

La corrupción en la contratación estatal, el caso Odebrecht en Colombia: un enfoque de
economía neoinstitucional

Marlon Yesid Diaz Mantilla

Norida Patiño Pérez

Trabajo de grado para optar por el título de economista

Director

Fernando Estrada

Magíster en Filosofía

Universidad Industrial de Santander
Facultad de ciencias humanas
Escuela de economía y administración
Bucaramanga

2020

Dedicatoria

A mi familia

Mi padre, Luis Alberto Diaz, sus conversaciones y su experiencia fueron luz en el camino de esta investigación. A mi madre, Gladys Mantilla, sin su apoyo no hubiera podido concentrarme en el trabajo. A mi compañera de vida, Silvia Florez, mi motor y motivación cada día. A mi hermano, Jose Luis, a mi suegra Claudia Rojas, su presión y su confianza en mí, respectivamente, dieron velocidad y dinámica a la investigación. A todos ellos, mi familia, dedico este trabajo y esta etapa de mi vida.

- Marlon Yesid Diaz

A Dios y a mi familia

A Dios por permitirme llegar a este lugar y guiar cada uno de mis pasos. A mi madre, porque sin su amor, apoyo y compañía no hubiera sido posible.

-Norida Patiño Pérez

Tabla de contenido

	Pág.
Introducción	14
1 Generalidades de la investigación.....	24
1.1 Objetivo General.....	24
1.2 Objetivos Específicos.....	24
1.3 Metodología	25
2 Marco teórico	25
2.1 Hacia un concepto de corrupción apropiado: del enfoque tradicional al moderno.....	27
2.2 El antiguo institucionalismo. Los hábitos, las percepciones y las instituciones importan	41
2.3 El camino al enfoque neoinstitucional: los teóricos de la elección pública.....	47
2.4 Enfoque neoinstitucional	57
2.4.1 Las instituciones y la historia.....	60
2.4.2 Los problemas de la institución contractual.....	66
2.4.2.1 La renegociación en el contrato incompleto: espacio para el oportunismo.	75
2.4.2.2 El litigio del contrato incompleto: pensar en «ganancias» futuras	79
2.5 La organización de la corrupción.....	83
3 La corrupción en Colombia	113
3.1 Recordando la historia, la senda de dependencia.....	114

3.2 La lucha contra la corrupción y sus errores	137
3.3 El panorama actual.....	143
3.4 Corrupción en el sector público.....	152
3.4.1 Impunidad en el principio de oportunidad.....	167
3.4.2 El problema de la denuncia, la necesidad de adoptar la delación premiada.....	177
3.4.3 La falta de reglas de juego en el lobby y otros mecanismos de captura.....	185
3.4.4 Resumen.....	192
4 La contratación estatal en Colombia: cambio institucional	193
4.1 La evolución de la institución contractual pública en Colombia.....	194
4.2 El «Estatuto» General de Contratación de la Administración Pública	205
5 El caso Odebrecht. Tipología de fallos institucionales.....	224
5.1 La historia detrás de «Lava Jato», donde empezó todo.....	224
5.2 El caso Odebrecht en Perú.....	231
5.2.1 Alejandro Toledo.....	231
5.2.2 Alan García.....	235
5.3 Odebrecht en Colombia	241
5.3.1 Transacciones corruptas en el contrato ex ante.....	246
5.3.1.1 La jugada para poner a Gabriel García Morales en el INCO.....	254
5.3.2 Las transacciones corruptas del contrato ex post.....	259
5.3.2.1 La jugada para los beneficiar los financiadores de «buena fe» que no salió bien.....	273
6 Conclusiones	281

Referencias Bibliográficas290

Apéndices.....337

Lista de Tablas

Tabla 1	Tiempos de duración de la primera instancia por tipo de proceso.....	164
Tabla 2	Marco jurídico del cabildeo en Colombia.....	187
Tabla 3	Distribución de riesgos en las tres primeras generaciones de concesiones	219
Tabla 4	Distribución de riesgos en las concesiones de cuarta generación.....	221
Tabla 5	Contratos Odebrecht Colombia	241
Tabla 6	Proponentes y calificación del sector II del proyecto Ruta del Sol	244
Tabla 7	Principios de oportunidad otorgados y en espera	271
Tabla 8	Créditos de los bancos al consorcio Ruta del Sol 2	280

Lista de Figuras

Figura 1. Indicador de percepción de la corrupción (CPI) y control de la corrupción.	145
Figura 2. Motivaciones y modalidades utilizadas para ofrecer sobornos, 2016.	147
Figura 3. Clasificación en los indicadores de Doing Business - Colombia, 2019.	148
Figura 4. Clasificación de Colombia por categoría en el Índice del Estado de Derecho.	149
Figura 5. Participación de la Contratación Estatal como porcentaje del PIB (2009-2018).	151
Figura 6. Valor de la contratación pública en Colombia (2016-2018).	159
Figura 7. Esquemas de interacción entre entes de control y de acusación.	161
Figura 8. Evolución del Índice de congestión por jurisdicción en Colombia.	163
Figura 9. Evolución de la percepción ciudadana sobre la justicia y la Fiscalía.	166
Figura 10. Etapas básicas dentro del proceso de contratación.	209
Figura 11. Sub-estructura de corrupción Odebrecht.	230
Figura 12. Ubicación sector 2 ruta del sol y adenda otrosí No. 3.	262

Lista de Apéndices

Apéndice a. Formas de corrupción y tipo de delito penal.....	337
Apéndice b. Penas por motivos de corrupción.....	339
Apéndice c. Sanciones disciplinarias por soborno transnacional	341
Apéndice d. Sanciones disciplinarias.....	341
Apéndice e. Proyectos de Ley que han intentado regular el cabildeo en Colombia.....	342
Apéndice f. Marco normativo contratación pública en Colombia.....	343
Apéndice g. Personas relacionadas caso Odebrecht: Ruta del sol II y otrosí No.6	344

Resumen

TÍTULO: LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL, EL CASO ODEBRECHT EN COLOMBIA: UN ENFOQUE DE ECONOMÍA NEOINSTITUCIONAL*

AUTORES: MARLON YESID DIAZ MANTILLA; NORIDA PATIÑO PÉREZ**

PALABRAS CLAVE: CORRUPCIÓN, CONTRATACIÓN ESTATAL, COOPTACIÓN INSTITUCIONAL, CASO ODEBRECHT, NEOINSTITUCIONALISMO

DESCRIPCIÓN:

Este trabajo argumenta que la corrupción presente en la contratación pública en Colombia se relaciona con la estructura institucional que define y regula el comportamiento de las partes. En breve, esto quiere decir que existen fallos institucionales que generan problemas de eficiencia, falta de cooperación, fracturas en el monitoreo, control y regulación de los casos de corrupción. Por regla general, el riesgo con estos tipos de contratación es que son vulnerables a grupos de presión como en el caso de Odebrecht, que es tomado en este trabajo como un caso fundamental de estudio. Consecuentemente, se sustenta que la corrupción está relacionada con un determinado (des)orden político, económico y social resultado de una estructura anómala de poder político, económico y social. Dentro de estas condiciones, la captura de renta y los incentivos propios del comportamiento corrupto permiten una amplia intervención en los procesos de contratación y concesión de las obras públicas. El caso de estudio en este trabajo, ilustró una tipología que muestra el accionar corrupto a la luz de los fallos en las instituciones política y contractual y permitió identificar soluciones particulares para Colombia. En efecto, este trabajo hace hincapié, entre otras cuestiones, en la necesidad de ampliar el concepto de corrupción hacia estructuras de comportamiento corrupto sistémico en forma de red. Además, sostiene la necesidad de establecer mecanismos de denuncia eficientes e incentivos al denunciante como la delación premiada, reglas de juego claras en el ejercicio del cabildeo y mejoramiento en los procesos de contratación con énfasis en la investigación ex ante de relaciones sociales de los proponentes.

*Trabajo de grado

** Facultad de ciencias humanas, escuela de economía y administración. Director: Fernando Estrada

Abstract

TITLE: CORRUPTION IN STATE CONTRACTING, THE ODEBRECHT CASE IN COLOMBIA: A NEOINSTITUTIONAL ECONOMY APPROACH. *

AUTHORS: MARLON YESID DIAZ MANTILLA; NORIDA PATIÑO PÉREZ. **

KEYWORDS: CORRUPTION, STATE CONTRACTING, INSTITUTIONAL COOPTATION, ODEBRECHT CASE, NEOINSTITUTIONALISM.

DESCRIPTION:

This work argues that the corruption present in public procurement in Colombia is related to the institutional structure that defines and regulates the behavior of the parties. In short, this means that there are institutional failures that generate problems of efficiency, lack of cooperation, fractures in the monitoring, control and regulation of corruption cases. As a general rule, the risk with these types of recruitment is that they are vulnerable to pressure groups as in the case of Odebrecht, which is taken in this work as a fundamental case of study. Consequently, it is based that corruption is related to a particular (political, economic and social (dis)order) resulting from an anomalous structure of political, economic and social power. Within these conditions, the rent-seeking and the incentives typical of corrupt behaviour allow a wide-screen intervention in the procurement and concession processes of public works. The case study in this work illustrated a typology that shows corrupt action in the light of failures in political and contractual institutions and allowed the identification of particular solutions for Colombia. Indeed, this work emphasizes, among other issues, the need to broaden the concept of corruption towards structures of systemic corruption in the form of a network. In addition, it argues the need to establish efficient reporting mechanisms and whistleblower incentives such as denunciation, clear rules of play in lobbying and improvement in recruitment processes with an emphasis on ex ante research to the social relations of the proponents.

*Degree work

** Faculty of Human Sciences, School of Economics and Administration. Director: Fernando Estrada

Introducción

Hablar de corrupción se ha convertido en un tema cotidiano, desde las charlas en el café y las reuniones familiares, hasta los debates en el senado y las principales propuestas de los candidatos en las contiendas políticas. Tan común es el problema, que entre los ciudadanos de a pie, la percepción negativa del fenómeno se ha generalizado y con ello la creencia de que no se tiene solución alguna, incluso, en personas que se distinguen por haber visto la luz cuando los demás solo vieron tinieblas. Así, es probable que, si una persona detalla su círculo social, aquellos que en algún momento dijeron «no todos son iguales», hoy repitan «todos son corruptos».

Los empresarios, con mayor cercanía al problema, saben que para ganar un contrato de obra pública en Colombia es posible que deban acudir al soborno de uno que otro funcionario, algunos deciden seguir la lógica porque les parece un buen trato, porque los beneficios de sobornar le resultan tentadores o porque no tienen opción de dar un salto al sector privado. Aquellos que, si pueden, porque su estructura interna e inversión en activos no es específica para el sector público, quizás prefieran no intentar actuar fuera de la legalidad o al margen de esta. Para aquellos, denunciar es una opción limitada que depende, digamos, de las expectativas formadas sobre el sistema de justicia, buscar en el mercado privado una alternativa puede ser tentador si sus expectativas indican que no pueden confiar en que la denuncia producirá una condena. Si el mercado privado no logra su absorción, la falta de oportunidad puede hacer que reconsideren sus «preferencias» y decisiones. Algunos más habrán cerrado sus puertas.

Parece que las personas tienen alguna idea de lo que es la corrupción. Una conducta o comportamiento, sea este económicamente causado, colectivamente obligado o individualmente motivado, que comprende un amplio rango de mecanismos -de los que quizás se tenga mejor conocimiento- con los cuales (cor)romper o adaptar las reglas a su acomodo. Mientras el soborno es solo una de aquellos mecanismos corruptos típicamente distinguidos, la apropiación de bienes, el nepotismo, la colusión, el conflicto de intereses o el fraude, tal vez sean términos menos conocidos, aun así, asimilados en la concepción propia que cada persona tenga sobre la corrupción. La frecuencia con la que la gente se encuentra estas u otras formas de corrupción, definen parte de las expectativas sobre el fenómeno, es posible que sean pocas personas las que se atrevan a creer que existen esperanzas para que la situación mejore, mucho menos a reconocer su «pequeño» aporte al problema.

Como menciona Schelling (1989), definir si se actúa de manera corrupta en algún nivel o se es estrictamente correcto, es una entre muchas actividades en la que «la conducta de la gente es influida por la conducta de los demás, o la gente se interesa por la conducta de los demás, o los dos se interesan y se influyen mutuamente» (p. 22). Una actividad que no resulta libre de la influencia del Estado: se haya sujeta a sanciones, prohibiciones o castigos que funcionan de manera directa, aunque imperfecta. Su particularidad ilícita hace que su funcionamiento en actividades relacionadas o consecuentes, como la búsqueda y elección de la contraparte en la transacción corrupta, el tipo o la forma en que se realizará la transacción, la fecha, el lugar, el precio o la decisión de si traicionar o no a la contraparte corrupta, se desarrollan bajo reglas indirectas y mecanismos que pueden ser explícitos o tácitos.

Y aunque a la gente le puede interesar que resulta de todo esto en el agregado, sus propias decisiones y su propia conducta por lo regular son motivadas hacia sus propios intereses, y a

menudo, son influidas solo por un fragmento local del agregado. A las personas puede importarles si se haya rodeado de personas correctas o corruptas, pero casi nadie que un momento determinado actúa corruptamente y, por ejemplo, soborna a un funcionario para que este le favorezca, estará muy motivado por lo que pasará con la distribución de frecuencia del número corruptos o la razón de estos en relación con las personas que son correctas y están presentes en el sistema de la próxima generación. Sin embargo, las cantidades o proporciones de la próxima generación estarán influenciadas, por el hecho, de que las personas que, en este momento, decidan si abstenerse de hacer parte de la corrupción o fundirse en ella.

La situación es similar en la esfera política, todos parecen saber mucho y pocas veces coinciden en algo. A tal punto se ha llegado, que ni para luchar contra la corrupción la sociedad logra ponerse de acuerdo, con menor suerte lo hace el congreso. Quizás, el mayor consenso se haya dado desde lo académico, por concebir el mal universal que implica la corrupción para el desarrollo y el crecimiento económico. Con ello, las agendas de los países a lo largo de las últimas tres décadas han logrado cambios significativos, pero los frutos han sido lentos. Sin embargo, que el ámbito de la corrupción sea global, no debe interpretarse como un problema que requiere soluciones generales, en la particularidad del fenómeno en cada país se hallan asuntos que resultan interesantes; más aún, cuando se reconoce que las prácticas corruptas han evolucionado a la par de las instituciones políticas, económicas y sociales.

