel de autonomía de la administración respecto del poder político es un índice de mérito que “evalúa el grado en que existen garantías efectivas de profesionalidad en el servicio civil y el grado de protección efectiva de los funcionarios frente a la arbitrariedad, la politización y la búsqueda de rentas” (Echebarría, 2008). Como reflejan las experiencias brasileña y chilena, que, a diferencia de lo que se observa en Colombia y México, presentan sistemas ordenados y relativamente equitativos de gestión salarial, con procesos de mejora, incentivos al margen del tiempo de servicio y evaluaciones que vinculan el desempeño individual y grupal, el nivel salarial constituye, sin duda, una de estas garantías.

En cuanto a la tensión entre mérito y flexibilidad, autores como Longo (2001) subrayan que es posible combinar sistemas basados en el mérito con herramientas que ofrezcan el necesario nivel de flexibilidad, a través de los siguientes tres ejes de acción: (a) una sólida institucionalización de los mecanismos de acceso, carrera y permanencia; (b) la incorporación simultánea de mecanismos flexibles que promuevan el interés de los mejores profesionales; y (c) la aplicación de herramientas como la evaluación de desempeño, la gestión por competencias y las retribuciones variables (Longo, 2001; Ramió, 2008). Ahora bien, el grado de combinación entre mérito y flexibilidad es una cuestión que, en última instancia, cada país tiene que evaluar cuidadosamente porque sistemas que funcionan bien en Europa no tienen por qué funcionar en EE.UU. o América Latina, y viceversa.

En todo caso, lo cierto es que para que los sistemas de carrera basados en el mérito funcionen es imprescindible, como subraya Aprile, que haya una auténtica voluntad política para implantarlos. En consecuencia, no basta con que el establecimiento de estos sistemas sea parte de la agenda de política nacional o regional (existiendo, por tanto, conciencia sobre su necesidad), puesto que la mera intención reformista, incluso si se traduce en diseños normativos bien articulados, no es suficiente para lograr el objetivo. Todo ello, teniendo además en cuenta que las reformas en materia de profesionalización del servicio civil exigen períodos de diseño, maduración, ejecución e institucionalización que van mucho más allá del ciclo electoral ordinario, y por tanto, para consolidarse, requieren superar las resistencias características del cortoplacismo propio de la política. A esto hay que unir, además, que la interrelación entre la corrupción y el COT hace que, con frecuencia, la voluntad política tampoco sea suficiente porque las grietas existentes en el diseño institucional son aprovechadas activamente por aquel para infiltrarse en las estructuras administrativas.

2.2. La situación actual de los estándares internacionales y el derecho comparado dentro y fuera de América Latina

En este contexto, y dada la importancia de responder a la situación planteada, con una adecuada regulación y aplicación del régimen del servicio civil (incluyendo cuestiones tales como los tipos y mecanismos

de selección, los criterios de ascenso y separación del cargo, la formación y capacitación, la asignación salarial o la integridad en la gestión pública), Aprile explica como los modelos propuestos por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y por la Carta Iberoamericana de la Función Pública (CIFP) subrayan la necesidad de: (a) compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los principios de igualdad y mérito en la función pública; y (b) consolidar institucionalmente la profesionalización del servicio civil, aunque esto se oponga a los intereses de los operadores políticos, del COT y del propio funcionariado que ha sido infiltrado en las estructuras administrativas.

En cuanto a los sistemas no latinoamericanos analizados, España y Francia presentan un modelo de estructura cerrada basado en la ley y en el sistema de carrera administrativa, caracterizado por la existencia de mecanismos de reclutamiento, formación, ascensos y promociones estructurados con base en el mérito y sin aparente intervención del poder político (destacando, especialmente, la importancia que los procesos de selección y de valores como la regularidad y la permanencia tienen en Francia). En contraste, el sistema federal de los EE.UU. tiene una estructura en la que el poder político, y en particular el Congreso, ejerce una influencia muy significativa sobre la administración, de manera que, si bien el mérito y la experiencia son tenidos en cuenta para acceder a los cargos públicos, cada agencia gubernamental define sus propios criterios de selección y promoción ante la ausencia de un sistema cerrado de carrera administrativa (como resultado, el régimen del servicio civil es mucho más heterogéneo y flexible que en España o Francia).

Como elemento en común, los tres países han aprobado reformas para fortalecer los niveles de: (a) eficacia y transparencia (mediante un mayor grado de descentralización y la incorporación de modalidades más flexibles de acceso al servicio civil); y (b) rendición de cuentas (buscando así un mayor control ciudadano y de los poderes legislativo y judicial sobre los funcionarios públicos). Además, si bien, como regla general, la administración tiende a separarse más del poder político, la realidad demuestra que el desafío de la politización, el clientelismo y la corrupción también está presente en estos países.

Así, por ejemplo, en España, el 30% de los empleados públicos no acceden a sus puestos con base en evaluaciones y criterios de mé-

rito al no ser “funcionarios de carrera”. Además, como señala Masedo (2016), “la politización en España se cuele por las innumerables rendijas de las que disponen los partidos políticos (y las conexiones que ellos crean), tanto para influir en quien ocupa un puesto en la estructura político-administrativa del ejecutivo español, como en otros órganos u entidades de naturaleza semipública”. Por su parte, la politización de la administración en Francia es favorecida por: (a) la alternancia en el gobierno entre solo dos partidos políticos; y (b) la práctica de los ministros de contratar discrecionalmente a un alto número de colaboradores, al estar el nombramiento de numerosos puestos gerenciales en manos del gobierno (Cardona Peretó, 2006). Finalmente, la administración federal de los EE.UU. (más flexible y descentralizada), también padece la influencia y control del poder político, destacando, en particular, el predominio del Congreso sobre el Poder Ejecutivo en su dirección operativa (Ferraro, 2009). En consecuencia, a pesar de las reformas, la politización del servicio civil continúa siendo un fenómeno importante en estos sistemas, si bien no alcanza los niveles que presenta en América Latina.

En relación con América Latina, Aprile afirma que, si bien el sector público tiende a ser comparativamente pequeño (12,3% del empleo total en comparación con el 21,2% en países de la OCDE) (OCDE, 2020), el criterio del mérito no es el indicador prevalente. Además, tradicionalmente, una gran parte de los servidores públicos han sido designados con total discrecionalidad, en función de sus afinidades políticas, lo que genera una alta rotación de personal sujeta a los ciclos políticos, con el menoscabo que ello produce en la continuidad y sostenibilidad de las políticas y los programas.

A pesar de lo anterior, desde hace casi dos décadas se ha venido observando una tendencia reformista a establecer carreras administrativas basadas en el mérito y la igualdad, lo que ubica actualmente a estos sistemas en un modelo de carrera profesional, con elementos más flexibles dirigidos, en principio, a garantizar mayor eficiencia, eficacia y adaptabilidad. Sin embargo, el problema en estos países es que se han avanzado de manera distorsionada, lo que hace que, en la práctica, la contratación de buena parte de los cargos se siga realizando por criterios de clientelismo político o favoritismo personal (Ferraro, 2009).

Además, las últimas reformas dirigidas a ofrecer mayor flexibilidad y remuneración por rendimiento, que en España, Francia y EE.UU. han mostrado cierta eficacia, no han hecho sino volver a potenciar las prácticas clientelistas instaladas en la cultura política e institucional latinoamericana, añadiendo nuevas dificultades a la consolidación de un servicio civil profesional. Esto ha sucedido, en particular, al tratar de introducir los estándares del BID y los principios y fundamentos de la CIFP, de manera que, debido a la ausencia de un contexto consolidado de honestidad y profesionalización en la administración pública (los intereses políticos que promueven las redes clientelares se siguen imponiendo), han terminado resultando, en gran medida, contraproducentes.

Esto no significa, sin embargo, que todos los países latinoamericanos sean iguales, pudiendo distinguirse entre: (a) Chile y Brasil, que presentan un mayor nivel de profesionalización en la carrera administrativa, basándose el primero en el fortalecimiento de su cuerpo profesional de altos directivos, y el segundo en el concurso público y la organización de carreras de acuerdo con el tipo de formación; (b) Argentina y México, que se encuentran en un nivel intermedio, con reformas normativas basadas en un sistema de carrera profesional, pero con dificultades en la práctica para su plena realización; y (c) Perú, que constituye un ejemplo de baja profesionalización en la región, al hallarse todavía en una etapa preliminar de implementación y maduración. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, todos estos países presentan un problema en común: aunque su regulación se encuentra asentada en la idea de que la administración pública debe estar integrada por un cuerpo profesional permanente seleccionado con base en el criterio del mérito, la realidad demuestra que las interacciones entre el poder político y la administración son muy cercanas, y que el clientelismo y la politización en el ingreso a los cargos públicos son cuestiones latentes.

Como Aprile señala, en Colombia, al igual que en el resto de los países de la región, se ha avanzado en fortalecer los principios del mérito, la transparencia y la igualdad en la gestión pública, procurando mejorar los procesos de selección. Sin embargo, la realidad indica que existen problemas importantes, como por ejemplo la designación ampliamente discrecional en los niveles directivos o los

esquemas de empleo ocasional y contractual, que abundan y generan una gran inestabilidad en el sistema de empleo. Si bien estas modalidades más flexibles se tienden a considerar acordes con una administración eficiente y moderna, lo cierto es que su utilización inadecuada y abusiva, sobre todo en ciertos niveles jerárquicos, se traduce en la politización y el uso clientelar de los nombramientos, en la falta de profesionalización y en la inestabilidad en la conducción de las políticas y los programas de gobierno.

En particular, los cargos de nivel gerencial en el servicio público colombiano (así como otros considerados de confianza) son de libre nombramiento y remoción, no adquieren estabilidad y renuncian cuando se produce el retiro o la desvinculación del superior jerárquico. Como resultado, el número de servidores públicos profesionales en los niveles de alta y media gerencia varía constantemente, lo que, como subraya la OCDE (2014), “menoscaba la continuidad en la gerencia del servicio público y tiende a debilitar la imparcialidad, en la medida en que la frontera entre los nombramientos políticos y los gerentes profesionales no está clara”. Esto no significa que todos los empleos en la función pública deban estar sometidos al mismo régimen, sino que, con el fin de evitar un uso indiscriminado de facultades discrecionales, es preciso distinguir entre empleos que exigen responsabilidad política y/o un alto grado de confianza, y otros que requieren un mayor grado de objetividad en su nombramiento.

Finalmente, es de destacar, que, si bien el fenómeno del COT se ha extendido significativamente en todos los países analizados, incluyendo también EE.UU. y Europa, la relación entre el COT y el servicio civil no es todavía parte ni de los estándares internacionales, ni de la normativa nacional de ninguno de estos países, y, por tanto, el COT se sigue sin abordar en la actualidad desde el ámbito de la organización del servicio civil. Como afirma Aprile, esta situación es un error si tenemos en cuenta el impacto que las prácticas corruptas promovidas por el COT tienen en la regulación y la gestión de la función pública, y su conexión directa con la infiltración de este tipo de estructuras criminales dentro de la administración. Además, la lucha contra el COT requiere, en todo caso, ir más allá de la mera retórica, para lo que es necesario disponer de recursos públicos para las entidades con competencias y funciones específicas en este ám-

bito, respaldar y fortalecer su investigación y sanción, y adoptar, de una vez por todas, una carrera administrativa eficiente y transparente (Transparencia por Colombia, 2019).

2.3. Estrategias de acción para América Latina y cuestiones a abordar por Colombia

Ante esta situación, Aprile propone cinco estrategias de acción para los países latinoamericanos, sobre las cuales se fundan las recomendaciones particulares que se sintetizan en el capítulo siguiente. La primera es la de impulsar consensos políticos que permitan construir políticas públicas a largo plazo y un modelo de administración permanente y profesional que trascienda los mandatos de gobierno. La segunda consiste en robustecer los pilares de la gobernanza y en incluir la participación de la ciudadanía para mejorar los mecanismos de control de la administración. La tercera se alinea con la tendencia de profesionalización de los niveles gerenciales. La cuarta apunta a la implementación de medidas específicas contra la politización y la quinta al incentivo de las reformas en materia de políticas salariales.