En Colombia la corrupción adquiere mayor importancia que en otros países por la sencilla razón de que la gobernabilidad –buen gobierno- se ha visto afectada sustancialmente, por lo menos, por la conjunción de tres factores que no son tan comunes en el resto del mundo. A saber, 1) a la secuela de comportamiento corrupto del narcotráfico, la violencia y el terrorismo; 2) la marginación producto de la violencia de grupos guerrilleros; y 3) la ineficiencia del sistema

administrativo de justicia. Estos factores en conjunto configuran una verdadera cooptación institucional que ha permeado desde los actores políticos y la administración pública hasta la vida privada, alimentando la corrupción por décadas. Sin duda, la corrupción ha hecho parte de la historia guardando una estrecha relación con las instituciones. En el caso de Colombia, se ha exhibido con mayor frecuencia desde la formación de la institución contractual pública, tanto en el contrato de obra, como en el contrato de concesión.

La corrupción en la contratación estatal se desarrolla a lo largo del proceso contractual e incluso antes, e involucra diferentes agentes públicos y privados. En esta, las personas recurren a la violación de leyes, normas y procedimientos o bien, a la adecuación de las mismas como resultado de la violencia y amenaza a ciertos actores políticos o, fruto de la negociación corrupta con personas con poder político y económico que satisfacen a unos grupos privilegiados sobre otros sectores de la sociedad. Esto en concreto ha sido denominado en la literatura como reconfiguración institucional cooptada. Un estadio de corrupción que abarca una definición amplia en que la práctica se ha institucionalizado y se difunde de manera sistémica a modo de red (con diferentes agentes legales, ilegales o indefinidos). La institucionalización de la practica ha dado como resultado que, en regímenes de baja capacidad de control del Estado, los recursos públicos se conviertan en una especie de bolsa en la que todos quieren meter mano y los escaños políticos en una competencia voraz entre quienes quieren tener poder suficiente para satisfacer sus intereses personales o los de un grupo determinado.

Esta debilidad constante del Estado sirve a los propósitos de algunas compañías nacionales y transnacionales que prefieren invertir en países donde las instituciones son débiles y no se interviene en la solución de fallos de mercado. Es el caso de países donde la contratación de obras públicas puede ser negociada ilícitamente a través de intermediarios, mediante la entrega de

sobornos a funcionarios o el cobro de favores a políticos influyentes. La financiación de campañas de candidatos políticos es una forma de favor que puede ser cobrado una vez el candidato financiado se encuentre en el poder. Este, a través de su mando y relación con burócratas con suficiente poder discrecional permiten la asignación de manera directa de contratos mediante artilugios o vacíos legales o lo hacen por medio de la adecuación de pliegos de condiciones diseñados para el proponente determinado. De esta manera, la corrupción pasa por encima de la libre competencia que promulga la licitación pública, que, obviamente, tiene un efecto nocivo sobre la sociedad y sus instituciones. Entre sus consecuencias finales se haya la inequidad o la insatisfacción de necesidades o condiciones mínimas para el desarrollo de la sociedad.

Cuando la corrupción abarca la contratación de obras públicas, el suministro de bienes públicos se ve afectado, las personas no logran beneficiarse de las inversiones realizadas en la construcción de escuelas, hospitales, escenarios deportivos, puentes, o infraestructura vial porque las obras no se construyen, se construyen de mala calidad o porque se ven retrasadas y terminan valiendo mucho más de lo esperado, lo que afecta también la inversión real del Estado. En efecto, no solo se perjudican directamente sus potenciales beneficiarios, sino también la economía en general, que inicia un ciclo de pérdida de competitividad que afecta toda la sociedad sin discriminar. La corrupción sienta las bases para el debilitamiento del Estado y su legitimidad y, a su vez, se ve reforzada por ello. Las necesidades básicas insatisfechas y la progresiva formación de prácticas corruptas terminan alterando la percepción de las personas y minando la moral ciudadana, la ética se convierte entonces en la «malicia indígena» que encuentra que ser corrupto es la mejor opción.

Esta progresiva formación práctica de comportamientos rentistas, que van más allá de la búsqueda de rentas y consiste en la reproducción de prácticas sociales impuestas de *facto* por individuos poderosos con comportamientos egoístas y excluyentes para la satisfacción de intereses

personales, establecen valores, principios y fundamentos al margen de la ley y dan como resultado que los casos de corrupción, que en principio serían aislados y esporádicos, tiendan a constituirse en prácticas institucionalizadas y sistémicas. En el caso de la contratación estatal, por ejemplo, las personas terminan aceptando como normal la práctica de pagar sobornos para obtener contratos a través de la violación de los procedimientos de selección o el financiamiento de campañas políticas a la espera del favorecimiento de leyes que faciliten la obtención de contratos o el funcionamiento de empresas que de otra manera no sería permitido.

Ante esta complejidad, la lucha librada contra la corrupción en la contratación estatal parece no arrojar buenos resultados. Las normas desarrolladas para mejorar la eficiencia del proceso (Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y demás que le complementan) y el establecimiento de penas incluido en los códigos civil, penal y de procedimiento administrativo, como en los mismos estatutos de contratación y de anticorrupción (Ley 1474 de 2011) a lo largo de los últimos 30 años parecen no haber logrado mejorar sustancialmente los índices de percepción del fenómeno en País.

No se trata de algo nuevo, la confluencia de debilidad institucional y corrupción en la contratación de obras públicas y concesiones ha sido por tradición unos de los problemas más graves del sector público colombiano. Basta mencionar solo unos de los escándalos de la última década para observar la gravedad del asunto. *Verbi gracia*, el famoso «carrusel de la contratación», descubierto en 2010, del cual se estima que las pérdidas para el Estado Colombiano sobrepasaron los quinientos mil millones de pesos, o, la construcción de la refinería de Cartagena (Reficar) en 2016, por la cual, además de los atrasos, se pagó por sobrecostos 4.023 millones de dólares.

A estos se suma uno de los casos de mayor trascendencia en Latinoamérica y algunos países como Angola y Mozambique, el caso de corrupción de la empresa Odebrecht (objeto de este estudio), una investigación en curso sobre la entrega de grandes sumas de dinero para ganar

licitaciones de obras públicas y concesiones. En el cual, la corrupción de esta empresa permeó uno de los sectores del proyecto de infraestructura vial más importante de la década -no siendo el único-, que une, en doble calzada, el interior con la Costa Caribe colombiana. Sin embargo, como se verá en este trabajo, la corrupción de Odebrecht no se trata de un escándalo más en que los dineros públicos fueron re-direccionados y apropiados por personajes con poder, sino de una pintura que refleja las debilidades institucionales de los países latinoamericanos para frenar la reproducción de prácticas ilícitas. No es el simple mecanismo del soborno a funcionarios, sino la estructura de una red transnacional compleja en que se asocian diferentes tipos de agentes con diversas formas de poder económico, social y político que buscan satisfacer sus intereses excluyentes. Por lo tanto, el caso Odebrecht se perfila como una red de macrocorrupción y cooptación institucional; un sistema estructurado, planificado y establecido por políticos, funcionarios con alto poder discrecional y empresarios que a través de diferentes mecanismos logran apropiarse de cuantiosas sumas de dinero público.

El enfoque neoinstitucional logra abordar la complejidad de tal problema en el caso Odebrecht, pues permite (1) comprender la relación entre los diversos agentes que intervienen en la corrupción, (2) conocer la función general de las normas, procedimientos y códigos sociales sobre el comportamiento de las personas y la formación de las mismas y (3) abordar las relaciones contractuales y la formación de estrategias en función de los costos de transacción. Todo ello, facilita el entendimiento de los motivos y consecuencias de la corrupción, la identificación de problemas en la definición de los derechos de propiedad y la eficiencia de las instituciones para limitar e incentivar los comportamientos corruptos.

En favor de esto, en este trabajo se presenta luego de esta introducción y las generalidades de la investigación, un marco teórico y conceptual que permite responder: (i) ¿a qué se debe el

comportamiento corrupto?, (ii) ¿cómo se logra la corrupción en la contratación pública? (iii), ¿qué permite que se tenga cierto nivel de éxito?, lo que lleva a (iv) ¿cómo se estructuran las redes de corrupción?, y, finalmente, ¿qué puede esperarse de cierta configuración contractual y mecanismos anticorrupción?

Todos estos cuestionamientos sirven a los propósitos de analizar el caso de corrupción planteado, en especial bajo las preguntas rectoras: ¿Cuáles han sido los fallos institucionales que permitieron que Odebrecht actuara de manera corrupta en Colombia? y ¿Cómo ha sido la evolución del caso Odebrecht en Colombia y comparativamente con otros países afectados? Con ello, se pretende generar una discusión desde la academia sobre los cambios institucionales necesarios y el análisis de los mecanismos anticorrupción existentes desde la teoría. Por lo cual, de antemano, se estudiará la evolución de la institución contractual pública y los alcances de la misma para limitar e incentivar las prácticas corruptas. Con apoyo de diversas fuentes, se pondrá en evidencia algunos de los problemas del sistema de justicia en materia de contratación pública. Los hechos y análisis se sustentan en documentos, archivos judiciales y entrevistas de medios de comunicación relacionados con el caso de estudio. Los nombres mencionados, citados o referenciados en el texto, de personas acusadas pero que aún no han sido condenadas judicialmente, se aclara desde ahora, se preserva la presunción de inocencia.

Así mismo, la hipótesis que se busca demostrar es que la corrupción presente en la contratación pública se relaciona con la estructura institucional que define y regula el comportamiento de las partes. En breve, esto quiere decir que existen fallos institucionales que generan problemas de eficiencia, falta de cooperación, fracturas en el monitoreo, control y regulación de los casos de corrupción. Por regla general, el riesgo con estos tipos de contratación es que son vulnerables a grupos de presión como en el caso de Odebrecht, que es aquí tomado como un caso fundamental

de estudio. Consecuentemente, se sustenta que la corrupción está relacionada con un determinado (des)orden político, económico y social resultado de una estructura anómala de poder político, económico y social. Dentro de estas condiciones, la captura de renta y los incentivos propios del comportamiento corrupto permiten una amplia intervención en los procesos de contratación y concesión de las obras públicas.

En virtud de lo anterior, el capítulo 1 presenta las generalidades de este proyecto. El capítulo 2 aborda desde sus autores principales el enfoque teórico neoinstitucional. En este se responde a las preguntas ¿Dentro de que tradición económica se puede comprender mejor los fenómenos de la corrupción pública-privada? ¿Cuáles son las condiciones formales e informales que dan lugar al comportamiento corrupto? ¿Qué mecanismos optimizan (negativamente) la captura de rentas? ¿Cuáles fallos dan origen a la corrupción en la contratación pública? ¿Cuáles son los problemas institucionales para regular la corrupción en sector público/privado? Con ello, se busca describir comprehensivamente los fundamentos de base institucional, normativa, histórica y cultural que sirvan de base a la exposición del caso bajo estudio: Odebrecht. En este, se establece la relevancia de las instituciones en la toma de decisiones, de los tipos de actores corruptos que pueden intervenir en la contratación de obras públicas y concesiones, y se ilustra la interdependencia entre los mercados económicos y los mercados políticos.

El capítulo 3 responde las siguientes preguntas: ¿Por qué los mecanismos de regulación con respecto a los riesgos de corrupción han sido relativamente débiles en la tradición colombiana? ¿Cuáles son los mecanismos de castigo, prevención, precaución, pronostico que se han tenido desde el punto de vista institucional en Colombia? ¿Cuáles son las condiciones históricas que en el caso colombiano han originado fallos de mercado, asimetría de información, soborno y extorción? ¿Qué procesos de aprendizaje heredado hemos tenido desde el punto de vista legal,

moral y cultural para asimilar individual y colectivamente el fenómeno de corrupción? ¿Cuáles son las características específicas que en el caso colombiano tiene la corrupción desde el punto de vista de la historia institucional colombiana? Así, de manera general, en este capítulo se muestra la evolución de la corrupción en Colombia y se aborda la institución política.

En efecto, el propósito del capítulo 3, pero también del capítulo 4, es examinar a la luz del marco neoinstitucional comparado los fallos de política y las condiciones específicas de la contratación pública en Colombia. En el capítulo 4 se hace un acercamiento hacia la institución contractual, algunas de las preguntas que se responden en este capítulo son: ¿Cómo ha sido la evolución de la contratación estatal en Colombia? ¿Cuáles han sido los cambios en términos contractuales de las obras y concesiones? Para ello, se parte de un análisis concreto de la tipología del caso Odebrecht y se identifican los problemas de contratación, regulación, política y otros que incidieron considerablemente en la apropiación de recursos por parte de esta compañía.

Más adelante, el capítulo 5, aborda a *grosso modo* el caso Odebrecht para ilustrar los mecanismos y el trasegar por las instituciones de estos actores corruptos. Se responden las siguientes preguntas: ¿Cuáles han sido los fallos institucionales que permitieron que Odebrecht actuara de manera corrupta en Colombia? y ¿Cómo ha sido la evolución del caso Odebrecht en Colombia y comparativamente con otros países afectados? ¿Por qué el caso Odebrecht puede ser asumido como un tipo especial desde el cual es posible leer los problemas institucionales, los fallos de información, los vacíos de regulación y los aspectos de moral y ética implícitos en este proceso? Las conclusiones finales, abordan los principales mecanismos que deben ser corregidos hacia futuro.

1 Generalidades de la investigación

En concordancia con la hipótesis planteada y la búsqueda de respuesta a las cuestiones enunciadas se formulan los siguientes objetivos:

1.1 Objetivo General.

Determinar las condiciones de baja regulación, fallos institucionales que dieron lugar a que la empresa Odebrecht incurriera en el aprovechamiento de los mecanismos de contratación y las licitaciones para actuar de manera corrupta en Colombia

1.2 Objetivos Específicos

Describir comprehensivamente los fundamentos de base institucional, normativa, histórica y cultural que sirvan de base a la exposición del caso bajo estudio: Odebrecht.

Examinar a la luz del marco neoinstitucional comparado los fallos de política y las condiciones específicas de la contratación pública en Colombia.

Analizar concretamente la tipología del caso Odebrecht para identificar los problemas de contratación, regulación, política y otros que incidieron considerablemente en la apropiación de recursos por parte de esta compañía.

Desde el caso Odebrecht explicar cuáles serían los mecanismos de Estado y las reglas institucionales que pueden corregir hacia futuro las condiciones de contratación pública en Colombia.

1.3 Metodología

El énfasis sobre el cual recae la metodología que será empleada en esta investigación es principalmente cualitativo: a saber, (i) es cualitativo porque interesa analizar los fundamentos neoinstitucionales que dan apoyo al análisis pormenorizado de los procesos de descomposición institucional generados por la corrupción. (ii) Es cualitativo porque es de interés observar la matriz de relaciones que existen entre ese marco teórico institucional y las proyecciones equivocadas o los fallos dentro de las instituciones en el caso particular de las formas de contratación pública en Colombia. (iii) Es cualitativo porque interesa identificar un estudio de caso específico (Odebrecht). Es representativo el caso Odebrecht porque permite identificar todo lo anterior y, porque permite identificar preventivamente que tipo de mecanismos debe utilizar el Estado en las instituciones para solucionar y resolver el problema.

2 Marco teórico

Entre las actividades en las cuales la conducta de una persona influye en la otra está el actuar de manera corrupta. La conducta corrupta no se haya libre de la influencia de otras personas, es una conducta reprochable y castigable que no resulta exenta de la actividad del Estado y se relaciona con la estructura institucional bajo reglas formales o informales que guían el comportamiento de la gente. Una proposición que parece sencilla, pero guarda una extensa tradición económica. Se volverá a esta proposición más adelante para explicar la dinámica movimiento de la conducta corrupta en el agregado, permítase por ahora abordar los motivos por los que una tradición

económica en particular logra examinar mejor los fenómenos de la corrupción pública-privada. A saber, el enfoque teórico neo-institucional. Como informa Kalmanovitz (2003), en este enfoque:

Las reglas de juego que guían el comportamiento de los agentes en una sociedad son fundamentales para explicar su desempeño económico. A la vez, se trata de un conjunto de teorías que combina vertientes de la economía del costo de transacción, una sección de derecho y economía, otra teoría de la información y otra de teoría de la elección pública, junto a una interpretación histórica basada en el trabajo de Douglass North. En cada una de ellas se acercan o se alejan en mayor o menor medida de los postulados básicos de la teoría neoclásica: maximización de la utilidad, racionalidad en la elección, escala de valores establecida, información y competencia perfecta y, por tanto, clarificación de los mercados (p. 189).

Reconocer que el enfoque neoinstitucional es mejor para explicar la corrupción, es entender que en la medida en que se relajan algunos de los supuestos neoclásicos, nuevas interpretaciones de la corrupción aparecen a la luz de conceptos propiamente institucionales. La sección que sigue, realiza un recorrido por las diversas definiciones de corrupción con el ánimo de abordar un concepto afín al objeto de estudio de este trabajo: el caso Odebrecht. La sección que le sigue, presenta el origen del enfoque neoinstitucional desde los antiguos institucionalistas, para estos, los hábitos, las percepciones y las instituciones importan. Estas instituciones, como se verá, desde el Neoinstitucionalismo, pueden ser formales (políticas, económicas y contractuales) o informales.

La institución política y la económica son examinadas en una sección adicional dentro de este capítulo, en la cual, se aborda la postura de algunos de los economistas que dieron origen a la escuela de la elección pública. El centro firme de la elección pública se puede resumir en tres supuestos: (i) individualismo metodológico, (ii) elección racional y (iii) política-como-intercambio. Desde aquella, se explora el problema de la búsqueda de rentas y la existencia de

grupos de presión. Con ello se deja claro que los gobernantes y burócratas no son distintos de los demás agentes económicos y, en concreto, que no actúan movidos por el interés de los demás –de la sociedad, de los ciudadanos-, sino por su interés personal. Por tanto, a la hora de tomar una decisión, sólo tendrán en cuenta el bienestar colectivo en la medida en que esto condicione su propio interés personal, por ejemplo, porque de este modo podrán conseguir, retener o mejorar su empleo, incrementar su remuneración, desarrollar su carrera política, aumentar su prestigio personal y social, etc.

Más adelante, en sucesivas secciones se abarca el enfoque neoinstitucional desde dos visiones. Una de ellas presenta la visión de Douglass North que rescata la historia para el análisis económico, la evolución histórica también es importante. La exposición continúa con una aproximación hacia la institución contractual, el enfoque de Oliver Williamson en la estructura del costo de transacción, los problemas de la asimetría de información y el comportamiento oportunista. Una última sección se encarga de las instituciones informales, en ella se explica la conformación de redes de corrupción que da cabida al estadio más avanzado de la corrupción: la macrocorrupción. La conjunción de los aportes neoinstitucionales permite entender la corrupción de una manera amplia y sostiene la hipótesis de esta investigación. A saber, que la corrupción presente en la contratación pública se relaciona con la estructura institucional que define y regula el comportamiento de las partes.

2.1 Hacia un concepto de corrupción apropiado: del enfoque tradicional al moderno

En todo trabajo debe ponerse atención al concepto del fenómeno que se estudia, a su significado y su definición, pues ello determina lo que se modela, mide o analiza. Una investigación puede partir de un concepto que defina el simple contorno de una figura o abarcar las diferentes pinceladas de

la pintura, la inclinación por una u otra forma hace parte de la técnica que se emplea. Por analogía, la «técnica», empleada en la definición tradicional de la corrupción, estuvo fuertemente ligada a los principios utilitaristas de la economía. Sobre esas bases el concepto de corrupción se concibió de manera estrecha. En consecuencia, el concepto «condujo a medidas empíricas y recomendaciones de política sesgadas» (Hodgson y Jiang, 2008, p. 56).

Sin embargo, la definición de la corrupción ha presentado cambios a lo largo del tiempo a medida que se han estudiado sus causas y sus consecuencias sobre cada vez más aspectos de la vida económica, volviéndose su caracterización más amplia y compleja. En la actualidad, el concepto de corrupción se utiliza para calificar diversas situaciones sociales negativas, desde el aprovechamiento de vacíos normativos hasta delitos penales que implican el rompimiento de las reglas. Esta sección aborda dicho cambio, examinando desde la definición básica de corrupción esporádica mediada por el soborno, hasta los niveles sistémicos de captura y cooptación institucional del enfoque moderno.

Durante mucho tiempo, la definición de corrupción fue considerada inherente al sector público y motivada únicamente por la búsqueda de un beneficio privado. De acuerdo con el artículo de revisión de Jain (2001) «hay consenso en que la corrupción se refiere a actos en los que el poder del cargo público se usa para beneficio personal de una manera que contraviene las reglas del juego» (p. 73)¹. Bajo esta visión caben definiciones de economistas como Rose-Ackerman (1999) para quien la corrupción es «el uso indebido de un cargo público para obtener ganancias privadas» (p. 76). O la de autores como Daniel Kaufmann, quien comprende la corrupción dentro del marco de su estudio como «el abuso de un cargo público para obtener beneficios personales» (Kaufmann

¹ En otro artículo de revisión Aidt (2003) escribe «La corrupción es un acto en el que el poder de un cargo público se usa para beneficio personal de una manera que contraviene las reglas del juego» (p. F623)

, 2000, p. 368)². Sin embargo, estos sesgos no se limitaron a los economistas. Especialistas en ciencias políticas como Joseph Nye (1967) definieron la corrupción como «desviación de los deberes formales de un rol público para beneficio privado» (p. 419). Las definiciones de esta forma dejaron de lado el análisis de la corrupción en la empresa privada y la inclusión de motivaciones más allá del interés personal³.

Hodgson y Jiang, (2008), atribuyeron dichos sesgos al efecto que ejerció la ideología individualista de la economía. En especial, por el énfasis que hace la ideología en el abuso de poder de los políticos y la poca relevancia del abuso de poder de los empresarios. Como mencionan Hodgson y Jiang, de acuerdo con esta ideología: «el sector privado es una zona de libertad individual ilimitada, mientras que el Estado es su antítesis y debe estar sujeto a escrutinio, limitaciones y restricciones rigurosas» (Hodgson y Jiang, 2008, p. 59). Bajo esta concepción, las estrategias de lucha contra la corrupción derivaron en reformas a la administración del Estado para minimizar los incentivos a la corrupción de funcionarios con alto poder discrecional centralizado y la reducción de la intervención estatal en la vida económica. De esta manera, se concibió la descentralización, la privatización y la competencia como mecanismos para reducir la corrupción.

² Otras definiciones bajo la misma visión son la de Shleifer y Vishny (1993) para quienes la corrupción es «la venta de propiedades del gobierno por funcionarios públicos para beneficio personal» (p. 599); La del famoso estudio de efectos negativos de la corrupción sobre el crecimiento económico de Mauro (1995) quien a lo largo de su estudio solo se refiere a la corrupción gubernamental; Treisman (2000) para quien la corrupción es «el mal uso de cargos públicos para beneficio privado» (p. 399); La del Banco Mundial «el abuso de funciones públicas para obtener ganancias privadas y excluyentes» (World Bank, 1997, p. 8) e «incluso, hasta el 2012 en sus Índices de Percepción de la Corrupción, Transparencia Internacional siempre definió la corrupción como “e]l abuso de cargos públicos para ganancia privada » (Newman Pont y Ángel Arango, 2017, p. 35).

³ Existe una literatura importante sobre el fraude y la corrupción corporativos. El estudio de Clinard (1990), discute crímenes cometidos dentro de agrupaciones industriales específicas, incluyendo las industrias automotriz, petrolera, farmacéutica, de defensa y aeronáutica de Estados Unidos y los costos de sus acciones sobre la sociedad. De acuerdo con Clinard (1990), estas agrupaciones «poseen tan vastos agregados de riqueza y un inmenso poder social y político que sus las operaciones influyen vitalmente en la vida de cada ciudadano estadounidense desde la cuna hasta la tumba» (p. 2). Además, recientemente se ha analizado la corrupción corporativa en Colombia, evidenciando (i) la laxitud de las sanciones a los administradores y terceros de instituciones financieras involucrados en corrupción (ii) la incapacidad para recuperar los recursos del público afectado, (iii) lo engorroso de los procesos penales y (iv) la continuidad de los involucrados en actividades comerciales o financieras dentro o fuera el país de manera directa o indirecta (Henao y Ruiz López, 2017, p. 230).

Desde esta visión tradicional algunos autores divergen de los elementos sesgados de la definición y han enfatizado en la posición de autoridad sin necesidad de un rol público. Bayley (1966), tempranamente evocó que la corrupción «abarca el abuso de autoridad como resultado de consideraciones de ganancia personal, que no tienen por qué ser monetarias» (Bayley, 1966, p. 720). Del mismo modo, para el Banco Asiático de Desarrollo (2010) la corrupción implica un comportamiento «por parte de los funcionarios del sector público, ya sea políticos o funcionarios públicos, en los cuales se enriquecen de manera inapropiada e ilegal, o aquellos cercanos a ellos, por el mal uso del poder público que se les confía» (Asian Development Bank, 2010, p. 31). De hecho, Transparencia Internacional desde 2012 concibe la corrupción como «abuso del poder confiado para el beneficio privado» (Transparency International, 2018, párr. 1).

Además, otros autores han destacado que la corrupción debe necesariamente tener influencia sobre el interés público. Para Jiménez y Lourdes García (2015) la corrupción es la «desviación ilícita del interés público o colectivo en beneficio de intereses privados» (p. 164). La definición formal que adopta la política anticorrupción en Colombia en el marco conceptual del documento Conpes 167 del 9 de noviembre de 2013 sigue esta línea y la define como «el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado» (Documento Conpes 167 , 2013, p. 18)⁴. De manera que, en Colombia, se reconoce formalmente que las prácticas corruptas pueden ser ejercidas por actores públicos que incumplen las normas o por actores privados, siempre y cuando estos tengan incidencia en la toma de decisión y en el manejo o suministro de recursos públicos (Newman Pont y Ángel Arango, 2017, p. 36). En este sentido, se ha señalado que el

⁴ Esta definición fue propuesta por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) a nivel global y basada en la revisión de literatura adelantada dentro del proceso de diagnóstico de la Política Pública Integral Anticorrupción.

soborno es, por lo general, el mecanismo más común para establecer la interacción indebida entre servidores públicos y agentes privados (Rose Ackerman, 1996, párr. 1).

En efecto, las definiciones tradicionales concuerdan en que se abusa del deber del funcionario que tiene un cargo o poder público con el fin de obtener beneficio privado para él o para un agente social legal externo con el cual interactúa. Esta visión, reproduce una dicotomía entre las esferas pública/impersonal y privada/personal, reforzando la idea de que estas pueden mantenerse separadas. La realidad es que el fenómeno sobrepasa los límites de lo público, abarca más que el simple interés personal e incluye actores que pueden no ser legales. Por ejemplo, cuando existe el soborno o la extorsión, intervienen como mínimo dos partes sin discriminar su estado legal y, en la malversación de fondos públicos o el fraude, que puede realizar por sí mismo un funcionario no siempre se busca un beneficio personal. La antropóloga Elizabeth Harrison, explica que esta dicotomía deriva de una noción de organización burocrática racional-legal weberiana (Harrison, 2007, p. 673). De acuerdo con ella, aunque Weber tenía claro que este era un *tipo ideal* que no se puede verificar empíricamente en la realidad, «tal ideal burocrático a veces se presenta como un modelo básico a partir del cual se desarrollan políticas anticorrupción» (Harrison, 2007, p. 674).

En términos genéricos, la acepción de corrupción de esta forma tradicional se caracteriza por ser casual o esporádica y unidireccional, ejercida por agentes externos al Estado mediante el pago de sobornos a funcionarios -que abusan de su poder- para así garantizarse un trato privilegiado que le genere beneficios económicos injustificados a costa del interés colectivo. La corrupción desde la visión tradicional se trata entonces de una práctica delictiva típica en la que un agente infringe la ley y afecta a otro. De modo que, se origina en los estratos bajos de la administración pública y se extiende hacia arriba.

Sin embargo, existen en la realidad relaciones corruptas que abarcan más que un intercambio directo entre partes que no pueden definirse claramente como legales o claramente como ilegales y propósitos que se escapan de la simple transacción e involucran la modificación de leyes o normas que permiten la continuidad de comportamientos corruptos. Es decir, prácticas que implican planeación y se expanden desde el centro de la cumbre burocrática de manera sistemática a través de la modificación de leyes con fines corruptos.

Tal es el caso de procesos sistemáticos y relaciones complejas en que, por ejemplo, un individuo A que pueden ser funcionarios, favorecen a un contratista B en un tiempo t_1 , por ejemplo, modificando los pliegos de condiciones a su favor⁵. Bajo la definición tradicional, la investigación se centrará en buscar la relación de A con B a través del pago de un soborno. Sin embargo, la acción de A para favorecer B puede requerir de A' quien apoya lícitamente en la gestión y hacer parte de una red de favores más compleja, por ejemplo, porque la acción de A sea el resultado de devolver un favor a un agente C, que puede ser un político, que con anterioridad (en t_0 por ejemplo) haya ayudado al funcionario A. Dicho político, puede incluso no guardar relación directa con B, sino con un individuo intermediario D -contratista, político, empresario, funcionario, juez, etc- (en t_1) que haya sido contactado por un empresario extranjero E que finalmente si guarda relación con el contratista B, de pronto, al hacer parte de una filial de la empresa extranjera (en t_2).