Por su parte, con respecto a Colombia, Aprile plantea la necesidad de poner especial atención en tres cuestiones principales:

1. La falta de articulación y coordinación entre las distintas entidades que tienen competencias en relación con la carrera administrativa, así como en las limitaciones financieras que impiden el desarrollo de los concursos de mérito, por lo cual se aconseja una reforma de tipo presupuestal y de coordinación y adecuación de las funciones de los organismos competentes.

2. La forma de vinculación de los funcionarios públicos como un aspecto clave para impedir la penetración del COT en la administración, por lo que recomienda: (a) la generación de indicadores y límites que permitan controlar la cantidad de contrataciones (por sector y entidad) para poder tomar decisiones e ir desmantelando la práctica abusiva de las contrataciones que encubren relaciones laborales; y (b) la adopción de sistemas de evaluación en las designaciones de cargos de libre nombramiento y remoción que midan

las capacidades y los conocimientos específicos de los candidatos y permitan mejorar la calidad de las evaluaciones; y

3. El hecho de que, si bien el fortalecimiento de la estructura administrativa a través de un modelo profesionalizado del servicio civil puede ser una herramienta complementaria en la lucha contra la corrupción, no es menos cierto que es en las entidades territoriales donde hay que poner un mayor énfasis puesto que continúan siendo el eslabón más débil y donde se presentan más posibilidades de recibir presiones o amenazas por los grupos del COT.

3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y SERVICIOS CON PARTICULAR ATENCIÓN A LA CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Para alcanzar sus fines, la administración requiere recurrir a la contratación pública de bienes y servicios provistos por particulares a cambio de un precio. Sin embargo, como Duque señala en el capítulo 2, los escándalos de corrupción en este ámbito, y especialmente en materia de contratación de obras públicas, son muy numerosos, como resultado de la desviación del interés público mediante el abuso del cargo con el fin de conseguir un beneficio extra-posicional en el acuerdo de voluntades celebrado con la administración (Castro Cuenca, 2009).

Además, la ineficacia de los mecanismos administrativos y judiciales para sancionar a quienes incurren en prácticas corruptas en los procesos de contratación pública ha fomentado que el fenómeno se haya extendido ampliamente porque las sanciones previstas en la ley, o bien no se aplican, o no son lo suficientemente importantes a la luz del beneficio ilícitamente obtenido. Todo ello ha aumentado el alto nivel de desconfianza existente en la ciudadanía frente a las instituciones y a quienes están al frente de las mismas.

Como nos recuerda Duque, esta situación no es exclusiva de América Latina, sino que se observa también en los países no latinoamericanos analizados, como España, EE.UU. y Francia, lo que ha motivado la reforma de sus legislaciones para incorporar en el régimen de

compras públicas normas específicas sobre transparencia, eficiencia y competitividad, basadas en lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) de la Organización de Estados Americanos (OEA). Además, en cuanto víctimas de un fenómeno que supera sus fronteras, estos países han implementado medidas que castigan conductas como el soborno transnacional y el crimen organizado.

De esta manera, se ha tratado de poner remedio a las importantes deficiencias que la regulación en materia de contratación pública presentaba en la década de 1990 tanto en estos países, como en América Latina, en aspectos tan relevantes como: (a) los sobrecostos causados por prácticas corruptas que menoscaban la transparencia y la credibilidad en los procesos de selección; (b) la coexistencia de múltiples reglamentaciones que adolecían de falta de identidad y coherencia; (c) los numerosos regímenes especiales; y (d) la ausencia de herramientas adecuadas para fiscalizar la gestión y ejecución de los contratos.

Como Duque señala, a nivel de América Latina, los países estudiados (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) presentan ciertos rasgos en común con respecto a su regulación en materia de lucha contra la corrupción en la contratación pública, destacando la adopción de: (a) leyes generales, que disponen lineamientos transversales para prevenir, mitigar y castigar las prácticas corruptas; y (b) planes nacionales, que deben desarrollarse en períodos relativamente cortos y constan de actividades específicas que los gobiernos han de poner en marcha frente a este fenómeno. Así mismo, pese a mantener su propias especificidades, los países de la región han incorporado, por regla general, los estándares internacionales en materia de contratación pública en sus ordenamientos internos, habiendo introducido también sanciones para conductas como el soborno transnacional y el crimen organizado.

De esta manera, a pesar de que las deficiencias normativas identificadas hace treinta años se han corregido en gran medida tanto dentro como fuera de América Latina, existiendo en la actualidad sólidos regímenes normativos que regulan la actuación de quienes

intervienen en las actividades contractuales de la administración conforme a los principios de transparencia, publicidad, participación y selección objetiva, lo cierto es que los niveles de corrupción en los procesos de selección de contratistas, especialmente en relación con las obras públicas, siguen siendo muy elevados. En consecuencia, las mejoras legislativas de los últimos veinticinco años no ha redundado en una disminución significativa de las prácticas corruptas en este ámbito.

Un caso paradigmático de esta situación es el caso colombiano, donde, como explica Duque, existe una exhaustiva normativa en materia de lucha contra la corrupción en la contratación pública que sigue los estándares internacionales sobre transparencia, publicidad, control y seguimiento de las actuaciones directamente relacionadas con la contratación pública. Así, la Constitución de 1991 prevé la posibilidad de celebrar contratos y establece directrices sobre responsabilidad patrimonial, función pública, vigilancia a la gestión pública y participación ciudadana, mientras que la Ley 80 (1993) recoge el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, donde se dispone que los fines de la contratación estatal son la eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la administración en la consecución de estos fines. Así mismo, prevé como principios de actuación de las entidades públicas en esta materia la transparencia, la economía y la responsabilidad, además de los principios aplicables a la función administrativa. Así mismo, considera a los particulares que participan en la celebración y ejecución de contratos estatales con entidades públicas como colaboradores de la administración, lo que supone que cumplen con una función social y que tienen la obligación de contribuir al logro de los fines mencionados.

Sobre esta base, se construye el denominado “Sistema de Compra Pública”, en el que participan: (a) las Entidades Estatales que adelantan procesos de contratación; (b) Colombia Compra Eficiente; (c) los oferentes en procesos de contratación; (d) los contratistas; (e) los supervisores; (f) los interventores; y (g) las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana. Este sistema regula todos aquellos aspectos que tienen relación de una u otra manera con la contratación administrativa, ofreciendo

un conjunto de herramientas para guiar la toma de decisiones sobre gasto público con el fin de que las entidades estatales puedan adquirir bienes y servicios para el correcto desempeño de sus funciones.

En 2007, con el fin de fortalecer la eficacia y la transparencia, la Ley 1150 introdujo nuevas modalidades de contratación (abriendo la puerta a la contratación pública electrónica) e instruyó al gobierno para que desarrollara el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) y pusiera en marcha el Registro Único de Proponentes (RUP) y el Diario Único de Contratación Estatal. Esto ha hecho que, con el paso del tiempo, las entidades cumplan en mayor medida su deber de publicar los procesos de contratación y los documentos que dan soporte a la gestión de los recursos públicos, permitiendo así un seguimiento en tiempo real de los mismos tanto en el nivel nacional como en el nivel territorial.

Cuatro años más tarde, en 2011, se creó la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, que, como ente rector en esta materia, se dirige a desarrollar e impulsar las políticas públicas y herramientas orientadas a la organización y articulación de los intervinientes en los procesos de compras y contratación, para así lograr una mayor eficiencia y transparencia y optimizar los recursos estatales. Así mismo, ese mismo año se aprobó la Ley 1474 (2011), que recoge una serie de normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, e incluye normas específicas sobre supervisión e interventoría, así como procedimientos administrativos sancionatorios por incumplimiento de los contratistas. Además, el Decreto 4637 (2011), creó la Secretaría de Transparencia como una dependencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, asumiendo la competencia para la elaboración de la estrategia de lucha contra la corrupción.

Tres años después, en 2014, se aprobó la Ley 1712 (2014), sobre Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, que recogió diferentes medidas para obligar a las entidades estatales a publicar la información sobre sus actividades contractuales. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 103 (2014), en el que se fijaron las directrices generales sobre: (a) la publicación de la información pública; (b) la gestión de las solicitudes de acceso a esta

información; (c) la transparencia para la gestión de la información clasificada y reservada; y (d) los instrumentos de la gestión de la información pública.

Finalmente, en 2020, la Secretaría General de la Presidencia de la República creó el Portal Anticorrupción de Colombia (PACO), el cual está vinculado con el SECOP II, como una interfaz de información para la rendición de cuentas y acceso a datos (como el índice nacional anticorrupción) y reportes sobre servidores públicos. Además, contiene una sección para realizar denuncias y otra para publicar noticias de interés, y permite realizar consultas (a través del número de identificación de las personas naturales o jurídicas) para verificar si cuentan con antecedentes fiscales, penales o disciplinarios, y ver los contratos que han suscrito con las entidades estatales.

A todo esto hay que sumar que, en materia penal, el Código Penal (Ley 599 (2000)), recoge un capítulo de “delitos contra la administración pública”, donde se incluyen, entre otros, el peculado, la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato, el abuso de autoridad, la usurpación y abuso de funciones pública, los delitos contra servidores públicos y la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de la función pública. Así mismo, también se han tipificado otras conductas como el soborno transnacional y el crimen organizado.

En consecuencia, la exhaustiva normativa existente en Colombia parece adecuada, tanto en lo que se refiere a la tipificación de los delitos, como en materia de transparencia, publicidad, control y seguimiento de los distintos aspectos de la contratación pública. De hecho, el Mecanismo de Seguimiento e Implementación de la CICC (MESICIC) recoge en su página web un reconocimiento expreso a los esfuerzos anticorrupción realizados por Colombia en esta materia. Sin embargo, como ha pasado con el resto de países analizados, las mejoras normativas no han evitado que las prácticas corruptas hayan pervivido en el tiempo, sobre todo en el ámbito de la contratación de las obras públicas, porque, como señala Duque, no ha sido posible garantizar su aplicación efectiva tanto en términos de prevención, como de investigación y sanción de las conductas constitutivas de corrupción en sus diferentes niveles.

Las causas de esta situación, que en gran medida afectan también a los distintos países de la región, e incluso a los Estados no latinoamericanos estudiados, son múltiples. Entre ellas se pueden destacar las cuatro siguientes:

1. La pervivencia en el tiempo de: (a) una alta burocracia en la que la ciudadanía desconfía; (b) la ausencia de sanciones ejemplares en los casos emblemáticos; (c) los retrasos y la falta de efectividad en la ejecución contractual, con los consiguientes costos y sobrecostos.

2. El hecho de que las distintas etapas de la contratación pública en Colombia (obtención de los documentos de mercado, realización de estudios previos o elaboración de los pliegos de condiciones, entre otras) dependan casi exclusivamente de la voluntad del personal designado directamente por la entidad, lo que hace que los funcionarios cuenten con un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones.

3. El mantenimiento de muchos de los regímenes especiales de contratación, que si bien, no eximen del deber de publicar la información en el SECOP II, facilitan la falta de control y atribuyen un margen todavía mayor de discrecionalidad a los funcionarios.

4. El desconocimiento y escasa utilización de herramientas como el PACO, lo que hace que las instituciones, las organizaciones de la sociedad civil y las personas desaprovechen la interoperabilidad creada para: (a) facilitar el control sobre los procesos de contratación; (b) promover el envío de observaciones y alertas a las entidades sobre los problemas detectados en la estructuración de proyectos; y (c) denunciar públicamente las irregularidades.