Más complejo aún, por un lado, el contratista requiere recuperar su inversión, por lo que otros agentes (empleados, funcionarios, terceros, etc) se ven involucrados y, por otro lado, quienes reciben sobornos requieren ocultar los ingresos ilegales (a lo largo de t) posiblemente a través de nuevos agentes criminales (lavadores de activos) o legales (agentes bancarios de paraísos fiscales).

⁵ El tiempo en que se establecen las diversas relaciones juega un papel fundamental frente al marco institucional formal, pues de este depende la posibilidad de investigación y penalidad del acusado. A mayor tiempo, mayor dificultad.

En efecto, las redes pueden ser muy grandes y los favores pueden constituir incluso el apoyo de un político o un partido, en la promulgación de una ley, norma o procedimiento que favorezca los intereses de la empresa determinada.

Por fortuna, la literatura reciente ha reconocido y abordado la corrupción como un vínculo entre las reglas y procesos electorales. En la década de 1990, el politólogo Dennis Thompson propuso el término «corrupción institucional» para superar el enfoque tradicional individualista de corrupción⁶. Según Thompson, (2013), debe diferenciarse la corrupción individual (tradicional) de la corrupción institucional. De acuerdo con él, por un lado, la corrupción individual ocurre cuando una institución o sus funcionarios reciben un beneficio que no sirve a la institución y proporciona un servicio a través de relaciones externas a la institución bajo condiciones que revelan un intercambio de algo de manera inapropiada, pues corresponde a lo que Thompson llama «motivo corrupto». Por el otro, la corrupción institucional, ocurre cuando el beneficio que reciben es «directamente útil para realizar un propósito institucional, y sistemáticamente proporciona un servicio al benefactor en condiciones que tienden a socavar los procedimientos que apoyan los propósitos primarios de la institución» (Thompson, 2013, p. 9). Thompson se centra en el impacto de la corrupción en diversos procesos políticos, para él, una ventaja individual es aceptable siempre que contribuya a promover la competencia lícita en el proceso democrático, no lo es, si socaba y perjudica el proceso (Thompson, 2013, p. 10). En conclusión, es más importante el impacto de la acción corrupta que su intención.

⁶ Thompson se centra en el impacto de la corrupción en diversos procesos políticos y argumenta que es más importante el impacto de la acción que la intención. Para él, una ventaja individual es aceptable siempre que contribuya a promover la competencia lícita en el proceso democrático, no lo es, si socaba y perjudica el proceso (Thompson, 2013, p. 10).

A su turno, con una percepción más reciente, Lessig (2013) destaca que la corrupción institucional no debe entenderse como una cuestión moral entre lo que es bueno y lo que es malo⁷. Al final, «no todo lo malo proviene de actos malos cometidos por almas malas. De hecho, a veces las almas perfectamente decentes que pretenden lo mejor para todos, sin embargo, producen daño» (Lessig, 2013, p. 553)⁸. Más bien, resalta este autor, que la corrupción institucional debe entenderse como la influencia sistémica y estratégica sobre las instituciones, que generalmente pareciera ser legal y percibirse como ética y, que compromete la efectividad de las mismas al desviarlas de sus propósitos o debilitar la capacidad de lograr su propósito, afectando la confianza del público en las instituciones (Lessig, 2013, p. 553-554). Así mismo, Lessig llama la atención sobre la necesidad de distinguir el significado ordinario de la corrupción, asociada al soborno, de una actividad que efectivamente derrota o socava la legitimidad y eficacia de la institución (Philp y David-Barrett, 2015, p. 390).

De modo que, el individuo o el grupo que ejerce una «acción corrupta» con efecto institucional -en los términos sistémicos de Lessig-, debe tener conocimiento de la institución e intentar desviar sus propósitos. Es decir, intencionalmente «romper reglas», sea de manera oculta o bajo conocimiento público. Esto último, ocurre donde «el comportamiento corrupto es socialmente aceptado» (Serra y Wantchekon, 2012, p. 101).

⁷ Para otros analistas de corrupción institucional, como Thompson (2013), describir el comportamiento como corrupto implica una condena moral (Philp y David-Barrett, 2015, p. 390)

⁸ En contraste, algunos autores alejados por completo de la visión tradicional definieron la corrupción como la «incapacidad moral de los ciudadanos para hacer compromisos morales desinteresados con acciones, símbolos e instituciones que benefician al bienestar común» (Dobel, 1978, p. 958-959). Desde la explicación moral, la corrupción se ve como generadora de ciertos cambios morales indeseables que resultan en un colapso de las disciplinas morales tradicionales. De acuerdo con el Papa Francisco «La corrupción no es un acto, sino un estado, estado personal y social, en el que uno se acostumbra a vivir. Los valores (o desvalores) de la corrupción son integrados en una verdadera cultura, con capacidad doctrinal, lenguaje propio, modo de proceder peculiar» (Bergoglio, 1991, p. 22). De acuerdo con Bergoglio, (1991) «toda corrupción social no es sino la consecuencia de un corazón corrupto... No habría corrupción social sin corazones corruptos» (p. 10).

Sin embargo, en términos más amplios, existe una visión alternativa que centra su análisis en prácticas no necesariamente ilegales, pero sí ilegítimas y perjudiciales para la sociedad. Si bien estas no pueden incluirse dentro del enfoque tradicional, si reproducen impactos de similar naturaleza al afectar el bienestar público tanto por el suministro de los bienes y servicios públicos en términos de cantidad y calidad, como por la apropiación de recursos públicos que representa⁹. Como lo afirman Garay Salamanca y Salcedo Albarán (2018):

Con la configuración de mercados abiertos, aunque imperfectos y bajo marcos regulatorios imperfectos, se tiende a reproducir una práctica en la conducción de recursos públicos denominada como “falla de administración del Estado” (...) de extrema gravedad, profundamente inequitativa y promovida por ciertas cúpulas del poder económico y político –y también transnacional– (p. 41).

De manera que, puede diferenciarse la corrupción tradicional en que un agente soborna a otro y rompe las reglas deliberadamente, de aquella en que se involucran vacíos legales o fallos en la administración del Estado y a través de estos se logra la alteración del procedimiento a puertas cerradas. Además de esta, en la literatura se han distinguido otras formas para identificar las prácticas de corrupción y han surgido clasificaciones dependiendo del criterio adoptado. Por ejemplo, la clásica distinción entre la «corrupción negra, gris y blanca» depende de la percepción que una comunidad tenga sobre las prácticas corruptas¹⁰. La clasificación de la corrupción en

⁹ Tal es el caso, por ejemplo, de la contratación pública conocida comúnmente como «pliegos saetre», en que sin infringir abiertamente normas o disposiciones legales, se fabrican pliegos de condiciones hechos a la medida de contratistas específicos para favorecer sus intereses excluyentes. Se trata de contratos perfectamente hechos en términos jurídicos, pero con falencias en la especificación contractual. Son contratos que fallan en materia técnica para la defensa del interés colectivo y dejan espacio para que de ello deriven ganancias extraordinarias con una aparente validez legal.

¹⁰ «En esta lógica, Heidenheimer definía precursoramente la corrupción negra, gris y blanca: El término de corrupción negra indica que una acción específica es tal que existe un consenso entre la gran mayoría de la opinión pública y la elite para condenar y sancionar en nombre de los principios. La corrupción gris indica que ciertos elementos, por lo general las elites, quieren ver el acto reprimido, mientras que otros no lo quieren, pudiendo ser entonces ambigua la opinión mayoritaria. La corrupción blanca significa que la mayoría tanto de la opinión pública

casual-esporádica y sistémica-institucionalizada tiene que ver con su grado de estructuración¹¹. Por su parte, la diferencia entre «pequeña corrupción» y «gran corrupción» recae en su escala y actores involucrados. El primer tipo tiene su principal ámbito en los tramites, licencias, permisos ordinarios y sus agentes son principalmente funcionarios de bajo o medio nivel, por tanto, involucra menores cantidades de dinero; el segundo tipo, involucra mayores cantidades de dinero y es especialmente ejercido por jefes de Estado, ministros y funcionarios, responsables de la formulación de políticas o con poderes administrativos superiores que aceptan o exigen sobornos para cubrir irregularidades de empresas privadas que ofrecen sobornos para obtener un trato preferencial e ilegal (Andvig y Fjeldstad, 2001, p. 10-12). Cada una de estas modalidades puede ocurrir en los diferentes niveles del gobierno (nacional, departamental o municipal).

Según Gervais Rufyikiri, la gran corrupción se ejecuta principalmente a través de irregularidades intencionales encontradas en la contratación pública, evasión fiscal mediante la manipulación del valor de los bienes sujetos a impuestos y el uso de facturas falsas y certificados de origen de bienes importados falsos, así como exenciones fiscales abusivas (Rufyikiri, 2016, p. 7). Precisamente, la corrupción en los procesos de contratación pública es una de las estrategias más utilizadas y al mismo tiempo menos sancionadas, porque consiste en «la negociación

como de la elite no sostiene vigorosamente los intentos por condenar actos que parecen tolerables» (Cartier-Bresson, 1996, p. 2).

¹¹ La concepción de corrupción, que hace distinción del fenómeno según su origen institucional o social, diferencia entre corrupción esporádica en un extremo, corrupción sistémica de dos clases en el medio y corrupción institucionalizada en el otro extremo. De acuerdo con Thoumi (1999) «La *corrupción esporádica* no es parte de un patrón generalizado e involucra empleados públicos que individualmente o como parte de grupos pequeños reciben sobornos. Éstos no comparten los sobornos o información relevante con sus superiores u otros empleados. La *corrupción sistémica* es generalizada y puede ser desorganizada u organizada. La diferencia entre éstas radica en que en la organizada existe un sistema de pagos en el que los empleados de bajo nivel entregan a sus superiores la mayor parte de los sobornos recibidos, creando unos *conos* o pirámides en las que los sobornos suben a las jerarquías superiores del servicio público. En cada país puede haber varias pirámides.» (Thoumi, 1999, p. 20). «Cuando todos los 'conos de pagos' están subordinados a un cono nacional o cuando en un país existe solamente un cono, se puede afirmar que la corrupción está institucionalizada.» (Nadelmann, 1993, p. 270). En efecto, si se origina en las altas esferas del Estado y está organizada, planificada y centralizada, no se trata de una corrupción esporádica o casual, sino más bien de una corrupción sistemática, conducente a la corrupción sistémica, captura y cooptación del Estado (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 38).

interpersonal con funcionarios políticos influyentes, sobre la base de la corrupción, por ejemplo, para ganar un negocio o asegurar un contrato» (Rufyikiri, 2016, p. 8). De acuerdo con Rufyikiri (2016), la fase de preparación de la licitación es la más importante, esta a menudo es diseñada para que de manera predeterminada cierta compañía gane el contrato, mientras que generalmente se incluyen cláusulas exclusivas para eliminar a los competidores.

Si se profundiza en la corrupción grande, se puede introducir otras clases de corrupción que se aproximan de manera más amplia a la forma como interactúan los agentes corruptos, pasando de la concepción tradicional esporádica de casos individuales, a la moderna, sistémica, institucionalizada y estructurada. Estas definiciones han sido desarrolladas recientemente en países caracterizados por fallas o debilidades institucionales severas y han adoptado el nombre de captura del Estado (CdE), reconfiguración cooptada del Estado (RCdE) y reconfiguración institucional cooptada (RIC). La RIC es una ampliación de la RCdE a las instituciones de naturaleza privada, la RCdE es una forma avanzada de CdE y esta última es una forma de corrupción a gran escala. En esta medida, la diferencia entre una y otra es meramente de grado y cobertura.

La captura del Estado (CdE), es una forma de corrupción a gran escala que va un paso más allá de la corrupción tradicional, casual y simple. Consiste en «la intervención de individuos, grupos o empresas y organizaciones legales en la redacción y/o implementación de leyes, decretos, reglamentos y políticas públicas, para obtener beneficios económicos durante perdurables periodos de tiempo» (Garay Salamanca, Salcedo Albarán, y Macías Fernández, 2018, p. 27). Esta forma de captura de Estado regular se caracteriza por (i) la acción de grupos legales que (ii) actúan por motivos económicos y en favor de beneficios o ventajas económicas (iii) a través de la entrega de sobornos nacionales o trasnacionales, particularmente, (iv) a integrantes de la rama ejecutiva y legislativa del nivel nacional (Garay Salamanca *et al.*, 2010, p. 20). Sin embargo, se pueden

encontrar procesos de corrupción a gran escala más complejos como la reconfiguración cooptada del Estado (RCdE) y la reconfiguración institucional cooptada (RIC). La primera de estas, la (RCdE), la han definido Garay Salamanca, Salcedo Albarán, de León Beltrán, y Guerrero (2008) como:

La acción de organizaciones legales e ilegales que, mediante prácticas ilegítimas, buscan modificar, desde adentro, el régimen político de manera sistémica e influir en la formación, modificación, interpretación y aplicación de las reglas de juego y de las políticas públicas, para obtener beneficios sostenibles y lograr que sus intereses sean validados política y legalmente, y legitimados socialmente en el largo plazo, aunque éstos no obedezcan al interés rector del bienestar social (p. 96).

La RCdE es un tipo de cooptación más avanzada que se caracteriza por (i) tener un impacto más profundo y duradero en las instituciones cooptadas que en los procesos regulares de CdE; (ii) Por el establecimiento de acuerdos mutuamente benéficos para las partes involucradas. Es decir, funcionarios con diferentes niveles jerárquicos que operan en las ramas de la administración pública ejecutiva y legislativa y, agentes externos (iii) que pueden ser legales o ilegales. Estos últimos (iv) complementan o incluso sustituyen el soborno con mecanismos productores de miedo, coerción y alianza política para obtener beneficios y ventajas egoístas, no solo de naturaleza económica, sino también, judicial y de legitimidad política y social que genera impactos perversos sobre las instituciones y comunidades involucradas (Garay y Salcedo-Albarán, 2015, p. 5). De manera que, la RCdE se relaciona con la captura instrumental de instituciones críticas para el funcionamiento de las sociedades, tales como, la academia, organizaciones civiles, medios de comunicación y partidos políticos, siendo estos últimos el tipo más común (Garay Salamanca y Salcedo Albarán , 2012, p. 37).