A la luz de lo anterior, Duque subraya que una vez reforzados normativamente los mecanismos de acceso a la información pública, la garantía de procesos transparentes, los canales de denuncia y alerta sobre prácticas corruptas, los espacios de participación y los regímenes de responsabilidad por este tipo de prácticas, lo que se requiere, tanto en Colombia, como en los demás países analizados, es la aplicación de un conjunto de medidas que, más allá de los aspectos jurídicos, respondan a una política integral de abordaje del fenómeno de la estructuración y adjudicación amañadas, si bien revestidas de una aparente legalidad formal, de los procesos de selección en los

contratos públicos. Se trata, en definitiva, de entender el alcance y las limitaciones de los instrumentos normativos, de manera que puedan ser complementados con otras herramientas de gestión pública que faciliten el cumplimiento de sus objetivos, especialmente en la identificación y mitigación de los riesgos.

Por ello, como señala Duque, es necesario realizar, de manera permanente, ejercicios de evaluación de la adecuación y correspondencia de la contratación con los objetivos de las políticas públicas, lo que en el caso colombiano se facilita por la obligación legal de hacerlas explícitas y priorizarlas en los planes de desarrollo nacionales y de las entidades territoriales. Esto supondría, en última instancia, fortalecer el papel de: (a) los comités sectoriales de desarrollo administrativo y de control interno; y (b) la aplicación del sistema de control fiscal de gestión y sus resultados por parte de las contralorías.

Los resultados de estas evaluaciones y auditorías permitirían, a su vez, detectar desviaciones, cuyo análisis de causalidad indicaría si las mismas obedecen a: (a) disfunciones de los diseños institucionales; (b) fallas en la gestión por la obsolescencia o falta de completitud de los procedimientos o requisitos; (c) problemas de formación y conocimientos técnicos de los funcionarios; o (d) eventos catalogables como actos de corrupción, de tal manera que su detección no solo permitiría identificar, investigar y sancionar a los responsables, sino tomar las medidas correctivas y preventivas necesarias para reducir y, en lo posible, erradicar el riesgo de que se puedan volver a producir en el futuro.

Junto a la anterior, Duque subraya que se requiere también: (a) avanzar en la implementación de mejoras en el sistema de contratación pública mediante el aprovechamiento de las facilidades y funcionalidades que ofrecen las nuevas tecnologías (aplicables a la supervisión y al control de todo el ciclo de contratación), ajustando tanto las manuales de compras públicas como los procedimientos de gestión de los procesos contractuales, para cuyo efecto, en el caso colombiano, resultan de suma utilidad las directrices que pueda dictar en la materia la Agencia Nacional de Contratación Pública; (b) asegurarse de que se da publicidad a todos los documentos en que se soporta la gestión contractual; y (c) propiciar una apertura más completa a la participación ciudadana en los procesos de contratación, promoviendo en particular el uso de los canales de denuncia de las irregularidades advertidas.

4. LA GESTIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

En el capítulo 3, Díaz identifica dos retos centrales en la gobernanza de las empresas públicas. Por un lado, encontrar el equilibrio entre la responsabilidad del Estado al ejercer sus funciones de propiedad en actividades como la elección y nominación de los directivos, y la tendencia a que, en este, y en otros procesos, se eviten interferencias políticas indebidas. Por otro lado, garantizar iguales condiciones para todos en los mercados en los que empresas públicas y privadas compitan, y evitar que los gobiernos distorsionen la competencia al ejercer sus competencias de regulación o supervisión.

En este contexto, y dado el carácter internacional de las prácticas corruptas en cuya cadena participan las empresas públicas, organizaciones internacionales como la OCDE han formulado directrices para el buen gobierno de estas empresas, que se centran en los siguientes aspectos por ser considerados especialmente problemáticos: (a) establecer un marco jurídico que distinga con claridad entre las funciones del Estado como propietario y como regulador del mercado (determinando qué tipo de empresas no puede hacer uso de prerrogativas del poder público para obtener ventajas competitivas sobre otras empresas públicas o privadas); (b) evitar la excesiva regulación jurídica de su accionar; (c) dotar de mayor flexibilidad al marco legal y reglamentario para permitir ajustes en la estructura de capital de las empresas cuando sea necesario para conseguir sus objetivos; (d) garantizar que las empresas públicas operan en condiciones de mercado para obtener financiamiento, de manera que sus relaciones con los bancos, las instituciones financieras públicas y otras empresas estatales se basan en criterios de naturaleza estrictamente comercial¹; (d) desarrollar una política de propiedad que defina la función del Estado como accionista de las empresas públicas y su papel en el fortalecimiento del gobierno corporativo; (e) evitar las influencias políticas y los conflictos de intereses en la elección de

¹ Esto implica, entre otras cosas, evitar el uso de prerrogativas estatales como colaterales, evitar las garantías automáticas estatales para respaldar su deuda, no desincentivar que acudan a los mercados de capitales para financiarse y asegurarse que los subsidios que reciban sean explícitos, provengan del presupuesto público y no afecten el patrimonio empresarial

sus directores, y requerir que las personas designadas tengan las necesarias calificaciones profesionales; (f) identificar con claridad el organismo público que ejerce los derechos de propiedad estatales, favoreciendo que sea una misma entidad centralizada quien tenga los derechos o, al menos, los ejerza, para evitar la debilidad institucional de que adolecen normalmente los ministerios y agencias para ejercer esta función; (g) garantizar la responsabilidad de esta entidad frente al Parlamento; y (h) regular la forma en la que el Estado ejerce sus derechos de propiedad (estando representado en las asambleas generales de accionistas y ejerciendo su derecho al voto).

Del análisis comparado realizado, Díaz destaca el esfuerzo que los sistemas no latinoamericanos analizados han realizado para: (a) equiparar el régimen jurídico de las empresas públicas (normalmente de derecho público) con el de las empresas privadas (lo que ha venido acompañado de la adopción de códigos de buena conducta para la gobernanza de las empresas estatales); y (b) adoptar las herramientas de gestión propias de las empresas privadas, entre las que destacan dos en particular: (i) la profesionalización de los comités de nombramiento para limitar la inadecuada injerencia política en las decisiones de designación de los dirigentes corporativos; y (ii) la creación al interior de las empresas públicas de comités de auditoría, cuyo rol está estrechamente ligado con el cumplimiento de objetivos estratégicos relacionados con la adopción de buenas prácticas corporativas para generar confianza entre los socios, los inversionistas, los acreedores y las entidades gubernamentales de supervisión, fiscalización y control.

En cuanto a los sistemas latinoamericanos estudiados (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), cabe destacar, como indica Díaz, los siguientes once elementos:

1. Una buena parte de las empresas estatales de la región han adoptado también una forma jurídica empresarial y, por ende, se rigen por normas de derecho privado, si bien continúan contando con ciertos privilegios y un tratamiento fiscal especial.

2. Existen mayoritariamente en América Latina mecanismos basados en el mérito y las calificaciones para la elección de los directivos de las empresas públicas, habiendo sido Chile y Perú, seguidos por

Brasil, pioneros en esta cuestión, lo que, sin embargo, no ha podido evitar que sigan existiendo nombramientos políticos discrecionales.

3. No existe una forma estandarizada de organización de la propiedad estatal de las empresas públicas, observándose diferencias muy significativas entre los distintos países de la región. De este modo, destaca la tendencia hacia la centralización en Chile y Perú, mientras que en Argentina, Brasil y México son los Ministerios los que, como cabeza de sector, mantienen la propiedad de las empresas públicas. Por su parte, en materia de supervisión, la tendencia hacia la centralización es abanderada, particularmente por Brasil.

4. Se observa una mayor armonización en materia de rendición de cuentas y mecanismos de supervisión, habiendo un buen número de empresas públicas adoptado la práctica de contratar auditores externos privados para certificar sus estados financieros.

5. A pesar de que se observa una mayor flexibilidad presupuestal, las limitaciones financieras provenientes de los gobiernos centrales continúan porque en la mayor parte de los países de la región los presupuestos de las empresas públicas son parte del presupuesto nacional, lo que supone que están sometidos a la fiscalización y aprobación anual por los respectivos Parlamentos nacionales.

6. Algunos países como Chile y Perú han logrado avanzar en cuanto a la adopción de un sistema de gestión por desempeño de sus empresas públicas, lo que se materializa en la implementación de contratos de gestión por desempeño entre estas y los gobiernos.

7. La promoción de la transparencia y la difusión de la información ha tenido un importante desarrollo en los sistemas latinoamericanos, siendo solo una minoría los que no han adoptado normas específicas para las empresas públicas que recogen el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación². Además, existe

² Son, en este sentido, destacables las páginas web oficiales de las empresas públicas, que informan al público sobre la regulación que les es aplicable, su estructura de gobierno, sus principales actividades, sus informes de gestión, sus estados financieros, los trámites de los procesos de contratación, las vacantes y los procedimientos en curso, facilitando así el control ciudadano de la gestión empresarial.

una clara tendencia a la armonización en materia de divulgación de la información, lo que ha permitido su sistematización, facilitando con ello su acceso, consulta y control.

8. Existe una tendencia a la homogeneización de las normas contables aplicables a las empresas públicas, siguiendo, en gran medida, las normas contables aplicables a las empresas privadas.

9. Se observa un mayor grado de cumplimiento de los estándares internacionales sobre información financiera (incluyendo la presentación de sus informes financieros anuales al Ministerio de Finanzas o de Hacienda, y a las entidades de control interno y externo). Además, Chile y Perú son pioneros en cuanto al desarrollo de mecanismos de evaluación del riesgo fiscal y de pasivos contingentes vinculados a las empresas públicas.

10. Se está atravesando una fase de consolidación del gobierno corporativo en los países latinoamericanos, que están realizando ajustes muy significativos en sus ordenamientos jurídicos internos con base en los principios de la OCDE.

11. Al igual que sucede en los sistemas no latinoamericanos analizados, no existen herramientas jurídicas específicas que aborden la lucha contra la corrupción asociada al COT en el ámbito de las empresas públicas.

Díaz da cuenta también del marco normativo de gobierno de las empresas públicas en Colombia, destacando los esfuerzos que se han venido efectuando en el país con miras a incorporar herramientas de gobierno corporativo en las empresas estatales. Ello, alentado inicialmente por el deseo de ingresar a la OCDE y ahora, tras su ingreso, por el ánimo de consolidación.

Así, en el diagnóstico realizado al inicio del proceso de ingreso, el gobierno colombiano detectó las siguientes falencias en la gestión de las empresas públicas: (a) el portafolio de las empresas estatales del orden nacional no era idóneo; (b) el mandato del Estado para algunas empresas no era lo suficientemente explícito; (c) los procesos de nominación de miembros de las juntas directivas no tenían el nivel de formalidad y estructura deseable; (d) el monitoreo de las empresas no permitía evaluar detalladamente el desempeño de las

empresas; (e) las funciones de propiedad estaban dispersas en diversas entidades del Estado; y (f) ciertas disfuncionalidades fruto de las prácticas de las juntas directivas y de las falencias normativas afectaban significativamente la competitividad de las empresas públicas.

Ante esta situación, se han adoptado varias medidas en sintonía con las directrices de la OCDE, destacando aquellas que buscan fortalecer las juntas directivas: (a) la creación de una entidad nacional única dirigida a asumir el rol de propietaria³ (la Dirección General de Participaciones del Ministerio de Hacienda); (b) el establecimiento de procesos de rendición de cuentas; (c) el desarrollo de una política general de activos; (d) la emisión de mandatos claros a las empresas públicas; (e) la creación de un sistema de monitoreo y evaluación de las empresas estatales más importantes; (f) la adopción de medidas tendientes a facilitar el desarrollo de las funciones de las juntas directivas; y (g) la aplicación de medidas tendientes a simplificar la regulación jurídica que acompaña la gestión de las empresas públicas.

Además, tras establecerse que, en un buen número de casos, las juntas directivas de las empresas públicas colombianas cumplen un rol de coadministración (y no solo de órgano estratégico), ha sido necesario fortalecer su autoridad frente a los gerentes para direccionar y supervisar sus actividades⁴, adoptando para ello las siguientes medidas: (a) la implementación de procesos estructurados y transparentes de identificación, evaluación y recomendación de candidatos para su nominación como miembros de las juntas directivas; (b) el establecimiento de mecanismos de evaluación sistemática del cum-

³ Entre otros objetivos, la creación de esta entidad permite separar la función de propietario de las funciones de política pública y regulación sectorial, minimizando así los conflictos de interés entre las diferentes funciones estatales.

⁴ Como la Ley 489 (1998) preveía que los gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta eran agentes de libre nombramiento y remoción del Presidente, y esta facultad terminaba con frecuencia siendo ejercida por delegación presidencial por el propio ministro del sector al que pertenecían las empresas, las juntas directivas eran con frecuencia marginadas de las decisiones de nombramiento y remoción de los gerentes.

plimiento de los mandatos de los miembros de las juntas directivas; (c) la adopción de medidas tendientes a discontinuar la presencia directa de los ministros en las juntas directivas de las sociedades con participación estatal con miras a aligerar la presión política en la toma de decisiones.

Sin embargo, como Díaz subraya, estas medidas solo pueden ser eficaces si se adoptan otras tendientes a flexibilizar y simplificar el complejo marco normativo en el que las empresas públicas desarrollan sus funciones, y que ha menoscabado su capacidad para competir en igualdad de condiciones con las empresas privadas, al minar la autonomía de las juntas directivas para determinar y ajustar su presupuesto, reestructurar su planta de personal o realizar inversiones⁵. Ante esta situación, se han ido ajustando progresivamente las normas aplicables a las empresas públicas buscando un traslado a la junta directiva, como máximo órgano de dirección de la empresa, de la ejecución de las funciones, con el fin de garantizar de este modo, la distribución y ejecución eficiente de recursos, a través de procesos estrictos de análisis y aprobación, tal y como ocurre en el sector privado.

⁵ Esta situación se puede ejemplificar en los siguientes supuestos: (a) las empresas estatales que desarrollan actividades no financieras necesitaban aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS) para su presupuesto, el cual debía elaborarse siguiendo los lineamientos de los establecimientos públicos no adaptados a las necesidades de las empresas que tienen propósitos industriales y comerciales); (b) la misma autorización se requería cuando estas empresas contraían obligaciones que afectaban el presupuesto de vigencias futuras lo cual incluía la ejecución de cualquier inversión o proyecto de mediano y largo plazo, ello, como es natural limita la dinámica del desarrollo de la actividad empresarial; (c) cualquier cambio en la planta de personal de las empresas públicas implicaba adelantar un proceso que duraba al menos 3 meses y que incluía la certificación de viabilidad presupuestal expedido por la Dirección Nacional del Presupuesto Nacional, la aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública, el concepto positivo de la secretaría general del ministerio al cual está vinculada la empresa, la firma del ministro correspondiente y la firma del Presidente de la República; y (d) las empresas con participación estatal superior al 50% debían solicitar la aprobación de la Dirección Nacional de Crédito Público y Tesoro Nacional para celebrar la mayoría de sus operaciones de crédito (si las mismas tenían por objeto realizar gastos de inversión, el proceso de aprobación también debía incluir al visto bueno del Departamento Nacional de Planeación).

Finalmente, es importante señalar que el conjunto de medidas que se acaban de presentar, esto es, las referidas a la implementación y consolidación del gobierno corporativo en las empresas públicas, las que buscan luchar contra la corrupción, las que buscan fortalecer el control del Estado sobre las empresas de su propiedad y las que buscan aumentar de manera considerable las competencias de las juntas directivas de las empresas públicas para dotarlas de mayor autonomía, si bien han permitido conseguir algunos de los objetivos propuestos, resultan insuficientes frente a la corrupción asociada al COT en este tipo de empresas. A pesar de lo cual, como señala Díaz, no se registran iniciativas legislativas específicas en esta materia.

5. EL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS, PERMISOS Y AUTORIZACIONES CON ESPECIAL ATENCIÓN AL CASO DE LAS LICENCIAS DE ARMAS

5.1. La potestad administrativa para expedir licencias, permisos y autorizaciones como parte del concepto de policía administrativa y su relación con el derecho a la tenencia y uso de armas

Como Nieto señala en el capítulo 4, la potestad administrativa para expedir licencias, permisos y autorizaciones (LPA) se considera parte del concepto de policía administrativa, que comprende el conjunto de medidas a disposición de la administración para que los particulares dirijan sus actividades a fines de utilidad pública o interés general para de esta manera garantizar el mantenimiento del orden público⁶.

⁶ Si bien a nivel normativo son tratadas indistintamente, desde una perspectiva conceptual se distinguen de la siguiente manera: (a) las denominadas “autorizaciones” son, en esencia, declaraciones administrativas sobre la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de una actividad específica; (b) los “permisos” son actos administrativos que crean situaciones jurídicas individuales condicionadas al cumplimiento de la ley (su inobservancia da lugar a la caducidad de este tipo de actos administrativos), los cuales son otorgados discrecionalmente, con carácter personal, y pueden ser revocados, sin derecho a resarcimiento; y (c) las “licencias” se ase-

Por su propia naturaleza, las LPA implican actividades de programación, planificación o disciplina, de manera que su alcance influye sobre la forma en que se ejerce el control sobre ciertas actividades. De ahí, la importancia de que las autoridades administrativas competentes actúen conforme a la ley con el fin de proteger el interés general, mantener el orden público y realizar fines superiores como la transparencia en la administración, la eficiencia y eficacia en los trámites y el desarrollo de una cultura de legalidad. Por ello, cuando las autoridades administrativas que otorgan LPA se desvían de estas finalidades se está promoviendo una cultura de la corrupción, al fomentarse la prevalencia de intereses particulares o facilitarse la comisión de actividades ilícitas que puede pudiendo impunes bajo el velo de una aparente legalidad.

Desde esta perspectiva, Nieto se plantea la cuestión relativa a si la actividad de policía, manifestada en el otorgamiento de LPA tiene incidencia directa en la propagación de fenómenos como la corrupción y el COT, con especial atención al caso paradigmático de las licencias de armas, donde dicha incidencia y su alcance transnacional es evidente. Para ello, realiza un estudio de derecho comparado analizando como variables (a) la existencia de un fundamento constitucional, o al menos legal, para la tenencia y uso de armas; (b) el alcance del poder de policía en la concesión de LPA de porte y uso de armas; y (c) la relación de este poder con las medidas adoptadas en el marco de la lucha contra la corrupción y el COT.

El estudio permite determinar que, en aquellos países como Argentina, EE.UU. y México, en que existe un fundamento constitucional o legal, que configura un derecho a la tenencia y uso de armas, el poder de policía y la potestad reguladora de la administración se ven sustancialmente reducidos, limitándose a la intervención en cuestiones básicas destinadas al mantenimiento del orden público y la ade-

mejan a las autorizaciones porque requieren acreditar idoneidad técnica y moral para ejercer una actividad (pero se distinguen de aquellas porque se otorgan con carácter personal, son intransferibles sin la anuencia de la autoridad que la concedió, pueden adjudicarse por concurso y su revocación debe fundarse en una causal, ya sea imputable al titular de la licencia o en interés general).

cuada convivencia de quienes poseen y utilizan armas en diferentes actividades lícitas. Igualmente, la regulación relacionada con su comercio y exportación se flexibiliza, puesto que, en la medida en que no sea posible reducir por vía del poder de policía el núcleo esencial de los derechos constitucional y legalmente reconocidos a portar y utilizar armas, las actividades relacionadas con las mismas, como su fabricación y comercialización, están también llamadas a tener un mayor grado de expansión.

En contraste con lo anterior, en aquellos países de Europa (España y Francia) y América Latina (Brasil, Chile, Colombia y Perú) analizados en los que no se reconoce un derecho constitucional o legal a tener y usar armas, y por tanto existe un control estatal expansivo (inclusive monopolístico) que se extiende a todo el proceso de fabricación, comercialización, exportación, transporte, posesión y uso de armas, el poder de policía administrativa se acrecienta sustancialmente y son pocos los espacios que quedan fuera de su órbita de acción. En este sentido, la mayor parte de las normativas nacionales sobre LPA de armas se dirigen a: (a) establecer el control de las armas de fuego desde su fabricación hasta su destrucción; (b) establecer las competencias de las distintas autoridades administrativas para otorgar LPA, controlar los procesos de fabricación, posesión o transferencia de armas de fuego, imponer sanciones por incumplimiento de las normas establecidas; y (c) determinar los plazos para el ejercicio de las actividades autorizadas y los requisitos para la aplicación de medidas de seguridad concretas.

5.2. Las notables diferencias entre los sistemas no latinoamericanos

Como Nieto subraya, EE.UU. constituye un caso paradigmático al ser el único estado no latinoamericano que reconoce expresamente un derecho constitucional a la tenencia de armas, si bien su desarrollo legislativo varía en cuanto a su configuración al considerarlo a veces como un derecho de titularidad individual (en cuyo caso cualquier ejercicio de la potestad regulatoria administrativa sería inconstitucional) y otras veces como derecho de titularidad comunitaria (lo que permitiría el ejercicio de dicho potestad mientras no fuera incompatible con el derecho de la comunidad a defenderse). Así

mismo, la descentralización característica de los EE.UU. hace que en ciertos estados se pueda ejercer discrecionalmente dicha potestad administrativa, mientras que en otros se tenga que ejercitar de manera reglada aplicando criterios previamente establecidos. Además, la congelación de activos y la criminalización de ayudas económicas (medidas previstas en la orden ejecutiva 1358 (2011)) permite tener un impacto en la forma en que se realiza el tráfico ilegal de armas en la nación (esto supone un elemento importante en relación con las medidas de lucha contra la corrupción y el COT).

A diferencia de EE.UU., en Francia no existe un reconocimiento constitucional del derecho a la tenencia de armas, lo que permite que las LPA de tenencia y uso de armas tengan un mayor ámbito de aplicación. Si a esto unimos que la competencia sobre su concesión se encuentra distribuida entre múltiples entidades estatales (como los Ministerios de Defensa, Interior, Industria, Aduanas y Deportes, la Prefectura y la Gendarmería Nacional) y la propia Comisión Europea, el resultado es el fomento de las prácticas corruptas en su tramitación (además de la confusión que se genera en los solicitantes). Elemento importante del sistema francés es la existencia de un registro oficial de adquisición, posesión y transferencia de armas, que es alimentado tanto por las mencionadas autoridades, como por comerciantes y fabricantes (lo que es positivo siempre que se garantice un control adecuado sobre la veracidad de la información consignada y la coherencia entre lo registrado por las autoridades y los particulares autorizados). Así mismo, teniendo en cuenta la relevancia económica de la exportación de armas para Francia, se aplica un sistema de licencias por etapas y un mecanismo de coordinación interministerial permanente (desconociéndose, sin embargo, su incidencia en la reducción de los índices de corrupción administrativa en la tramitación de las LPA)

En España, la Constitución prevé la competencia exclusiva del Estado con respecto al régimen de la tenencia y uso de armas, lo que le permite ejercer un mayor control a través de la potestad administrativa para la concesión de LPA, que solo se otorgan cuando los solicitantes cumplen en su totalidad con ciertos requisitos recogidos sistemáticamente en su legislación (evitando así la dispersión normativa existente en EE.UU. y Francia). La rigurosidad de dichos requisitos es otra de las características

importantes de la legislación española, si bien los relativos a la comercialización de armas pueden dar lugar a interpretaciones subjetivas (como es el caso de la comprobación de la “integridad privada y profesional” de los armeros y corredores autorizados, o la aplicación del criterio preventivo, conforme al cual vendedores y corredores autorizados pueden abstenerse de efectuar cualquier transacción que consideren “razonablemente como sospechosa”). Además, la vigencia de las licencias o autorizaciones concedidas está condicionada al mantenimiento de todos los requisitos exigibles en cada caso, siendo revocables o extinguidos en cualquier momento en caso de incumplimiento.