Además, dada la amplitud del fenómeno de la corrupción, los procesos de captura también tienen lugar en instituciones privadas, a este nivel ulterior de corrupción Garay Salamanca *et al.*, (2018) lo denominan «reconfiguración institucional cooptada (RIC) o brevemente cooptación institucional» (p. 31). En esencia, la RIC se caracteriza por una elevada proporción de agentes grises u opacos involucrados. De acuerdo con Garay Salamanca y Salcedo Albarán (2012), los agentes pueden tener diferentes roles organizacionales (agentes de entidades públicas u organizaciones privadas a la que pertenece sean legales o ilegales) y diversos roles institucionales (tipo de acción dirigida a la promoción u obstrucción de reglas formales o informales de manera legal o ilegal). Esto quiere decir, que los agentes sociales pueden ser claros, oscuros y grises.

Un agente es claro cuando su rol organizacional es legal y su rol institucional es legal como un funcionario que promueve el cumplimiento de leyes. Es oscuro si ambos roles son ilegales, como el caso de un narcotraficante que promueve el incumplimiento de las leyes y, es gris, cuando los roles no coinciden, bien sea una combinación legal/ilegal o ilegal/legal. El primer caso, sería un funcionario que promueve el rompimiento de las reglas, mientras que el segundo sería el del narcotraficante que incita el cumplimiento de la ley (Garay Salamanca y Salcedo Albarán , 2012, p. 45-46).

Cuando la corrupción alcanza niveles de cooptación avanzados que perduran en el tiempo, el fenómeno se torna aún más complejo. La práctica corrupta comprende dimensiones sistémicas, nacionales y transnacionales que se expande a través de redes macro-criminales. A esta forma de corrupción se le conoce como «macrocorrupción sistémica» (Garay Salamanca *et al.*, 2018, p. 32), una forma de corrupción que trasciende el concepto tradicional de corrupción mediada por el soborno entre dos personas de los sectores público y privado que traicionan y rompen las normas para beneficios personales. Por el contrario, la macrocorrupción implica la participación

sistemática, planeada y coordinada de múltiples agentes del sector público y privado. Estos agentes pueden ser individuos u organizaciones tales como empresas privadas y, legales, ilegales o «grises» para ejecutar diversas acciones, actividades, relaciones o acuerdos.

De acuerdo con Garay Salamanca *et al.*, (2018), la macrocorrupción, usualmente involucra (i) la modificación de normas y procedimientos, tales como los proceso de contratación pública; (ii) el establecimiento de relaciones duraderas con intermediarios especializados en actividades como: (a) el lavado de activos a través de operaciones financieras nacionales y transnacionales (b) el manejo de artilugios legales oportunistas, (c) el establecimiento de compañías «fachada» y la colocación de recursos en centros financieros *offshore*, los llamados «paraísos fiscales». Esto último, no solo porque permite obtener ganancias a corto plazo, sino también para (iii) cooptar instituciones mediante el financiamiento de partidos políticos y campañas de sus líderes, que, consecuentemente mantienen funcionarios de alto rango en empresas estatales o instituciones estratégicas (Garay Salamanca *et al.*, 2018, p. 33). Como se verá en este trabajo, el caso Odebrecht es un tipo representativo de cooptación institucional y macrocorrupción.

La conclusión de esta sección es sencilla, aunque a menudo se cree que la corrupción en la contratación de obras públicas y concesiones es la interacción entre dos partes (una pública y una privada) que al margen de la ley establecen acuerdos para burlar el proceso de licitación y obtener ganancias ilícitas mutuas y, es válido afirmarlo en algunos casos, tal descripción se queda corta en muchos otros. La definición estrecha de la corrupción no solo limita el asunto a una relación muy pequeña que puede dejar un gran margen de partes involucradas fuera del concepto, sino que también excluye la práctica cada vez más reciente de establecer estrategias de cooptación de instituciones estatales específicas en asocio con redes ilícitas con el fin de alcanzar intereses i-

legítimos. Las secciones que siguen dentro de este capítulo abordan el enfoque neoinstitucional, que permite entender el fenómeno de la corrupción de una manera más amplia.

2.2 El antiguo institucionalismo. Los hábitos, las percepciones y las instituciones importan

Los albores del enfoque neoinstitucional se encuentran en el trabajo de los «antiguos» institucionalistas, que fueron influidos por la teoría de la evolución de Darwin, en el sentido de que el medio ambiente social moldeaba el comportamiento de la especie humana. Thorstein Veblen, uno de sus principales exponentes, pensó que la metáfora evolucionista permitiría entender el proceso de desarrollo tecnológico en una economía capitalista. Para él, el hombre se halla impulsado por una característica que llamó «curiosidad ociosa» que lo conduce a investigar detenidamente su entorno y tratar de explotarlo intensivamente (Hodgson G. , 1996, p. 127).

En su obra, «Teoría de la clase ociosa», Veblen cuestiona la psicología utilitarista y la racionalidad. Se trata de un estudio de las prácticas de consumo, la formación de gustos y su relación con la aparición de instituciones sociales como la propiedad privada y con ella la aceptación de una nueva clase, la ociosa. Su trabajo presenta una transformación histórica de la sociedad humana movida por instintos en que reinan los hábitos que conforman instituciones y modelan los fundamentos del sistema que estudia. En este, muestra como el consumo conspicuo tiene su origen en el hábito y el cambio en la organización social producto de la industrialización, no como la maximización de la utilidad¹². La sociedad se caracteriza por contar con un sistema de

¹² En su estudio, Veblen (1971), ilustra como la sociedad al pasar de un estado salvaje hacia un estado bárbaro de guerra y obtención de botines mediante la hazaña, permite el surgimiento de una clase diferente a la productiva-trabajadora, la ociosa. Según Veblen, en las comunidades primitivas «la institución de una clase ociosa es la excrecencia de una discriminación entre tareas, con arreglo a la cual algunas de ellas son dignas y otras indignas.» (Veblen, 1971, p. 10). Bajo esta antigua distinción, (1) las hazañas corresponden a tareas dignas que otorgan mayor estima y (2) las ocupaciones de vida cotidiana o el trabajo sin características de proeza es considerado indigno y muestra de inferioridad y (3) la propiedad de personas es la fuente de reputación. Esta concepción arraigada en la institución de la clase ociosa evoluciona con el desarrollo de la industria hacia una en la que la posesión de propiedad y riqueza confiere honor, y el poder conferido por la misma, motiva la acumulación. «La aparición de una clase ociosa

creencias que no necesariamente se acerca a la realidad, sino que tiende a reproducir una percepción más cercana a los intereses y deseos impuestos por los grupos sociales dominantes¹³.

De manera general, del estudio de Veblen (1971) puede deducirse que con el tiempo los hábitos se imitan, se adoptan e institucionalizan en la sociedad o cultura, además, sobre la base de hábitos arraigados.

Veblen concibió que la economía debía apartarse de los conceptos de equilibrio estático y apropiarse de los que tienen que ver con la evolución y el cambio (Kalmanovitz, 2003, p. 193). Como es evidente, el hábito, con un carácter de la psicología marcado, ocupa un lugar central en la teoría de los antiguos institucionalistas como Veblen, pues la percepción de la información no es posible sin hábitos previos del pensamiento para otorgarle un significado. En general, el hábito puede ser definido como una propensión hacia un comportamiento previamente adoptado que es realizado de manera no reflexiva y que surge en ocasiones repetitivas. Las destrezas que aprenden

coincide con el comienzo de la propiedad» (Veblen, 1971, p. 30). La acumulación de propiedad y riqueza en la sociedad industrial es la base de la reputación y la estima. Sin embargo, como aclara Veblen, para ganar y conservar la estima «no basta con poseer riqueza y poder. La riqueza o el poder tienen que ser puestos de manifiesto, porque la estima sólo se otorga ante su evidencia. (...) para producir buena reputación, ese consumo debe ser derrochador.» (Veblen, 1971, p. 102). Esto se da porque al ser deshonesto, el trabajo manual obra negativamente en la consecución de estima, lo que lleva a hacer ostentación de hábitos «ociosos». Los modales, las prácticas formales y ceremoniales y la buena educación reflejan el ocio, pues solo mediante una buena posición económica se puede tener tiempo libre suficiente para perfeccionarlas, el comportamiento ocioso genera pautas de consumo conspicuo (por ejemplo, usar más de media docena de cubiertos). El consumo es entonces otro medio de distinción y comparación entre personas que se suma al nivel de ocio mismo, esto produce una lucha entre unos y otros por la reputación y estima basada en el consumo.

¹³ La sociedad que describe Veblen es el boceto de una clase ociosa que opera en el sentido de privar a las clases inferiores hasta donde es posible de los medios de subsistencia, reduciendo su consumo y, por ende, su energía, hasta el punto de hacerlas incapaces de realizar el esfuerzo necesario para adquirir conocimiento y nuevos hábitos mentales. Como resultado, «el ladrón o estafador que ha ganado una gran riqueza con sus delitos tiene mayores posibilidades que el raterillo de eludir el castigo riguroso de la ley; por otra parte, le corresponde cierta buena reputación por el hecho del aumento de su riqueza y el de gastar las posesiones irregularmente» (Veblen, 1971, p. 124). El hábito de la clase ociosa que bien describe Veblen, trasciende desde las altas esferas por entre los grupos sociales de menor rango porque las personas propenden por un instinto de superación personal que los lleva a emular las clases superiores, esta emulación se presenta en forma pecuniaria, es decir, de consumo derrochador, un comportamiento de la cultura que es común hasta nuestros días. La cultura del dinero fácil, el enriquecimiento sin esfuerzo, la valoración de las personas en función de cuanto tienen, el impulso por poseer lo más caro, o la codicia sin límites, son claros ejemplos de aquellos rasgos otrora descritos por Veblen. A propósito, en estos días de abril circulan en los medios periodísticos noticias de nuevos casos donde se ostenta la riqueza con procedencia sospechosa, véase por ejemplo: (El heraldo, 2019). En aquella publicación bajo el titular «a la cárcel funcionario de la DIAN que le compró un Lamborghini a su hija».

las personas se incrustan parcialmente en hábitos, el individuo se apoya en hábitos antes de que sea posible el razonamiento, cuando los hábitos se adoptan en una parte del grupo o de la cultura social, se convierten en rutinas o costumbres (Hodgson G. M., 2001, p. 17). Sin embargo, como demostraría la psicología más adelante, el proceso de información es mucho más que la adquisición de información, las personas comparten sus percepciones de la realidad social con un grupo de referencia, y transmiten su percepción a su descendencia¹⁴.

No debe ser raro, que las prácticas corruptas se aprendan en el contexto en que las personas se mueven, el trabajo, los sitios de esparcimiento e interacción social, incluso en el seno del hogar. Para el individuo, una vez que entregar sobornos a un funcionario se ha establecido como una forma que las personas consideran puede garantizar con cierta probabilidad de éxito la obtención de un contrato, seguir esta regla puede ser lo más «racional» para él. En este proceso como menciona Hodgson G. M (2001):

¹⁴ Los experimentos de Asch (1956) que consistieron en una tarea simple e inequívoca de discriminación visual en la que los individuos debían comparar una línea estándar con otras tres líneas, una de las cuales tenía la misma longitud que la estándar; demostraron significativamente el poder de la conformidad de los individuos en la presencia de un grupo mayoritario que proporcionaba una respuesta equivocada, a pesar de saber claramente que su respuesta era incorrecta. Al observar que la mayoría del grupo se inclinaba hacia una respuesta (equivocada), los participantes expresaban que sentían un conflicto mental entre sus convicciones y lo que observaban de los demás, por lo que preferían amoldarse al grupo (Asch, 1956, p. 35). Pero ¿Por qué se da la imitación de la conducta del grupo? Una primera respuesta fue proporcionada por Albert Bandura, de acuerdo con él, la observación de un modelo exitoso lleva a imitar este modelo porque ello maximiza lo positivo y minimizará las posibles consecuencias negativas (Bandura, 1965, p. 594). Más adelante, Morton Deutsch y Harold Gerard (1955) argumentaron que las personas se podían amoldar a una mayoría para ajustarse a las expectativas positivas de otros «influencia social normativa» o para aceptar información obtenida de otros como evidencia acerca de la realidad «influencia social informativa» (Deutsch y Gerard, 1955, p. 632-634). Rook (2007) realiza una revisión de antecedentes acerca del tema, de acuerdo con él, Serge Moscovici (1976) criticó el estudio de Deutsch y Gerard (1955), porque «no dejaba espacio para que los individuos muy persuasivos, como los dirigentes políticos, influyeran en los grupos (...) no dejaba campo al cambio social, que era ante todo el resultado de desviaciones producidas por minorías (...) suponía que la incertidumbre cognitiva acerca de la realidad social llevaba a la conformidad en situaciones dadas.» (Rook, 2007, p. 213). Como recuerda Rook (2007), el estudio de Serge Moscovici parte de que el conflicto social se haya en el centro de la influencia social, el conflicto «llevaba a la incertidumbre y, luego, a la disposición para coincidir con el punto de vista contrario» (p. 214). En efecto, las minorías pueden influenciar los grupos a través del conflicto social y la incertidumbre. Más adelante como concluye la exploración de Rook (2007), la teoría sobre la influencia de mayorías y minorías se combinó y se concluyó que «era probable que hubiera influencia de la mayoría cuando se estaba motivado para seguir heurísticas “la mayoría siempre tiene razón”, mientras que era probable que hubiera influencia de la minoría cuando se estaba motivado para escudriñar cuidadosamente los argumentos, aunque fuesen divergentes» (p. 216).

Se desarrollan nuevos medios y modos de cognición, de cálculo y evaluación. Esto significa que los agentes están construyendo nuevas representaciones del medio ambiente en que funcionan, en el lugar de las previas concepciones y hábitos de pensar (p. 11).

En concreto, Thorstein Veblen concibe que los hombres actúan por instinto y por propensión y frecuentemente se aferran a hábitos de pensamiento enraizados en instituciones. Asevera que «las instituciones son, en sustancia, hábitos mentales predominantes con respecto a relaciones y funciones particulares del individuo y de la comunidad» (Veblen, 1963, p. 35). Para él, «las instituciones – es decir, los hábitos mentales – bajo la guía de las cuales viven los hombres, se reciben, pues, transmitidas desde el pasado remoto» y por esta razón, «no están de pleno acuerdo con las exigencias del presente» (Veblen, 1971, p. 196-197).

Las instituciones son el resultado de una lucha establecida entre nuevos y viejos hábitos de forma permanente. Las instituciones evolucionan a lo largo del tiempo a medida que los hábitos mentales de los integrantes de estas comunidades cambian. «Los hábitos por lo tanto tiene un role cognitivo crucial: “Todos los hechos de la observación son vistos, necesariamente, a la luz de los hábitos del pensamiento del observador” (Veblen, 1914, p. 53). Tales hábitos a través del involucramiento en las instituciones.» (Hodgson G. M., 2001, p. 21).