Ninguno de los tres países no latinoamericanos analizados tiene instrumentos diseñados para prevenir específicamente la corrupción desde la perspectiva de las competencias de las autoridades administrativas implicadas en la expedición de las LPA de tenencia y uso de armas, lo que significa que las medidas adoptadas están diseñadas para responder a las amenazas externas, sin invitar a cuestionar la propia gestión de las autoridades administrativas, lo que impide eliminar aquellos factores internos que favorecen las prácticas corruptas en la tramitación de las LPA. Además, tampoco existe, ni un diagnóstico sobre la correlación entre los niveles de corrupción administrativa y tráfico ilegal de armas por el COT, ni norma alguna que promueva la transparencia y la probidad en la tramitación de las LPA y la sanción de las prácticas corruptas. De hecho, España es el país que presenta un mayor avance a este respecto, al reconocer en su “Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019-2023” que las falsificaciones documentales constituyen una dinámica delictiva vinculada al COT especializado en el tráfico de armas (lo que permite adoptar ciertas medidas preventivas y correctivas, comenzando por la determinación de si el actuar de la administración en la tramitación de las LPA favorece, o no, que este tipo de actos administrativos puedan ser objeto de falsificación).

5.3. Las consecuencias de la influencia española en los sistemas latinoamericanos a la luz de sus especificidades

Como Nieto indica, la influencia del sistema español en la normativa de los países latinoamericanos sobre expedición de LPA de armas

de fuego es notable. En consecuencia, solo en México y Argentina existe un reconocimiento constitucional del derecho de tenencia y uso de armas, lo que hace que en los demás países analizados (Brasil, Chile, Colombia y Perú) las facultades otorgadas a la administración para regular la concesión de LPA sean bastante amplias.

Incluso en Argentina y México se observa un distanciamiento del modelo norteamericano en la medida en que se reconoce la existencia de un riesgo social que se concreta en: (a) el carácter reglado de la expedición de las LPA; y (b) la atribución a ciertas autoridades administrativas de la competencia exclusiva en materia de LPA de tenencia, uso y comercialización de armas. Como resultado, en la gran mayoría de los países de la región dichas autoridades fiscalizan todo el proceso de fabricación, comercialización, exportación y transporte de armas, y tienen competencia para establecer los requisitos y trámites para la expedición de LPA en cada una de estas fases (los cuales varían según se otorguen a personas naturales, deportistas, coleccionistas o personal de seguridad, incluyendo en todo caso los relativos a los antecedentes de los solicitantes, las causas que justifiquen la solicitud y la capacidad comprobada para hacer un uso lícito de las armas). Además, como sucede en España, las LPA de armas no se otorgan a perpetuidad, sino que tienen un carácter revocable en la medida en que dejen de concurrir los requisitos que permitieron su expedición.

En cuanto a las particularidades propias de cada sistema, destaca, en primer lugar, la figura del Registro Nacional de Armas previsto en Argentina, el cual permite centralizar los trámites de importación y exportación, tránsito internacional de material, transporte y venta de armas. Así mismo, destaca: (a) la existencia de un mecanismo de revisión de las autorizaciones concedidas sobre armas de guerra; (b) la incorporación de la perspectiva de género como requisito para la adquisición, transmisión, uso, tenencia y uso de armas de uso civil; y (c) la incorporación en el “Plan federal de abordaje del crimen organizado 2021-2023” de medidas relativas a: (a) la reutilización por las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales de los bienes secuestrados y decomisados en procesos penales (incluyendo armas o partes de estas adquiridas en el mercado ilegal); y (b) la adopción de normas que permiten la destrucción de armas de guerra, pólvora y

explosivos secuestrados y en poder de la autoridad pública. Se trata de medidas innovadoras, cuyo impacto deberá medirse en el mediano y largo plazo.

En Brasil, la legislación en esta materia ha respondido a las posiciones políticas de sus dirigentes, pasando del enfoque restrictivo previsto en el Estatuto de Desarme, a su flexibilización durante el mandato de Bolsonaro. Dentro del primero destacan las disposiciones dirigidas a centralizar los registros de las LPA de compra, tenencia y uso de armas y las iniciativas relacionadas con la mejora e integración de los principales bancos de datos sobre armas de fuego (el SIGMA4 y el SINARM), reflejando una tendencia unificadora que permite garantizar un mayor control. En contraste, las medidas adoptadas por la administración Bolsonaro han promovido la implantación de un esquema flexible, basado en presunciones legales que, si bien pueden contribuir a hacer más expedito el trámite de obtención de las LPA, representan un riesgo social (lo que ha llevado a que en la actualidad los decretos que recogen estas medidas hayan sido suspendidos por el poder judicial). Finalmente, al igual que en el caso argentino, el Plan de Seguridad adoptado en Brasil permite el uso de bienes decomisados por las autoridades competentes, sin embargo, no está claro si las armas incautadas en mercados ilegales se encuentran cubiertas por esta disposición.

En Chile, no existe constitucionalmente ningún derecho a la tenencia y uso de armas, por lo que los particulares deben obtener la autorización correspondiente en los términos de la ley. Además, destaca: (a) la creación de la Dirección General de Movilización Nacional como autoridad central de coordinación, encargada de ejercer una función expresa de vigilancia y control sobre las armas, y con competencia para verificar la regularidad de su inscripción; y (c) la posibilidad de que las solicitudes de transporte y libre tránsito de armas puedan presentarse y concederse preferentemente por medios electrónicos (lo cual se ha convertido en una de las herramientas más eficaces para prevenir las prácticas corruptas al interior de la administración).

En México, existe un derecho constitucional a que las personas posean armas en su domicilio para garantizar su seguridad y

legítima defensa, pero dicho derecho se encuentra ampliamente regulado por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que establece los supuestos en que puede concederse o revocarse una licencia de armas. El factor diferencial en México se halla en la formulación de su Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2019-2024, el cual dentro de su eje titulado “recuperar el Estado de Derecho” es el único documento de política pública en el que se efectúa un reconocimiento expreso de la relación existente entre el tráfico de armas y la complicidad de las autoridades administrativas a través de la inobservancia de la ley.

Perú atribuye también una clara función reguladora al Estado con el fin de preservar la seguridad nacional, el orden interno, la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica a través de la expedición de licencias de armas. El ordenamiento peruano es el único que define expresamente en una norma de rango legal el concepto de licencias (distinguiéndolas expresamente de las autorizaciones, que se conceden solo para actividades específicas), y que prevé un esquema de colaboración entre la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (SUCAMEC) y la sociedad civil, con el fin de que las asociaciones de propietarios legales de armas y los representantes de las casas comercializadoras y de la sociedad Nacional de Seguridad, a través de canales especializados, contribuyan con información relacionada con posibles acciones al margen de la Ley, o que atenten contra la seguridad ciudadana.

Además, la aplicación del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) constituye un importante avance en lo relacionado con la prevención de la corrupción al interior de la administración, al tratarse de una herramienta que compila los procedimientos y servicios administrativos que brindan de forma exclusiva las entidades públicas, y dota de transparencia, claridad y publicidad a los requisitos que deben observarse (delimitando, con base en la legalidad vigente, qué es exigible y qué no). En consecuencia, es recomendable que los trámites relacionados con las licencias de armas se incluyan también en el TUPA, porque así se podrían contrarrestar las dinámicas de corrupción promovidas por el COT en el ámbito del tráfico de armas.

5.4. La regulación en Colombia y los elementos que sería recomendable introducir de otros sistemas

Como explica Nieto, la Constitución de Colombia no reconoce tampoco el derecho a tener armas, dotando a las autoridades competentes de potestades regulatorias amplias en materia de LPA. Además, todo lo relacionado con la introducción, exportación, fabricación y comercialización de armas está en manos del Gobierno Nacional, teniendo los particulares que solicitar el correspondiente permiso para su tenencia o porte.

En consecuencia, se puede afirmar que el sistema colombiano dista mucho del modelo de los EE.UU. en relación con el otorgamiento de LPA, teniendo en cuenta las grandes diferencias que existen en los supuestos constitucionales que los fundamentan. Sin embargo, algunos aspectos de la normativa federal estadounidense, como la congelación de activos, podrían ayudar a fortalecer la legislación colombiana. La creación de un registro público de armas (un banco de información que pueda ser alimentado por las autoridades competentes y por todos los sujetos habilitados para intervenir válidamente en su tráfico legal) también contribuiría a estos efectos, porque el registro existente en la actualidad solo opera a instancias de las autoridades competentes y solo puede accederse al mismo por orden de autoridad judicial.

Sería también recomendable que el sistema colombiano incorporase diversos aspectos de los sistemas latinoamericanos, como por ejemplo los siguientes recogidos en la normativa argentina: (a) la perspectiva de género para efectos de conceder las LPA de armas; (b) la reutilización por la Policía Nacional de los bienes secuestrados y decomisados en procesos penales; o (c) la destrucción de armas de guerra, pólvora y explosivos que hayan sido secuestrados y estén en poder de la autoridad pública.

Por su parte, del ordenamiento chileno sería interesante rescatar la posibilidad de aplicar tecnologías que permitan que, las solicitudes, trámite y expedición de las LPA de armas en Colombia se realicen preferentemente de manera virtual, lo que haría más eficiente el procedimiento actual y lo protegería de injerencias indebidas de los involucrados en cada una de sus etapas. Además, sería recomen-

dable que se incorporaran prescripciones similares a las contenidas en el PND 2019-2024 de México, el cual reconoce expresamente la relación existente entre el tráfico de armas y la inobservancia de la ley por las autoridades públicas.

En lo que respecta a Perú, el aporte que mejor podría complementar el ordenamiento colombiano en materia de LPA de armas sería la implementación de una especie de TUPA, puesto que la aplicación de un texto o norma que unifique los trámites administrativos contribuye a reducir las inquietudes o lagunas que puedan existir respecto de ciertos trámites y que pueden ser usadas para propósitos ilícitos. Además, el establecimiento de canales participativos de denuncia resultaría de gran utilidad para que las autoridades públicas cuenten con un panorama integral de aquellas situaciones (internas y externas) que inciden en los procedimientos establecidos para la expedición de las LPA de armas.

Por último, cabe destacar que, al igual que en el resto de los países estudiados, no existe en Colombia norma alguna que establezca la revisión de los procedimientos internos existentes para la expedición de LPA de armas, con el fin de identificar dinámicas que generen corrupción. Como consecuencia, ni se vislumbra la formulación de medidas que adopten un enfoque preventivo en el ejercicio de las facultades administrativas por las autoridades competentes para expedir LPA de armas, ni se establece una relación clara entre el ejercicio de estas competencias, el fenómeno de la corrupción y el tráfico de armas.

Además, al analizar los instrumentos adoptados para prevenir y sancionar las prácticas ilícitas del COT, tampoco se observa un diagnóstico en virtud del cual se establezca una correlación entre la corrupción administrativa y el tráfico ilegal de armas y, consecuentemente, tampoco se ha identificado la existencia de disposiciones normativas dirigidas a promover la transparencia y la probidad en la tramitación de las LPA.

Todo ello, como señala Nieto, es producto de la ausencia de análisis que permitan establecer la relación entre el ejercicio de la potestad administrativa para expedir LPA de armas, la corrupción y las dinámicas del COT, de modo que se está en presencia de un campo

que no ha sido objeto de mayor estudio, pero que pronto debería dar lugar a la formulación de políticas y normas que adopten un doble enfoque preventivo y sancionador del ejercicio de dicha potestad administrativa por las autoridades competentes.

6. REFLEXIÓN FINAL

Realizada la exposición de las conclusiones alcanzadas sobre aquellos ámbitos del ejercicio de la actividad administrativa del Estado en los cuales se suelen presentar los riesgos más altos de falta de integridad y prácticas de corrupción, se puede afirmar, tal y como se señalaba en el volumen anterior correspondiente a la primera parte del estudio, que es posible proponer una aproximación para la confrontación de este fenómeno que supere la aproximación tradicional centrada en el derecho penal.

Además, en lo que se refiere a la prevención de la corrupción desde el derecho administrativo, esta resulta, debido a su objeto disciplinar, de la aplicación de políticas y dispositivos normativos encaminados al fomento de la integridad pública en los procesos administrativos mediante la aplicación de técnicas de prevención situacional basadas en el análisis de riesgos.

Este cambio de enfoque responde a dos razones principales. Por un lado, la necesidad de adoptar una nueva estrategia, pues a pesar de que la lucha contra la corrupción ha estado presente como un tema recurrente en la agenda pública durante los últimos lustros los resultados no han sido los esperados, debido a que la respuesta normativa e institucional ha tendido a girar más en torno a retos coyunturales y al cumplimiento de estándares internacionales que a la planeación sistémica y coordinada de una respuesta interinstitucional a este fenómeno. Por otro lado, la corrupción no suele responder ni en América Latina, ni en Colombia, a lógicas de conductas individuales actuando de manera aislada, sino a dinámicas colectivas funcionales a la manera en que opera el sistema político-social, en el que actúan aparatos de corrupción sofisticados, cuyas actividades trascienden las fronteras nacionales.

Además, sobre la base de que la corrupción no es un fenómeno particular de ningún país sino que hace presencia y metástasis a lo largo y ancho de la geografía universal (al margen de los niveles de desarrollo y de las condiciones de pobreza y marginalidad de la población), el haber tenido como marco de referencia las recomendaciones de las organizaciones internacionales y la perspectiva comparada de los sistemas nacionales analizados, permite afirmar que hay un denominador común en que, en aras de contar con administraciones públicas transparentes y eficientes, las medidas que se tomen con este fin deben dirigirse a limitar aquellas condiciones en las que se ha constatado que la corrupción prospera y que la actividad administrativa del Estado se convierte en funcional a los intereses del COT.

La dependencia exclusiva de la respuesta penal al fenómeno de la corrupción ha demostrado, por tanto, ser no solamente insuficiente, sino que, con cierta frecuencia, está destinada a ser inefectiva, al estar las propias autoridades encargadas de realizar las investigaciones involucradas en los propios hechos punibles. Así lo ejemplifica Transparencia por Colombia en el documento *Arquitectura Institucional Anticorrupción* (2023), al referirse al caso paradigmático de Odebrecht, en relación con el cual señala:

Durante la investigación de los hechos, se filtraron audios que comprometían al Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez, que años atrás había fungido como asesor jurídico del Grupo Aval, principal socio de Odebrecht en el país (Semana, 2018), y que no se declaró impedido a pesar de conocer sobre estas irregularidades antes de asumir como fiscal general, a lo cual se sumó la muerte de un testigo clave en extrañas circunstancias.

En la medida en que este caso muestra la capacidad que tienen los actores corruptos para socavar las ramas del sector público a partir de la financiación ilegal de las campañas políticas y su imbricación en las instituciones mediante un uso estratégico del cabildeo y la falta de una regulación adecuada de los conflictos de intereses, se ha hecho aún más evidente la necesidad de adoptar medidas de prevención en los ámbitos en los cuales se proyecta de manera concreta su incidencia en la gestión pública, como los que han sido abordados en el presente volumen y de los que dan cuenta las conclusiones precedentes.

Además, si bien la conciencia sobre la gravedad y el impacto que esta problemática genera ha llevado a la adopción de normas, políticas y programas anticorrupción, lo cierto es que su aproximación sigue siendo marcadamente reactiva y punitiva, existiendo, asimismo, una atomización de las responsabilidades, que se encuentran dispersas en la frondosa estructura administrativa y de control del Estado, sin que las medidas de lucha contra la corrupción se hayan articulado bajo una mirada integral de la gestión institucional. Todo esto ha provocado una falta de visión estratégica y articulada a largo plazo, que responda a los retos que presenta el fenómeno analizado.

En consecuencia, no basta con avanzar desde el ámbito legal en la regulación de elementos emergentes en la lucha contra la corrupción en la esfera penal, como los canales de denuncia, la protección de los denunciantes, la persecución a los flujos financieros ilícitos o la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que es necesario fortalecer otros desarrollos normativos relacionados con la gestión pública y la gobernabilidad institucional, como las que han sido propuestos en relación con el régimen jurídico de la función pública, la contratación de bienes y servicios, la gestión de las empresas públicas y la tramitación y expedición de licencias, permisos y autorizaciones administrativas.

Por ello, como subraya *Transparencia por Colombia*, se requiere, en última instancia, entender la interacción entre entidades y procesos de lucha contra la corrupción, fortalecer las capacidades de las instituciones para no solo combatir la corrupción desde una aproximación tradicional, sino también desde una mirada que incluya su forma de accionar en redes complejas de corrupción, priorizar ámbitos y sectores clave de la gestión pública, e incluir una mirada descentralizada que involucre a los diferentes territorios.

Finalmente, y desde una perspectiva estrictamente jurídica, hay que poner en contexto las medidas específicas propuestas a la luz de las tradiciones jurídicas, concepciones políticas y cultura de la legalidad de cada país, porque la experiencia en otras materias muestra que no es posible garantizar que la inserción de las medidas que han funcionado en otras latitudes, o que son auspiciadas por las organizaciones internacionales, vayan a generar los resultados esperados.

Por esta razón, las recomendaciones formuladas para América Latina y Colombia tienen un carácter meramente indicativo, requiriendo, en todo caso, que a la hora de ser aplicadas en cada país se ajusten a la luz de sus particulares características. Todo ello con el fin de que puedan presentar resultados positivos al ser aplicadas.

Capítulo 6

Recomendaciones para América Latina y Colombia

HÉCTOR OLASOLO*
MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA*

1. INTRODUCCIÓN

Como vimos en el capítulo anterior, la presente obra colectiva ha abordado los siguientes ámbitos típicos del ejercicio de la actividad administrativa del Estado, en los cuales se suelen presentar las mayores oportunidades y casos de falta de integridad pública y prácticas de

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección *International Law Clinic Reports* (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

* Doctor en derecho. Magister en derecho administrativo. Magister en estudios políticos. Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) en derecho procesal. Especialista en legislación financiera. Abogado. Profesor emérito y titular de carrera académica y director de la escuela doctoral, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Investigador senior Colciencias. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

corrupción: (a) el régimen de la función pública; (b) la contratación de bienes y servicios; (c) la gestión de las empresas públicas; y (d) la expedición de licencias, permisos y autorizaciones.

Para analizar las respuestas que desde el régimen jurídico aplicable a la estructura y actividad administrativas del Estado se pueden dar para prevenir dichas prácticas corruptas (incluyendo, las promovidas por el crimen organizado transnacional (COT)), se ha realizado un estudio comparado que contrasta los principales estándares internacionales que regulan los ámbitos mencionados, y su actual regulación en: (a) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú), que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región; y (b) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, España y Estados Unidos (EE.UU.)).

Realizado dicho estudio, y expuestas en el capítulo precedente las principales conclusiones alcanzadas, este último capítulo presenta toda una serie de recomendaciones elaboradas por los autores para enfrentar el fenómeno de la corrupción (sobre todo cuando está vinculado al COT)), tanto en América Latina, como en Colombia, teniendo en cuenta que: (a) en los cuatro ámbitos analizados es posible adoptar estrategias específicas basadas en técnicas de prevención situacional, las cuales se apoyan en el análisis de riesgos en el ejercicio de la función administrativa y su desempeño; y (b) la mayor parte de las estrategias sugeridas para los países de la región son, por regla general, aplicables también en el caso colombiano.

En todo caso, es importante contextualizar estas recomendaciones a la luz de las tradiciones jurídicas, concepciones políticas y cultura de la legalidad de cada país. Es por ello que, si bien, para que la cooperación jurídica internacional pueda operar con mayor eficacia, es necesario un nivel suficiente de armonización entre las legislaciones nacionales, la inserción automática de las medidas recogidas en determinados estándares internacionales, o en los ordenamientos jurídicos de terceros países (sean o no latinoamericanos), no siempre garantiza que se vayan a obtener mejores resultados, porque pueden existir distintos factores internos y externos que, en ocasiones, pueden justificar aproximaciones diversas. En consecuencia, las reco-

mentaciones que se ofrecen a continuación, tienen un carácter indicativo, de manera que a la hora de ser aplicadas se requiere analizar si es necesario introducir ciertos ajustes a la luz de las características propias del sistema nacional de que se trate.

2. RECOMENDACIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

2.1. Reflexiones preliminares

Como señala Aprile (capítulo 1), las relaciones de corrupción entre funcionarios públicos y delincuentes varían de acuerdo con las condiciones de fortaleza o debilidad de un Estado y el carácter autoritario o democrático de su régimen político. Por ello, si se apuesta al fortalecimiento de la estructura administrativa a través de un modelo profesionalizado del servicio civil, la corrupción endémica que caracteriza al sector público se verá necesariamente limitada. Esto debería trabajarse, sobre todo, en el ámbito de la función pública dentro de las entidades territoriales que, al final, son el eslabón más débil y se encuentran más próximas a recibir presiones o ser amedrentadas por grupos delictivos.

2.2. Recomendaciones para el ámbito latinoamericano

Con base en lo anterior y en el análisis realizado en el capítulo 1, antes de presentar las recomendaciones para América Latina, Aprile subraya que cualquier tipo de reforma en materia de función pública que se realice en los países de la región, requiere de más tiempo y profundidad que en los países no latinoamericanos analizados, debido a la compleja situación político-económica y socio-cultural desde la que se parte. En consecuencia, las estrategias de acción que se recomienda a continuación deberían llevarse a cabo teniendo en cuenta esta circunstancia:

1. Impulsar un consenso político que permita construir políticas públicas y un modelo de administración permanente y profesional que trascienda los mandatos de gobierno, con base en las garantías consti-

tucionales y legislativas existentes que promueven un servicio civil de carrera basado en el mérito, la idoneidad y el buen desempeño.

2. Trabajar en la reputación del sector público y mejorar las percepciones y expectativas de los ciudadanos respecto al mismo para atraer candidatos moralmente íntegros y profesionalmente idóneos, de manera que las campañas anticorrupción se acompañen de un componente comunicacional que visibilice los logros en materia de transparencia e integridad. Así como los indicios de una baja moral pública atraen a candidatos con menor nivel de integridad y desalienta a aquellos para quienes la probidad es un valor importante, la percepción de alta integridad y eficacia en las instituciones públicas puede atraer a individuos más idóneos y fomentar círculos virtuosos de integridad.

3. Establecer en las distintas administraciones territoriales un servicio civil profesional en el cual: (a) el mérito sea el criterio central en el ingreso, permanencia y promoción en la función pública; (b) los funcionarios públicos cuenten con una protección efectiva frente a los despidos injustificados; y (c) la regla general de incorporación al servicio civil sea la realización de concursos que cumplan con las condiciones de publicidad sobre las plazas disponibles y los procesos de selección correspondientes, amplio acceso a las convocatorias y una evaluación imparcial basada en criterios técnicos, objetivos y transparentes de medición de la idoneidad y las competencias de los candidatos.

4. Reducir las vinculaciones laborales bajo condiciones de excepción y el uso de contratos temporales de prestación de servicios, que en muchos casos se convierten en la modalidad principal de incorporación de personal, limitándolas a los casos en que sean realmente pertinentes. Para lograr esto, se pueden imponer restricciones a su uso, pero más importante aún es mejorar los canales de selección regular mediante la realización rutinaria de concursos de méritos u oposiciones.

5. Aplicar evaluaciones técnicas de desempeño, basadas en la contribución efectiva al logro de los objetivos institucionales más que en el cumplimiento rutinario de funciones, para determinar la permanencia y la promoción en la función pública, con el fin de superar

el desincentivo al esfuerzo que supone la garantía de estabilidad en el empleo, que si bien es una barrera contra despidos injustificados, puede afectar negativamente el rendimiento de los funcionarios y la calidad de la gestión pública.

6. Adoptar y poner en marcha diseños institucionales, como el Sistema de Alta Dirección Pública de Chile, con el fin de profesionalizar el nivel directivo de las entidades públicas, que tengan en cuenta que para estos cargos directivos se requieren niveles competitivos de compensación si se quiere atraer candidatos capaces. En este sentido, es importante tener en cuenta que, si bien en casi todos los países de la región se considera conveniente que las designaciones de los cargos de la alta dirección en las entidades públicas se definan por criterios de confianza y discrecionalidad, porque de esta manera se garantiza la responsabilidad frente al mandato otorgado, lo cierto es que esta práctica juega en contra de la capacidad técnica y la autonomía en la gestión.