Los aportes de Veblen inician la investigación de los efectos del cambio técnico en las instituciones, en particular, la forma como los intereses creados y las convenciones sociales se resistían al cambio. Ésta era una visión crítica de las corporaciones y de cómo intentaban imponer sus intereses en la esfera política, que justificó las leyes anti-monopolio que serían aprobadas más adelante. Para Veblen, «el cambio de un sistema acontecía por la interacción entre instituciones tecnológicas (inventos, métodos de producción, tecnología, etc.) y ceremoniales (un conjunto de

derechos de propiedad, estructuras sociales y económicas, instituciones financieras, etc.). El cambio del sistema, por un proceso económico y cultural evolutivo.» (Macagnan, 2013, p. 133).

Esta visión evolutiva crítica no era compartida por John Rogers Commons y gran parte de los exponentes de la economía neoinstitucional, para quienes importan más los procesos del mercado que la investigación de si requieren mayor regulación para que funcionen bien o sean eficientes. La investigación de Commons «se concentró en temas de ley, derechos de propiedad y organizaciones, su evolución en el impacto sobre el poder legal y económico, transacciones económicas y la distribución del ingreso.» (Kalmanovitz, 2001, p. 25). Su pensamiento constituyó un antecedente muy importante para los trabajos posteriores¹⁵.

Commons planteó que la escasez económica conducía al racionamiento y la competencia entre diferentes intereses por capturar los recursos disponibles. Para él, los grupos, no los individuos, eran las unidades básicas de la economía y la sociedad (Commons, 1970, p. 8). Las instituciones fueron entonces concebidas como «la acción colectiva que controla, libera y amplía la acción individual» (Commons, 2003, p. 195). De acuerdo con Commons, las instituciones emergen y cambian solamente con las acciones de toma de decisión, con esfuerzos políticos, o presiones de partidos políticos para cambiar la legislación. Para él, lo que importa es el análisis de la transacción. Como menciona Macagnan (2013), en Commons:

El principio común de la institución es el control del conflicto, que puede ser mayor o menor.

Este control es siempre la acción sobre el individuo que resulta en ganancias o pérdidas en relación a otro u otros individuos y es operado por un contrato (p. 134).

¹⁵ Commons es reconocido como una influencia importante en, por ejemplo, la economía conductual de Herbert Simon, el trabajo de Mancur Olson y otros sobre la elección pública, la captura de rentas por parte de agentes y aun en el Neoinstitucionalismo de Oliver Williamson asociado al trabajo de Ronald Coase sobre los costos de transacción.

En otras palabras, las reglas identifican la institución y ayudan a facilitar el logro de objetivos a los individuos, estos no son meros átomos, tienen su propia voluntad. De esa manera, ninguna persona está carente de poder. «Aceptando el poder como un crudo y elemental hecho de la vida, y sosteniendo la visión que la participación voluntaria es el principio prioritario de la organización social en una sociedad que honra la libertad, Commons se proponía reconciliar el poder y la libertad.» (Commons, 1970, p. 8).

No cabe duda que, para los primeros institucionalistas, los hábitos, las percepciones y las instituciones importan. En contraste con estos, la definición de una institución para los neo-institucionalistas no incluye la idea del hábito de manera específica, a menudo se entienden las instituciones de manera general. Las instituciones son pautas reguladoras de comportamiento social o reglas que desarrollan los humanos para dar forma a la interacción entre las partes de las transacciones. Sea que se hable de antiguos institucionalistas o nuevos, la definición de instituciones comprende organizaciones y entidades sociales interrelacionadas. La razón de esto es que todas estas comparten características comunes. De acuerdo con Hodgson G. M (2001):

Todas las instituciones suponen la interacción de agentes, con retroalimentación de información cruciales. Todas las instituciones tienen un número de características, conceptos comunes y rutinas. Las instituciones sostienen y se sustentan por concepciones y expectativas compartidas. Aunque no son inmutables, ni inmortales, las instituciones tienen una cualidad relativamente durable, autoreforzadas y persistentes. Las instituciones incorporan valores, y procesos de evaluación normativa. En particular, las instituciones refuerzan su propia legitimación moral: aquello que a menudo dura- para bien o para mal- es visto como moralmente justo (p.17).

2.3 El camino al enfoque neoinstitucional: los teóricos de la elección pública

La preocupación que inquietaba a Commons, de reconciliar el poder con la libertad, acompañó «*La lógica de la acción colectiva*» de Mancur Olson. Este autor plantea en sus primeras líneas el dilema o problema del oportunista: «A menudo se da por sentado, al menos cuando de objetivos económicos se trata, que los grupos de personas con intereses comunes tratan normalmente de favorecer esos intereses. Se espera que esos grupos actúen en nombre de sus intereses personales.» (Olson, 1992, p. 11). Como ya había dejado claro Buchanan (2009) al tratar los estamentos del Estado —que, entre los grupos de acción colectiva (grandes y pequeños) es un grupo más, pero con la capacidad política del poder de coerción— : si los grupos actúan en favor de la colectividad, es por razones ideológicas, imperativos religiosos o por normas sociales que así lo dictan (Buchanan, 2009, p. 227-239). El tratamiento de esta idea había surgido tempranamente en Tullock (1959), aunque este mismo no se hubiera dado cuenta de la generalidad. Para entonces, como recuerda Buchanan (2005), Tullock:

Se basaba en granjeros-votantes, cada uno de los cuales deseaba que se reparase su camino local haciéndose cargo de los costes todo el conjunto formado por la comunidad de contribuyentes. Dado que la regla de la votación por mayoría hace posible la existencia de diferentes coaliciones de granjeros, genera resultados que imponen costes a todos los granjeros, a la vez que produce, de forma ineficiente, grandes gastos en todos los caminos locales. Este resultado surge debido a que las reglas de la votación por mayoría, al igual que las instituciones que sirven para realizar elecciones colectivas, permiten todas y cada una de las coaliciones potenciales a la hora de presentar propuestas de impuestos-gastos endógenamente —propuestas que, por así decirlo, nunca se presentarían desde fuera (p. 208-209).

Si las mayorías, si funcionan de esta forma, producen resultados ineficientes e injustos al discriminar en contra de las minorías, ¿debería darse un cambio desde las reglas de la votación por mayoría hacia la unanimidad?, y si el cambio resulta de cierta forma institucionalmente impracticable ¿cómo el colectivo podría estar seguro de que el intercambio final con el estado les daría beneficios netos? Son preguntas que condujeron a la publicación del libro «el cálculo del consenso» de Buchanan y Tullock en 1962, el cual, sobre una base contractualista dio origen a la escuela de la elección pública.

En «el calculo del consenso», la principal contribución fue incluir dentro del cuerpo del análisis teórico de la política, la diferenciación entre la que podría ser llamada la «política ordinaria» (decisiones tomadas, a menudo mediante votación por mayorías, en asambleas legislativas) y la «política constitucional» (decisiones tomadas respecto al conjunto de las reglas del marco dentro del cual se permite que funcione la política ordinaria) (Buchanan, 2005, p. 209). De acuerdo con Buchanan (2005):

Se podría permitir que funcionasen reglas que no exigieran la unanimidad, e incluso reglas basadas en la mayoría respecto a las decisiones tomadas a través de la política ordinaria, siempre que hubiera un consenso generalizado en lo que se refiere a la “constitución”, sobre el conjunto global de reglas marco que fijan los límites respecto a lo que la política ordinaria puede y no puede hacer (p. 209).

Seguido a la publicación del cálculo del conceso, uno de los subprogramas que surgió dentro de la elección pública fue la búsqueda de rentas, iniciado fundamentalmente por Gordon Tullock en 1967. En aquel trabajo, el postulado se centra en el monopolio, los aranceles y el hurto, pero la idea se generaliza pues deriva del mismo *homo oeconomicus* de la teoría neoclásica. Menciona Tullock que:

El hurto, por supuesto, es una transferencia pura y, por lo tanto, se puede suponer que no tienen efectos de bienestar en absoluto, pero, para las personas que participan en ellas son como cualquier otra actividad, esto significa que se pueden invertir grandes recursos en un intento de hacer o prevenir transferencias. Estos compromisos de recursos en gran medida compensatorios se desperdician totalmente desde el punto de vista de la sociedad como unidad (Tullock, 1967, p. 224-230).

En efecto, lo que Tullock expone es la idea de que si en la actividad política, hay algún valor que se pueda ganar a través de ella, las personas invertirán recursos para tratar de hacerse a ese valor. Y si este valor toma la forma de una transferencia desde un grupo hacia otros, la inversión es un despilfarro en términos del valor total. A esto es lo que se conoce como búsqueda de rentas.

Buchanan (2009), expande la teoría económica neoclásica hacia las cuestiones políticas y las personas que deben tomar decisiones públicas, se trate de votantes, políticos o burócratas. Para él, siguiendo el concepto de búsqueda de rentas, la racionalidad individual no es suficiente para la racionalidad colectiva. No es realista dar por sentado que los funcionarios que ocupan posiciones de responsabilidad ejecutiva y legislativa «no tienen preferencias personales sobre el tamaño del sector público, sus fuentes de ingresos y, lo que es más importante, sobre los componentes particulares en los que realizar inversiones públicas» (Buchanan, 2009, p. 230).

Para Buchanan (2009), a diferencia de otros contractualistas como (Hobbes o Rawls), «vivimos en una sociedad de individuos, no de iguales» (Buchanan, 2009, p. 30). Mientras se aleja de estos, al mismo tiempo, se acerca a Nozick (1988) en su temor, constante, a la extralimitación del Estado. «Cree que el poder político tiende siempre a la expansión y que ello puede anular las libertades individuales protegidas en el contrato, por lo que la lupa de su análisis contractualista se fijará denodadamente en la limitación del poder estatal» (Moreno González, 2017, p. 65). Buchanan hace

claridad que, una vez elegido, un político tiene la libertad considerable de elegir la posición que desee frente a temas de gasto o de impuestos, bajo restricciones indirectas de sus propios votantes (perspectivas de reelección, apoyo a largo plazo del partido o elogios públicos). Pero que, aun así, un político sigue teniendo libertad de elegir su postura. De acuerdo con Buchanan, su elección buscará maximizar su propia utilidad y no la del colectivo de votantes (Buchanan, 2009, p. 228).

La gama de posibilidades de comportamiento del político que Buchanan (2009) describe se extiende entre los incorruptibles ideólogos y aquellos que desean el poder, hasta los corruptos que buscan un beneficio económico adicional al que le proporciona su cargo. Incluso en el mejor de los casos, el proceso democrático genera excesos presupuestarios. El político puede ser un ideólogo con deseos de «hacer el bien» colectivo. Pero es muy probable que quienes se sientan atraídos por la política, sean aquellos que le asignan un valor relativamente alto a la capacidad de influir en los resultados colectivos y no aquellas personas que ideológicamente desean que el papel gubernamental en la sociedad se reduzca a niveles mínimos.

Es posible que algunas personas deseen ser políticos porque le asignan un valor relativamente alto al poder de tomar decisiones que afectan la vida de otros, pero en este caso, puede que tengan objetivos mal definidos o de poca importancia (Buchanan, 2009, p. 229). Quizás, busquen un cargo político y/o electoral porque disfrutan estar en una posición de liderazgo y /o autoridad en la que otros acudirán en su ayuda. Este tipo de político logra generar mayor utilidad para aquellos individuos que acuden a él, porque el político puede tener el conocimiento de la ubicación de quién toma las decisiones. Si las demandas del votante o la lista de elección del político fuera definida de antemano, al caso podrían darse resultados más cercanos a las preferencias de los votantes. De no ser así, al político le favorece más la parcialidad en favor de ampliar el presupuesto en proyectos de gastos diferenciales a subgrupos particulares de la comunidad, que actuar en favor de reducir

los costos impositivos generales. De esta manera, los políticos de este tipo pueden verse motivados a formar coaliciones que permitan explotar beneficios en la asignación del gasto para sus votantes.

Las perspectivas de sobornos y comisiones ilegales u otros mecanismos hacen posible la existencia de un tipo de funcionario corrupto que propicia a toda costa la expansión del presupuesto y la introducción de programas nuevos y diferentes. Los políticos electos pueden caracterizarse por un tipo particular o una mezcla de estos.

Incluso después de que los políticos elegidos en las urnas, tomen decisiones sobre el impuesto y el gasto, los bienes y servicios no pasan de manera automática de los proveedores o contratistas organizados a los consumidores finales en la economía. Los gobiernos pueden producir los bienes y servicios a través de la empresa Estatal o subcontratarlos, en cualquiera de los dos casos, mucho más en el primero que en el segundo, se deben contratar empleados para realizar la transacción fiscal, bien porque se compren materia prima para la producción de otros bienes y servicios, o bien sea que se compren directamente los bienes finales producidos por proveedores privados. Mientras por un lado se requieren empleados para recaudar los ingresos, para llevar cuentas, para realizar auditoria e inspectores para investigar y controlar a los empleados que recaudan, por el otro, se requiere especialistas en presupuestos y agentes de compras o de personal para realizar adquisiciones u obtener personas. Y así por el estilo para cada organismo estatal. A toda esta gama es lo que la escuela de elección pública denomina agentes.

En paralelo con el político, el agente (burócrata) es descrito como un ser racional que busca la ampliación continua de los recursos que dispone en la medida en que estos son los que garantizan el afianzamiento de sus intereses personales. Cuanto más presupuesto y más medios personales, el burócrata más poder ostenta y más posibilidad tiene de satisfacer sus objetivos individuales, ya sean económicos, ideológicos o simbólicos. El agente, como el político, tiene diversos grados de

libertad en la decisión que toma. Sabe que las perspectivas de su carrera, de ascenso y empleo depende del tamaño del presupuesto, por tanto, sus elecciones se toman en dirección a incrementarlo. Como resultado los impuestos se distribuirán de forma más general que los beneficios del gasto público (Buchanan, 2009, p. 231). En efecto, en palabras de Buchanan (2009):

Incluso en las condiciones más favorables es posible que el funcionamiento del proceso democrático genere excesos presupuestarios. La democracia puede convertirse en su propio Leviatán a menos que se impongan límites constitucionales y se los haga cumplir (p. 235).