7. Garantizar la disponibilidad presupuestal para poder llevar a cabo estas reformas a la función pública, para lo cual se recomienda, por un lado, recurrir a la cooperación y el apoyo de organismos internacionales, y, por otro lado, comprometer a la opinión pública, de tal manera que sea la ciudadanía empoderada la que asuma el liderazgo de estas transformaciones con la exigencia de rendición de cuentas a funcionarios y políticos, lo cual, como ha visto en otras latitudes, es un factor esencial para incrementar los niveles tanto de eficacia y eficiencia como de integridad y probidad de quienes se desempeñan en el empleo público.

2.3. Recomendaciones para Colombia

Como resultado del análisis realizado en el capítulo 1 de la normativa y las prácticas administrativas colombianas, y considerando que estas últimas son especialmente determinantes como factores desencadenantes o predisponentes para la corrupción, Aprile formula las siguientes recomendaciones específicas para Colombia, teniendo además en cuenta que las formuladas a nivel regional son también, en gran medida, aplicables al país:

1. Establecer mecanismos de articulación y coordinación entre la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) para fortalecer el funcionamiento de la carrera administrativa, especialmente en el nivel territorial, ya que las demoras en su implementación efectiva favorecen la provisionalidad, la temporalidad y la discrecionalidad en la gestión del empleo público (factores todos ellos proclives a que crezca la corrupción). Además, se recomienda mejorar significativamente la asignación de recursos financieros para irse poniendo al día con la realización de los procesos de selección por méritos. Estas dos recomendaciones podrían atenderse con la celebración de uno o varios convenios interadministrativos de cooperación entre las dos entidades, al tenor de lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 489 (1998), y con una modificación al numeral 5 del artículo 13 de la Ley 909 (2004), que garantice la autonomía presupuestal plena de la CNSC.

2. Superar las fisuras del régimen de la función pública mediante el desmonte de la práctica recurrente y extendida de la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, no solamente para reducir el riesgo de condenas judiciales que declaren la existencia de relaciones de trabajo, sino porque cuando la selección no se basa en el mérito se crea una relación clientelista de patronazgo con los contratistas, que por sí misma puede conllevar prácticas corruptas o permitir que ingresen al sector público personas que pueden estar involucradas en redes u organizaciones criminales. Si bien la Directiva Presidencial 08 (2022) es un paso en esta dirección, con el fin de que sea una decisión normativa que no dependa de la voluntad del gobierno de turno, se recomienda reformar la Ley 80 (1993) para restringir el empleo de los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión.

3. Modificar el régimen jurídico de los empleos de gerencia pública, estableciendo la obligatoriedad de que para la selección de los cargos que conlleven el ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública nacional o territorial se haga: (a) una verificación habilitante de antecedentes académicos y de experiencia específica; y (b) se apliquen una o varias pruebas de evaluación de los conocimientos y aptitudes necesarias para su desempeño (cuya realización se podría llevar a cabo por una universidad acreditada, una empresa consultora externa experta en selección de directivos o la propia CNSC).

Hacer esta modificación marcaría un quiebre en la manera en que se piensa en Colombia la relación entre política y administración pública y enviaría un importante mensaje reputacional, cuya implementación se realizaría con base en la reforma del art. 49 de la Ley 909 (2004).

4. Revisar y mejorar el sistema de evaluación del desempeño de los servidores públicos de carrera, ya que no hay una correspondencia entre los resultados de las evaluaciones sobre la gestión institucional que realizan los organismos de control fiscal y las calificaciones individuales de desempeño. Se recomienda que estas últimas estén asociadas a los indicadores de eficiencia y eficacia de cada entidad y al grado de contribución al logro de los objetivos institucionales, para lo cual debería realizarse una adición en este sentido al art. 38 de la Ley 909 (2004).

3. RECOMENDACIONES SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y SERVICIOS CON PARTICULAR ATENCIÓN A LA CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

3.1. Reflexiones preliminares

Como Duque señala en el capítulo 2, existen ciertas funciones de la administración pública que son especialmente susceptibles a irregularidades. Una de ellas es la contratación de bienes y servicios, teniendo en cuenta que de todos los rubros de contratación estatal, la relativa a las obras públicas es el que presenta mayores riesgos por tres razones principales. Primero, el alto valor que suelen tener los contratos. Segundo, las dificultades para verificar la calidad de cada detalle de la ejecución de obras públicas, lo que permite muchas oportunidades de captura de rentas, como el uso de materiales y procesos de menor calidad. Tercero, las firmas elegibles para contratos de gran cuantía deben cumplir con requisitos exigentes de experiencia y capacidad de financiamiento, creando así importantes barreras a la entrada, que a su vez repercuten en una menor competencia entre las empresas licitantes, facilitando con ello la captura de rentas. A la luz de lo anterior, la mayor parte de las estrategias propuestas por Duque en esta materia se centran, especialmente, en los contratos de construcción de obras.

3.2. Recomendaciones para el ámbito latinoamericano

Teniendo en cuenta lo anterior, y con base en el análisis realizado en el capítulo 2, Duque presenta las siguientes recomendaciones para los países de la región:

1. Desarrollar instrumentos legales y administrativos que permitan lidiar con los casos de corrupción en obra pública de manera más flexible de lo que permite una medida de nulidad, de manera que se logre balancear la imposición de sanciones ejemplares con la preservación y continuidad de las obras. Esta recomendación deviene de que las normas de derecho administrativo de la región prevén la principal respuesta ante el descubrimiento de un hecho de corrupción asociado a la firma de un contrato sea su declaración de nulidad, lo que acarrea costos económicos importantes porque implica la pérdida de validez del contrato entre el Estado y el concesionario o el contratista de la obra, y de todas las relaciones contractuales asociadas, sin disponer mecanismos para facilitar la continuidad tanto de la obra como de los actores no implicados en la conducta corrupta.

2. Definir las variables de desempeño que permitan evaluar la pertinencia y la efectividad de las inversiones, de manera que la rendición de cuentas sobre la ejecución de los planes de infraestructura se haga más sobre los servicios entregados y su calidad, y menos sobre la cantidad de obras e insumos. Desarrollar procesos que operen bajo esta lógica puede ser muy exigente, pero es el objetivo hacia el que deberían apuntar los programas de infraestructura para disciplinar la selección de proyectos y desincentivar la construcción de obras costosas y socialmente ineficientes.

3. Establecer la independencia entre los procesos de definición de obras y la elección de proveedores, para lo cual sería de utilidad separar las agencias de planificación de obras de los encargados de la ejecución de los proyectos y dificultar que haya escenarios de coordinación entre ellos. Esto aliviaría posibles conflictos de interés y permitiría reducir el riesgo de usar proyectos de infraestructura con el fin expreso de retribuir favores o beneficiar a un contratista, ya que la captura es más fácil cuando la unidad que define y prioriza un

proyecto también tiene mucha influencia sobre la composición de los comités de selección de quien lo va a ejecutar.

4. Regular los procesos de renegociación de los contratos adjudicados y en proceso de ejecución, de manera que para evitar acuerdos colusorios o fraudulentos se disponga la obligación de que los mismos estén a cargo de comités con alto grado de independencia y capacidad técnica. Además, se recomienda la prohibición por completo de cierto tipo de modificaciones vía renegociación, como, por ejemplo, la incorporación de obras adicionales a la original a través de adendas a los contratos existentes (los proyectos de construcción adicionales deberían, por tanto, procurarse mediante licitaciones independientes y competitivas).

5. Aprovechar las herramientas digitales para dejar registro de las licitaciones, incluyendo la información que se genera a lo largo de todo el ciclo. Cualquier renegociación y modificación contractual debería también estar disponible junto a los documentos originales, existiendo ya algunos estándares internacionales para estos efectos, como los *Open Contracting Data Standard* de la *Open Contracting Partnership*. Además, se recomienda también integrar al proceso de contratación más instancias de monitoreo independiente, como, por ejemplo, por organizaciones la sociedad civil en representación de la ciudadanía.

3.3. Recomendaciones para el sistema colombiano

Teniendo en cuenta que Colombia no ha sido ajeno a los macrocasos de corrupción de la región, es claro que las recomendaciones formuladas para el ámbito regional también son aplicables para el caso colombiano. Además, Duque formula en el capítulo 2 las siguientes recomendaciones específicas:

1. Diseñar herramientas digitales que permitan a los interesados conocer: (a) los criterios técnicos, financieros y jurídicos con base en los cuales se adoptan las decisiones de adjudicación en materia de contratación estatal; y (b) los datos a los que se aplican dichos criterios en los procesos de selección para obtener los resultados finales. A través del acceso a esta información, y disponiendo de un canal de

comunicación virtual, se facilitaría a los interesados la posibilidad de realizar observaciones encaminadas a la corrección o ajuste de los criterios, y a recurrir los actos de adjudicación cuando se adviertan en ellos una aplicación errónea de los mismos. A estos efectos, se recomienda modificar el trámite de los procesos de selección para permitir la intervención de terceros que no hayan participado como oferentes mediante la reforma de la normativa recogida en la Ley 80 (1993) sobre los procesos de selección. Así mismo, con el fin de hacer obligatoria la difusión de los datos, los criterios y los resultados de su aplicación en los procesos de selección, se recomienda también que la Agencia Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de sus competencias regulatorias, emita una circular externa regulando los aspectos sustantivos, procedimentales y técnicos pertinentes.

2. Hacer más severo el régimen de inhabilidades para contratar con el Estado de las personas que han sido condenadas penalmente por la comisión de delitos relacionados con corrupción, de manera que tampoco puedan contratar a través de personas jurídicas creadas por personas interpuestas o en las que no tengan la calidad de socios controlantes. Además, se recomienda reformar la Ley 80 (1993) para que, cuando se pruebe la existencia de este tipo de maniobras, automáticamente haya lugar a declarar la caducidad del contrato estatal y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las garantías, con la consiguiente inhabilitación para la persona jurídica contratista y para sus socios y administradores. Con este fin, se propone impulsar un proyecto de ley ordinaria ante el Congreso de la República, por la cual se adicione en este sentido un literal (j) al numeral (1) del art. 8 de la mencionada Ley 80 (1993).

4. RECOMENDACIONES PARA LA GESTIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

4.1. Reflexiones preliminares

Como señala Díaz en el capítulo 3, la gestión de las empresas públicas entraña dos tipos de retos que deben ser atendidos concurrentemente para que el desarrollo de su objeto sea transparente y eficiente. Por un lado, evitar interferencias políticas indebidas, dada

su pertenencia al sector público, y, por otro, garantizar su operación en igualdad de condiciones con las demás empresas, evitando que a través de la regulación o del control de la actividad económica se distorsione la libre competencia. En función de lo anterior, las estrategias recomendadas para los ámbitos latinoamericano y colombiano están encaminadas a atender estos retos a través de medidas que garanticen la adopción y aplicación de modelos de gobierno y gobernanza corporativos.

4.2. Recomendaciones para el ámbito latinoamericano

Con base en lo anterior, y a la luz del análisis realizado en el capítulo 2, Díaz presenta las siguientes recomendaciones para los países latinoamericanos:

1. Crear mecanismos institucionales de gobernanza para que el Estado ejerza sus derechos de propiedad en las empresas en las que tiene participación accionaria o son de su titularidad. Así mismo, se recomienda establecer protocolos para supervisar a estas empresas y elegir a sus representantes en las juntas directivas, con el fin de promover los estándares de integridad en su gestión.

2. Contemplar en la política de propiedad del Estado un organismo que ejerza la representación de sus derechos que, conforme a las tendencias internacionales, puede ser una entidad centralizada que se cree a estos efectos, o una entidad preexistente que actúe como instancia coordinadora. Al unificar este rol se mejoraría la supervisión y el monitoreo sobre la gestión y la integridad de las empresas de propiedad pública. Así mismo, y con independencia de la opción que se adopte, se recomienda que dicha entidad sea responsable ante el parlamento y presente periódicamente informes de desempeño.