La tendencia a manipular el poder para beneficio personal es inevitable, es por esto que Buchanan (2009) propone que: (i) las escalas gubernamentales de sueldos y salarios, así como las políticas de ascensos y tenencia de cargos, se determinen por competencia. Se implementen (ii) reglas fiscales para evitar la expansión descontrolada en el gasto de los gobiernos. Sin embargo, las restricciones fiscales tienen que tocar a los impuestos y al gasto. Si se exige al gobierno que recaude impuestos de acuerdo con unas reglas generales, se le está dando protección a los ciudadanos en contra de una explotación fiscal arbitraria¹⁶. Para Brennan y Buchanan (1981), «la constitución fiscal tiene importantes implicaciones para la constitución monetaria» (p. 347).

En adición al votante, el burócrata o el político abordados por Buchanan, Mancur Olson introduce los grupos de presión. La lógica de la acción colectiva de Olson se amplía al nacimiento y declive de las naciones. De acuerdo con Olson, (1982), con el tiempo los trabajadores se sindicalizan, mientras que los capitalistas, los grupos de profesionales y las clases medias se

¹⁶ Sin embargo, «el afán de Brennan y Buchanan por concretar la constitución fiscal y la constitución monetaria, ha llevado a la tecnocracia a precisar fórmulas de comportamiento marcada por un positivismo ingenuo. A las reglas que orientan las políticas fiscal y monetaria se les ha dado una función que va mucho más allá de controlar las tendencias leviathánicas de los gobiernos. Con ellas se busca condicionar todas las decisiones de gasto público y amarrar la discrecionalidad de los gobiernos a unas proyecciones que se elaboran con los instrumentos propios de la más burda ingeniería social. Argumentando que los gobiernos son irresponsables, un grupo de tecnócratas logra convertir, a través de la regla fiscal, su posición política en normas de obligatorio cumplimiento.» (Estrada y González, 2014, p. 13).

agrupan para poder influir sobre las decisiones del gobierno y extender su poder, cada uno con sus propios problemas intentará influir sobre las decisiones políticas. Dado que los beneficios de estas políticas se concentran en los escasos miembros de estos grupos de presión, en tanto que los costes están distribuidos en toda la población, la lógica dicta que habrá poca resistencia pública contra ellas. La actuación de los grupos de presión en defensa de intereses específicos «reduce la eficacia y la renta global de las sociedades en que proliferan dado el uso que hacen del enorme poder que su carácter organizado les confiere frente a la actuación individual del resto de los componentes de la sociedad.» (Trigo, 1987, p. 332).

Hasta este punto es claro entonces, que los gobernantes y burócratas no son distintos de los demás agentes económicos. En concreto, que no actúan movidos por el interés colectivo –de la sociedad, de los ciudadanos-, sino por su interés personal que puede supeditarse a grupos de presión. Por tanto, a la hora de tomar una decisión, sólo tendrán en cuenta el bienestar social en la medida en que esto satisfaga su propio interés personal. Esto significa que esos agentes económicos tenderán buscar rentas y a explotar todo beneficio privado que encuentren, incluyendo el recurso al soborno, la extorsión y otras formas de corrupción. Como recuerda Mancur Olson no hay una buena razón para que los individuos actúen en pro del interés colectivo.

Bajo estos postulados, siguiendo la lógica microeconómica, el análisis tradicional se centró en las transacciones directas de corrupción, en las que las obligaciones que han sido pactadas mediante un contrato de cumplimiento por los funcionarios y los sistemas de remuneración son precios. En este sentido, lo que se desarrolla es un mercado del crimen en que la corrupción es individual y esporádica –caso por caso-. Los hechos de corrupción se interpretan como la consecuencia lógica de un conjunto de incentivos, el criminal es un agente racional que lleva a cabo un análisis de costo-beneficio.

Según autores como Becker y Stigler (1974), quien practica la ilegalidad obtiene un beneficio individual¹⁷. De igual forma, genera unos costos, que se asocian a la probabilidad de ser descubierto y castigado con el consiguiente castigo que de ello derive. Si el costo probable que resulta de ser detectado, investigado, juzgado y condenado como resultado de la comisión del acto ilegal es menor al beneficio que deriva del mismo, entonces romper las reglas es un comportamiento que probablemente adoptará un agente racional (Becker y Stigler, 1974). La oferta y la demanda de corrupción evolucionarán según la variación de la probabilidad de sanción¹⁸. Esto deja en evidencia, la importancia del nivel de impunidad en delitos de corrupción, pues ello configura parte esencial del estímulo para que un agente racional decida cometer actos corruptos. En efecto:

La aplicación de una política anticorrupción mayor, con el objeto de aumentar los riesgos de arresto y de hacer subir todavía más el peso de las sanciones, impulsa a quienes se desvíen a aumentar el beneficio esperado. El corrupto sólo realizaría la transacción a un precio superior, mientras que, por el contrario, el corruptor propondrá un precio inferior. Por consiguiente, será menor la cantidad de equilibrio entre sus ofertas y demandas de corrupción (Cartier-Bresson, 1996, p. 119).

Becker y Stigler (1974) enfatizan que el problema se puede resolver considerando que el principal puede modificar a su antojo el sistema de incentivos con el fin de disuadir la corrupción. En este sentido surgen propuestas normativas sobre el modo de inducir comportamientos honestos

¹⁷ Según Becker, «una persona comete un delito si la utilidad esperada para él excede la utilidad que podría obtener al usar su tiempo y otros recursos en otras actividades. Algunas personas se convierten en "criminales", no porque su motivación básica difiera de la de otras personas, sino porque sus beneficios y costos difieren» (Becker, 1968, p. 172)

¹⁸ Específicamente, Klitgaard (1998) señala que la corrupción administrativa prospera cuando el riesgo de los acuerdos corruptos es bajo, los castigos y multas son leves y cuando la ganancia potencial es grande, pues en estas condiciones, la corrupción es un mecanismo eficiente para obtener beneficios económicos y, como se mencionó anteriormente, políticos y sociales. Este autor resume las condiciones básicas para que la corrupción se reproduzca mediante la fórmula $C = M+D-A$, siendo C la corrupción, M el poder de monopolio, D la discrecionalidad del funcionario y A la rendición de cuentas.

por parte de los empleados públicos. Tales incentivos dependen de muchos elementos institucionales, dentro de los que se cuentan, la capacidad discrecional de ciertos funcionarios públicos para negar o retrasar permisos gubernamentales a un agente privado, la claridad o no de las leyes que regulan el acceso de los ciudadanos a tales derechos y la capacidad de investigar, controlar y sancionar los comportamientos corruptos (Tanzi, 2008, p. 31-36). Un mecanismo que Becker y Stigler (1974) propusieron para resolver la corrupción administrativa fue el pago a los funcionarios públicos de salarios de eficiencia; es decir, salarios más elevados que los de mercado, con el fin de aumentar el coste de oportunidad de la corrupción y disuadir de ese modo los comportamientos deshonestos (Becker y Stigler, 1974, p. 11)¹⁹.

Concretamente, desde el marco conceptual del actor criminal, resulta evidente que el Estado puede contribuir a la disminución de la comisión de delitos corruptos en la medida en que implemente incentivos y mejore las medidas de detección, investigación, judicialización y sanción del delito. El enfoque de la elección pública, ha permitido entender la reacción racional de los agentes individuales frente a un sistema particular de incentivos. Sin embargo, este marco es bastante limitado. Al abordar la corrupción como acción delictiva con fines de lucro entre funcionarios y gobierno (enriquecimiento ilícito, peculado, concusión, etc) no permite comprender el origen de los sistemas ineficientes de incentivos, y mucho menos de las razones que explican que éstos se mantengan, se extiendan o evolucionen a lo largo del tiempo, ni las implicaciones y las distorsiones culturales, sociales y políticas que resultan de estos actos.

Como recuerda Douglass North, la postura negativa de Olson (1992) frente a las posibilidades de la cooperación humana que deriva del apego a los supuestos neoclásicos, como la conducta maximizadora en el dilema del prisionero de la teoría de juegos, es «un reflejo de la naturaleza

¹⁹ En línea con el trabajo de Becker y Stigler (1974) otros autores interpretan la corrupción como consecuencia de un conjunto de incentivos.

estática de su análisis y el hecho de que es un juego de un solo tiro» (North D. C., 1990, p. 25)²⁰. De acuerdo con North, en la teoría de juegos hay cooperación humana bajo ciertas condiciones, las personas tienen impulsos altruistas, de solidaridad y motivaciones de reputación (North D. C., 1990, p. 25).

La realidad es que hay muchos obstáculos morales, sociales, emocionales y técnicos (de naturaleza política, jurídica o económica) que una persona debe superar antes de tomar la decisión de delinquir. Claramente, ello presenta una dificultad para la teoría del crimen, que asume los valores, las preferencias y el marco cultural e histórico en que las personas se desarrollan fuera de su modelo. Como la corrupción implica la ruptura de normas legales, administrativas y de códigos de conducta, «hay una dimensión ética y de valores presente en este fenómeno» (Solimano, 2008, p. 62). Lo que no quiere decir que la decisión se tome esporádica, improvisada e irracionalmente. Por el contrario, es permanente y su éxito depende en gran medida de la capacidad del agente corrupto para asociarse con personas confidenciales con cierto poder, mediante el cual, se pueda realizar acuerdos sobre cuestiones económicas, políticas y sociales. Esto quiere decir, que una persona que tiene muchos deseos de cometer un acto de corrupción, pero carece de habilidades, por ejemplo, de los conocimientos normativos y contables, muy probablemente puede ser detectado y no puede ser considerado un corrupto «exitoso»²¹.

²⁰ Una vez que se realiza un contrato, es posible que una de las partes o todas encuentren beneficioso renegar de él o violar sus términos. Como recuerda Buchanan, en el escenario de una asignación de derechos, «todas las personas verán que su utilidad se incrementará si todos cumplen la “ley”, según lo establecido. Pero para cada persona, habrá una ventaja en desobedecer la ley, en no respetar los límites de comportamiento estipulados en el contrato.» (Buchanan, 2009, p. 51). A esta situación es la que comúnmente se denomina en la teoría de juegos como «dilema del prisionero» de un solo tiro.

²¹ Se usa el término éxito, no como connotación de que la actividad corrupta merezca un reconocimiento, por el contrario, es una actividad lamentable que produce daño social. Aquí, se usa la palabra para expresar el logro de un resultado propuesto, no ser detectado, sancionado o castigado por el marco institucional. Al respecto, se han reconocido en la literatura tres elementos que varían en función del delito a ejecutar como la fuente del éxito: (i) los deseos de cometer el delito, (ii) el conocimiento técnico asociado a cada delito específico y (iii) el control emocional requerido para sortear correctamente todas las situaciones de exposición penal y social (Garay Salamanca *et al.*, 2008, p. 23-24).

2.4 Enfoque neoinstitucional

En «instituciones, cambio institucional y desempeño económico» de Douglass North , el enfoque neoinstitucional adquiere forma. Dos categorías se funden en el marco institucional de cualquier sociedad: el conjunto de reglas formales y las restricciones informales. Las instituciones son es el centro de atención del asunto. Las formales como las leyes, acuerdos o contratos y las instituciones informales como las costumbres, los códigos de conducta o las cuestiones éticas y religiosas constituyen las reglas del juego con las que interactúan los individuos de la sociedad. Son pautas de comportamiento interiorizadas por los individuos, por lo que las instituciones (en especial las informales) pueden promover un patrón de comportamiento que o bien garantice el cumplimiento de las normas a través del compromiso colectivo de supervisar los procesos, o bien incentive su incumplimiento y facilite prácticas alternas.

Las instituciones informales –también las formales- son portadoras de información y pueden permitir que se establezcan relaciones cooperativas duraderas entre las partes que interactúan en una transacción económica. Surgen para coordinar interacciones humanas y consisten en la (i) modificación o extensión de normas formales, (ii) normas de conductas sancionadas por la sociedad y (iii) normas de conductas aceptadas internamente (North D. C., 1990, p. 54). Más estas, son importantes en sí mismas en el comportamiento de las personas y no solamente como apéndice de las instituciones formales. Sin embargo, son reglas que nunca han sido ideadas conscientemente y no se alterarán inmediatamente ante cambios en las limitaciones formales, sino como resultado del procesamiento cultural (ideológico).

Por el contrario, las instituciones formales son establecidas por agentes con el poder para ello (legislativo) y están dirigidas a (i) complementar y sustentar las normas informales, (ii) modificar o sustituir instituciones informales y, (iii) reglamentar de manera formal instituciones informales.

Idealmente, la función de las instituciones formales es reducir la incertidumbre, ósea, facilitar el intercambio político y económico y comprenden (i) aquellas que definen la estructura y funcionamiento del gobierno -instituciones políticas-, (ii) las que definen el uso y usufructo de la propiedad –instituciones económicas-, y (iii) las que definen las condiciones de los acuerdos específicos –instituciones contractuales- (North D. C., 1990, p. 67). La institución contractual es reflejo de la estructura incentivo-desincentivo enfrascado en la estructura de derechos de propiedad que emanan de la institución política. «En términos generales, las reglas políticas situadas en su lugar conllevan a reglas económicas, si bien la casualidad obra en ambos sentidos» (North D. C., 1990, p. 69).

La esencia de las instituciones formales es promover cierto tipo de intercambios y desalentar otros. Sin embargo, el enfoque neoinstitucional explica que, dado que las instituciones constituyen en gran parte el éxito que puedan tener los organismos, estos intentarán influir en su formación, por lo que las instituciones formales no necesariamente son eficientes socialmente. Los agentes pueden competir por el poder político (o económico) llegándose a concentrar (i) cuando no existe representatividad de diferentes sectores de la sociedad (o un número elevado de competidores) o, (ii) como resultado del éxito de algunos agentes políticos (empresarios o individuos) que logran maximizar de manera eficiente sus acciones dentro de las limitaciones institucionales existentes a través del aprendizaje por la práctica o invirtiendo en aptitudes y en conocimiento productivo de manera legal o ilegal. Ello, permite la obtención de un poder o fuerza de negociación sobre los demás que constituye una barrera posterior para otros agentes y posibilita que aquellos con poder suficiente logren influir sobre la estructura básica de la política para reasignar o modificar instituciones existentes al acomodo de sus intereses o de un tercero.

Lo que quiere decir, por un lado, que la concentración de políticos de un mismo partido en el poder legislativo es resultado o bien, de la influencia de sus propuestas sobre electores, de sus estrategias para ganar votos a favor o bien de su asocio con actores (legales o ilegales) capaces de obtener votos por la fuerza o la compra de los mismos. Pero también, la concentración del poder político en sí mismo, es resultado de sus propias decisiones legislativas o de la influencia sobre los legisladores. Por otro lado, la concentración de poder económico, es resultado de economías de escala, de externalidades, de inversiones que las organizaciones hacen en lobby(cabildeo) o ilícitamente de sobornos o intimidación (armada o no), a políticos y partidos influyentes en la formulación de políticas, leyes, normas y procedimientos que les favorezcan.