3. Definir criterios claros para la selección de los miembros de las juntas directivas de las empresas públicas, que deberían estar integradas por personas independientes y capaces, seleccionadas a través de procesos objetivos y transparentes. Es recomendable que estos criterios sean fijados por la entidad que represente la propiedad accionaria o el capital estatal. Así mismo, se recomienda promover que las juntas directivas tengan mandatos claros sobre las expectativas de

desempeño e integridad, así como autonomía para hacerlos cumplir, de manera que el resto de las agencias estatales no interfieran en su manejo cotidiano.

4. Crear un espacio de información en el que se hagan públicos los resultados consolidados de la gestión de las empresas públicas, de preferencia de manera sectorizada, de manera que se fomente una política de transparencia en la rendición de cuentas, que es un elemento esencial en la lucha contra la corrupción.

5. Reformar la regulación sobre la forma de operar de las empresas públicas y privadas, de manera que responda a la necesidad de corregir las fallas del mercado, porque cuando la regulación es excesiva o demasiado rígida se crean incentivos para actuar por fuera de la legalidad.

4.3. Recomendaciones para Colombia

Considerando que las recomendaciones formuladas a nivel regional son también, en gran medida, aplicables a Colombia, Díaz ofrece las siguientes recomendaciones específicas para el sistema colombiano:

1. Fortalecer el ejercicio del control de tutela por parte de los ministerios y los departamentos administrativos sobre las empresas públicas adscritas o vinculadas, conforme a los parámetros definidos al respecto por la Ley 489 (1998) sobre entidades descentralizadas, de manera que tanto en las instrucciones que se impartan, como en los informes de evaluación y gestión presentados o requeridos, se incluyan o reporten las estrategias y acciones referidas a la promoción de la integridad pública. Con este fin, se recomienda incluir estas actividades de manera específica en la regulación sobre orientación y coordinación sectorial contenida en el art. 44 de la mencionada Ley 489 (1998).

2. Empoderar a las juntas directivas para evitar la interferencia indebida de otras entidades o agencias y que se diluya su responsabilidad, de manera que las normas aplicables a las empresas públicas las doten de un esquema de gobierno corporativo al frente de su gestión, y que sean sus integrantes quienes, debido a su autonomía para

tomar decisiones, sean los únicos responsables por sus resultados. Al concentrar la responsabilidad en los miembros de las juntas, estos quedarían obligados a tomar todas las previsiones necesarias para que la gerencia lidere un desempeño institucional eficaz, eficiente y ajustado a la probidad. A estos efectos, se recomienda incluir un parágrafo al art. 68 de la Ley 489 (1998).

5. RECOMENDACIONES SOBRE LA EXPEDICIÓN DE LICENCIAS, PERMISOS Y AUTORIZACIONES

5.1. Reflexiones preliminares

La intervención del Estado sobre el libre ejercicio de la iniciativa privada para permitir el desarrollo de determinadas actividades o el disfrute de ciertos derechos ha sido un caldo de cultivo propicio para que la corrupción florezca. Esto se debe a que las razones de orden público o de defensa de los intereses generales, que subyacen a la exigencia de la obtención de una declaración administrativa previa de habilitación para estos efectos, en no pocas ocasiones termina siendo un costo de transacción para el usuario o el derechohabiente, sin que se cumpla con el propósito para el cual se ha justificado la exigencia de una licencia, un permiso o una autorización.

En consecuencia, simplificar trámites y procedimientos es una respuesta para reducir el riesgo de corrupción al expedir estos actos administrativos habilitadores. Además, al no ser posible su eliminación, las recomendaciones aquí ofrecidas recogen otras estrategias de acción, que son complementarias de esta política, especialmente en lo relacionado con los trámites para la expedición de permisos o licencias para la tenencia y el uso o porte de armas, dada su frecuente instrumentalización para facilitar las actividades ilícitas del COT.

5.2. Recomendaciones para el ámbito latinoamericano

De acuerdo a lo anterior, y con base en el análisis realizado en el capítulo 4, Nieto formula las siguientes recomendaciones para los países de la región:

1. Reducir las interacciones directas y presenciales entre los usuarios y los servidores públicos, con el fin de reducir las oportunidades para que se verifiquen actos de concusión o de cohecho. Para ello, se recomienda impulsar la comunicación gubernamental a través de internet, avanzar en la digitalización de los trámites y fomentar y facilitar la realización de los pagos de aportes, tasas, tarifas, impuestos y contribuciones a través de medios electrónicos.

2. Modificar la regulación de los trámites para la expedición de licencias, permisos y autorizaciones con el fin de reducir al máximo posible los márgenes de discrecionalidad de las autoridades en los procesos de toma de decisiones (a menor grado de discreción, menor probabilidad de que se cometan irregularidades), tanto mediante reglas *ex ante* que limiten las atribuciones de los funcionarios, como a través de controles *ex post* que fiscalicen estas decisiones y acciones una vez que han sido ejecutadas. Ahora bien, como imponer límites a las atribuciones de los funcionarios acarrea costos en términos de agilidad en la administración pública, se recomienda diseñar estas reglas de manera cuidadosa para evitar consecuencias negativas, ya que los funcionarios pueden percibir que las modalidades más exigentes son muy engorrosas y ralentizar sus procesos, de manera que, incluso sin tener motivaciones corruptas, eviten deliberadamente su aplicación.

3. Adoptar una política permanente de simplificación de trámites, ya que su complejidad y duración abren las puertas al cobro de pagos indebidos a cambio de su agilización, y sesgan la prestación de los servicios en contra de las personas con menos recursos. Se recomienda, en particular, eliminar los trámites secuenciales en los que el ciudadano interactúa con distintos funcionarios (uno tras otro) porque en contextos de baja integridad este tipo de procesos son especialmente vulnerables a las prácticas corruptas, y el resultado puede ser aún peor que tener que interactuar con un solo funcionario corrupto. Específicamente en relación con la expedición de licencias para la tenencia y el uso o porte de armas, es recomendable que los países de la región: (a) realicen un diagnóstico sobre aquellos vacíos o zonas grises existentes en sus respectivas normativas que puedan generar espacios aptos para el desarrollo de prácticas de corrupción en estos trámites; y (b) adopten las medidas preventivas pertinentes,

para cuya realización es conveniente contar con el acompañamiento de algún organismo asesor especializado e independiente, al margen de los cuerpos de policía y de las fuerzas de seguridad del Estado.

4. Aplicar evaluaciones de riesgo, según lo dispuesto en el Tratado sobre el Comercio de Armas (2014), para determinar si las armas que ingresen al comercio contribuirán a la paz y a la seguridad o podrían ser destinadas a cometer o facilitar la comisión de: (a) infracciones graves del derecho internacional humanitario; (b) violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos; delitos previstos en convenios o protocolos internacionales relativos al terrorismo y/o al COT.

5. Acudir a los contenidos de la Ley Modelo de la UNODC en los futuros esfuerzos regulatorios, en la medida en que supone una respuesta a las necesidades específicas de asistencia técnica identificadas por los Estados Miembros para armonizar la legislación nacional con los requisitos establecidos en otros instrumentos internacionales en materia de tráfico de armas y COT.

6. Incorporar en los nuevos desarrollos normativos y reglamentarios la perspectiva de género y la intervención en materia de salud mental como factores para la expedición de licencias de tenencia y uso o porte de armas, con el fin de que sean considerados por las autoridades de los países de la región como criterios orientadores de su gestión en este tema de alta sensibilidad.

5.3. Recomendaciones para Colombia

Como Nieto señala, la administración pública colombiana cuenta desde 2016 con el Protocolo para la Identificación de Riesgos de Corrupción asociados a la Prestación de Trámites y Servicios, que establece los criterios que han de aplicar las entidades públicas para identificar dichos riesgos en los procesos misionales que contengan procedimientos relacionados con trámites, conforme a lo establecido en la Guía para la Gestión de Riesgos de Corrupción.

Tal y como fue actualizado en 2018, el Protocolo señala expresamente que cada entidad pública presenta: (a) debilidades internas que provocan riesgos de corrupción, incluyendo la existencia de

amplios espacios de discrecionalidad en la toma de decisiones, las fallas en el diseño de los procesos, una normatividad excesivamente compleja, los altos costos administrativos, los sistemas de información inadecuados, la selección de personal inapropiada, la ausencia de manuales y una tecnología obsoleta o carente de controles; y (b) amenazas del entorno, como las provocadas por la actuación de los carteles de contratistas y las organizaciones del COT, o las causadas por una participación y control social débiles, la fragilidad en el control externo o la existencia de recursos públicos que no son regulados efectivamente.

Además, el Protocolo describe también en una matriz el paso a paso estandarizado de un trámite y los riesgos de corrupción que se pueden presentar en cada paso, destacando dos momentos principales: (a) cuando se efectúa el trámite en el marco de la interacción entre ciudadano y servidor público; y (b) cuando se ejecutan los procedimientos al interior de la entidad para dar cumplimiento al trámite.

Con base en lo anterior, y a la luz del estudio realizado en el capítulo 4, Nieto formula las siguientes recomendaciones específicas para el sistema colombiano, al cual son también aplicables la mayor parte de las previstas en la sección anterior para los demás países de la región:

1. Verificar desde el sistema de control interno de cada entidad pública la caracterización y tratamiento de los siguientes factores de riesgo: (a) la inexistencia de mecanismos que validen la veracidad de los requisitos acreditados; (b) la ausencia de criterios técnicos o jurídicos claros para determinar el cumplimiento de los requisitos; (c) la inexistencia de mecanismos de seguridad informática; (d) la existencia de tramitadores que alteren o generen documentación falsa o justifiquen la calidad del requisito al margen de la norma técnica; (e) las prácticas de borrar información institucional en beneficio propio; (f) el contacto informal entre servidores aprobadores o analizadores de información y tramitadores; (g) la ausencia de mecanismos de supervisión directos o con apoyos tecnológicos sobre la información registrada en las visitas técnicas; (h) la falta de autonomía en la aplicación por los servidores aprobadores de los criterios técnicos; (i) las fallas en la confidencialidad de las decisiones, filtrándolas a grupos de interés; (j) la búsqueda de tramitadores para pagar por la aplica-

ción de criterios más flexibles para la aprobación de las solicitudes; (k) el pago directo a servidores para adulterar la información registrada en las visitas técnicas; (l) el hacer lobby o presionar a directivos mediante dádivas para provocar la aprobación por encima de los criterios técnicos de los analistas; y (ll) el pago por extraer información previa a la formalización de las decisiones.

2. Incluir expresamente los factores de riesgo mencionados en la Guía para la Gestión de Riesgos de Corrupción del DAFP, con el fin de garantizar que se verifique su caracterización y tratamiento en la gestión de los riesgos relacionados con la corrupción.

3. Verificar a través del sistema de control interno de cada entidad pública que las autoridades a cargo de los trámites de expedición de licencias, permisos y autorizaciones han adoptado las siguientes medidas: (a) implementar una interfaz entre la página institucional y el Sistema Único de Información de Trámites (SUIT); (b) establecer ventanillas únicas virtuales; (c) ampliar los puntos de atención, o realizar convenios con entidades de ámbito nacional, así como con sus sedes regionales, para la recepción de documentos; (d) efectuar verificaciones aleatorias automatizadas para detectar anomalías; (e) diseñar aplicativos o mecanismos de interoperabilidad para la consulta o verificación de requisitos con el fin de evitar falsificaciones y reducir los costos administrativos y de tiempo; (f) reducir los tiempos en el proceso de análisis de la información; (g) optimizar los puntos de control para verificar la información; (h) utilizar tecnología de grabación en vivo en las visitas técnicas o inspecciones; (i) diseñar aplicativos, que incluyan un banco de información, para su consulta por los equipos que validan y emiten conceptos en casos similares; (j) simplificar los procesos y variables a analizar en la fase de toma de decisiones de los trámites; (k) diseñar e implementar aplicativos en línea que permitan verificar el estado del trámite con el número de radicado; y (l) implementar las notificaciones electrónicas.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/