Como el marco institucional limita y define, junto con las restricciones comunes (ingresos, tecnología), el margen de oportunidades potenciales de maximizar la riqueza de las organizaciones, las organizaciones que surgen o se consolidan en la sociedad consiguientemente al marco institucional reflejan las oportunidades disponibles en el entorno institucional. Es decir, una mezcla de normas, reglas y características informales de cumplimiento obligatorio define el conjunto de elección en cuanto al éxito (North D. C., 1990, p. 75). Si las restricciones del entorno dan como resultado que las prácticas ilegales y corruptas generan beneficios más altos, entonces puede esperarse que la organización tome dicha dirección. Por otra parte, si los beneficios provienen de actividades que incrementan la productividad, el resultado será el crecimiento económico mediante comportamientos legales. En cualquier caso, el éxito y evolución de las organizaciones se determina principalmente por el marco institucional.

Lo anterior, quiere decir que , tal como conciben Luis Jorge Garay y Eduardo Salcedo, que la progresiva adopción de prácticas o comportamientos corruptos tiene raíces y consecuencias estructurales que se relacionan con un determinado (des)ordenamiento en las instituciones a nivel

político, económico, social y cultural que crea incertidumbre y es resultado de la concentración del poder político, económico y social en la misma sociedad obtenido de manera legal o ilegal (Garay Salamanca y Salcedo Albarán , 2012). En términos de Douglass North, este desorden significa para una gran parte de la sociedad, temor por la vida individual, de su familia y/o vulnerabilidad de las fuentes de subsistencia (North, Summerhill, y Weingast, 2002).

2.4.1 Las instituciones y la historia. Para Douglass North, la historia es importante para examinar las instituciones que dan forma al intercambio y revelar cuáles contribuyeron al desarrollo económico como en los casos de Inglaterra y Holanda en Europa o de Estados Unidos, y cuáles frenaron el capitalismo en países como España y Portugal o en América Latina. No podemos entender las decisiones de nuestros días sin trazar la evolución incremental de las instituciones. Como reseña Kalmanovitz (2003):

Los países que primero alcanzaron su desarrollo capitalista tuvieron en común las revoluciones democráticas que establecieron la división de poderes y proscribieron el despotismo. Esto fue fundamental, por ejemplo, con respecto a los impuestos y a la inflación. Los ciudadanos y los empresarios dejaron de sufrir el abuso de los gobiernos porque el parlamento debía negociar y aprobar todo impuesto. El parlamento impuso controles al gasto público y estipuló que el gobierno gastara de acuerdo con sus medios. Si se extralimitaba, debía recurrir a la deuda pública voluntaria y no a los préstamos forzosos ni a la inflación. (...) Al tiempo que el parlamento elegido por el pueblo e independiente del soberano establecía impuestos justos, un banco central independiente (privado en Inglaterra y Holanda) garantizaba que el soberano no abusara de la emisión (p. 200-201).

Pero así también pueden persistir las vías improductivas. En el caso latinoamericano y africano existe evidencia que muestra una vía de dependencia contraria, con resultados catastróficos

producto de elecciones de una banca central al control del gobierno. Como arguye North D. C (2007):

Los rendimientos crecientes característicos de un conjunto inicial de instituciones que proporcionan desincentivos a la actividad productiva crearán organismos y grupos de interés sin perder de vista las limitaciones existentes. Darán forma a la política de sus intereses. Tales instituciones proporcionan incentivos que pueden alentar el dominio militar de la policía y de la economía, el fanatismo religioso o las organizaciones redistributivas sencillas y simples que ofrecen pocos aumentos en la disponibilidad y diseminación de conocimientos económicos útiles. Las actitudes mentales subjetivas de los participantes producirán por evolución una ideología que no nada más racionalice la estructura de la sociedad, sino que explique su mal desempeño. Como resultado de esto la economía producirá, por evolución, políticas que reforzarán los incentivos y los organismos existentes (p. 130).

Comprender el entorno de des-orden político en que la corrupción se ha desarrollado implica comprender los requisitos necesarios para que exista el orden. Esté, desde las hipótesis de Douglass North, puede tomar dos caminos: (i) uno de base autoritaria, en el que el nombramiento de los cargos públicos se realiza a través del tráfico de influencias, mientras que se impone el orden por coerción y miedo; y (ii) el que sigue el consenso, que procura el orden mediante la argumentación y fundamenta los cargos de dirección en el reconocimiento público de méritos (North *et al.*, 2002). Según estos autores, el orden político consensual requiere que el Estado mantenga un grado de compromiso creíble con las instituciones y los derechos ciudadanos.

En un interesante artículo del profesor Fernando Estrada, que propone una lectura del (des)orden político en Colombia, se resume en tres argumentos la hipótesis del orden político consensual que sostienen North, Summerhill y Weingast. El primer argumento, explica Estrada,

tiene que ver con los ciudadanos y depende de tres condiciones para que se produzca, que, de no ser satisfechas, ínsita a la solución de diferencias por medio del autoritarismo. A saber:

La existencia de un acuerdo amplio sobre la legitimidad de las instituciones que comparten y desean; la disposición que tengan los ciudadanos para vivir bajo las decisiones que toman estas instituciones; y su predisposición a defender estas instituciones contra el abuso de quienes ostentan los cargos públicos (Estrada, 2004, p. 5).

El segundo argumento que recuerda Estrada (2004), tiene que ver con la limitación del alcance de las decisiones políticas. Los ciudadanos deben tener derechos suficientes para asegurar aquellos aspectos sustanciales de la vida social y económica que están más allá del alcance del Estado. Todos los derechos - sean personales, económicos, religiosos, civiles o políticos- suponen límites al comportamiento de los cargos políticos. Para que estos derechos existan en la práctica, los cargos políticos deben de alguna manera encontrar que estos derechos se adecuan a sus intereses.

La clave de la base consensual del orden político es el establecimiento de limitaciones creíbles al comportamiento de los cargos políticos. Dicho de otra manera, los derechos ciudadanos y las limitaciones implícitas al gobierno deben verse auto-reforzadas por los mismos cargos políticos (North *et al.*, 2002, p. 17).

Cuando esto no es así, los políticos pueden violarlos a su voluntad o con cierta facilidad y difícilmente se pueden constituir derechos. Como menciona Fernando Estrada, esto tiene varios efectos. «Primero, provoca la tendencia de quienes tienen cargos a no querer soltarlos. Segundo, quienes no tienen el poder procurarán mayores trampas para llegar a los mismos.» (Estrada, 2004, p. 6).

El tercer argumento profundiza en este último fenómeno, comportamiento que en la teoría económica se le ha denominado *captación o captura de la renta*. Esta se genera cuando predomina

la ausencia de derechos bien definidos y ampliamente aceptados que produce una competencia por los derechos en juego de activos importantes como (capital, tierra, tecnología, medios de opinión). En esta situación, los individuos gastarán más el valor agregado de los activos en juego a medida que incrementa la relevancia de las decisiones políticas en juego. Así, ante la vulnerabilidad de las reglas del intercambio político, los recursos y los derechos se convierten en un pastel del que cada uno se quiere llevar la mejor parte. Reducir la relevancia de las decisiones políticas en juego requiere de la creación por parte del Estado de compromisos creíbles. Puesto que proveen protección frente al oportunismo y la expropiación, los compromisos creíbles son necesarios para proporcionar a los propietarios de activos un entorno seguro en el que invertir.

«Que un orden político comprenda la capacidad del Estado para crear compromisos creíbles, dice North, significa que el mismo Estado garantiza a la vez los derechos de propiedad y la justa distribución sobre tales derechos. El Estado debe limitar los monopolios y preparar a los ciudadanos para asimilar las oportunidades sociales.» (Estrada, 2004, p. 13)

Esta es una condición necesaria para lograr una economía de mercado, en la cual, deben existir normas que puedan limitar las posibilidades de comportamiento de algunos individuos capaces de apropiarse de los bienes ajenos y sistemas de control social que promuevan el trabajo como fuente de superación personal. Quiere decir, debe existir un equilibrio entre incentivos y castigos desde las normas legales y a partir de códigos de comportamiento moral que constriñan la conducta desviada.

A modo de resumen, resulta evidente a partir de este enfoque que el tamaño de la corrupción depende del sistema institucional establecido (formal e informal), partiendo de que son las instituciones las que constituyen el marco en el que actúan los individuos, estas pueden limitar o, por el contrario, incentivar las prácticas corruptas. La corrupción está estrechamente relacionada

con las normas, las reglas formales y, por supuesto, la cultura legal particular de una sociedad específica. El riesgo de que no existan límites creíbles al comportamiento a través derechos de propiedad bien definidos es que las instituciones pueden ser capturadas por grupos de presión, dando origen a fallos institucionales que generan problemas de eficiencia, y como se verá en las secciones que siguen en este capítulo, falta de cooperación, fracturas en el monitoreo, control y regulación de los casos de corrupción. En efecto, la corrupción está relacionada con un determinado (des)orden político, económico y social resultado de una estructura anómala de poder político, económico y social.

La aproximación de North *et al.* (2002) para entender el (des)orden político, es relevante para el presente trabajo pues permite abordar la «senda de dependencia» del comportamiento corrupto y refleja uno de dos aspectos generales del enfoque neoinstitucional importantes para el análisis de la corrupción²². A saber, la interdependencia entre los mercados económicos y los mercados políticos. Principalmente, porque las instituciones, al menos las formales, son definidas por actores políticos que realizan escogimientos públicos en función de los intereses de quienes tienen el poder de negociación para idear nuevas normas. Como resultado, las instituciones que surgen no necesariamente son eficientes socialmente, unas pueden limitar los comportamientos corruptos, pero otras pueden ampliarlos incentivando su práctica. Es por ello, que, lo que busca el enfoque neoinstitucional es el fortalecimiento de las *condiciones* bajo las cuales se pueda mejorar la calidad de las decisiones políticas y/o públicas.

Estas condiciones, tienen que ver con la definición de los derechos de propiedad, la eficiencia del sistema de justicia y la claridad de las reglas en conjunto con los factores que permiten la producción (estabilidad tributaria y de gasto público, especialización y productividad) y la

²² Una breve interpretación del desorden político se presenta en este trabajo en la primera sección del capítulo «La corrupción en Colombia».

reducción de los costos de transacción, que se entienden, como aquellos en que se incurre para llevar a cabo el intercambio de un bien o servicio, su protección y cumplimiento forzado. Como menciona Kalmanovitz (2001), la clave está en que el sistema de incentivos (institución) que guía a que las organizaciones se conduzcan hacia la cooperación y el incremento de la riqueza y no hacia la captura de renta, disputa y distribución de la riqueza existente.

Un segundo aspecto importante que deriva del enfoque neoinstitucional, es que el análisis de la corrupción en la contratación de obras públicas y concesiones implica concebir una relación de doble vía entre las instituciones y las partes que interactúan en la contratación: ¿cómo afecta el marco institucional (reglas formales e informales) el comportamiento de las partes del contrato y como el comportamiento de las partes del contrato puede afectar el marco institucional? Estas son las preguntas rectoras que guían el enfoque propuesto.

La primera parte de esta relación reconoce la existencia de fallos de mercado y fallos en las institucionales formales (políticas, económicas y contractuales) que se relacionan con la contratación de obras públicas y concesiones y estarían incentivando el comportamiento corrupto. La debilidad institucional (formal) conlleva problemas en las amarras del Leviatán que limitan la burocracia y los políticos, problemas en la contratación y el sistema de justicia. Los actores corruptos, a la luz de la eficiencia en la vigilancia y control y la fuerza que ejerzan las instituciones para castigar la conducta corrupta, pueden tener mayor o menor espacio para recuperar la inversión que realizan en sus actividades ilícitas. La segunda relación implica la reproducción de estas prácticas corruptas, su evolución en un entorno institucional desordenado. Un análisis de la forma como la corrupción se organiza, permite deducir los límites de las estrategias anticorrupción. La siguiente sección, aborda la primera de estas relaciones.

2.4.2 Los problemas de la institución contractual. En las secciones anteriores se hicieron algunos avances hacia la institución contractual, pero fundamentalmente se discutió el enfoque neoinstitucional desde la institución política. Intencionalmente se pasó por alto la identificación de los supuestos neoinstitucionales, porque el objetivo ha sido nada más entender algunas de las condiciones formales y fallos institucionales que dan lugar al comportamiento corrupto en la institución política en conjunto con los mecanismos que optimizan (negativamente) la captura de rentas, se quería hacer un avance comprensivo en esos temas para entender la fuente de los problemas contractuales. En esta sección se quiere saldar esa deuda, pero el objetivo principal es hacer hincapié en la institución contractual, los fallos contractuales que permiten comportamientos corruptos.

Como los antiguos institucionalistas, los neoinstitucionalistas también critican la ortodoxia económica en varios sentidos. Para Herbert Simon, las ciencias sociales padecen esquizofrenia aguda en su tratamiento de la racionalidad. El *Homo oeconomicus* de los economistas neoclásicos, atribuye una racionalidad completamente omnisciente:

Dispone de un sistema completo y consistente de preferencias, que le permite elegir siempre entre las alternativas que se le presentan; se da siempre perfecta cuenta de lo que son estas alternativas; no existen límites en la complejidad de los cálculos que puede realizar para determinar qué alternativas son mejores; los cálculos de probabilidad no le asustan ni encierran misterios para él (Simon H. A., 1982, p. XXI).

La tradición económica neoclásica se centró en los intercambios voluntarios, los cuales no tienen mayores repercusiones para los que no participan en la transacción. Si el que resulta afectado es parte de la transacción; si la transacción es voluntaria, y cualquiera que se oponga legítimamente puede vetarla; si la transacción es fácil de reconocer y la gente conoce sus propios intereses, de

modo que las partes pueda proteger sus intereses mediante su participación en la transacción, o mediante su negativa a celebrarla; si la gente no queda indefensa ante el robo, la extorción, o las cosas por el estilo cuando manifiestan interés en celebrar la transacción; si la transacción entre contratistas privados y los organismos del sector público está protegida contra el incumplimiento; si la ley evitara que algunos de estos contratistas acumularan una demanda indebida de sus productos o servicios derivada de la experiencia adquirida de forma fraudulenta o corrupta, entonces hay mucho que decir para considerar el «intercambio de mercado libre» como algo bueno.

Para el mundo ideal neoclásico, si una transacción se realiza en un mercado organizado, las partes celebran un contrato estandarizado tal que cada unidad del contrato es un sustituto perfecto de cualquier otra unidad. La identidad de las partes en cualquier transacción no afecta los términos del intercambio mutuo. El propio mercado a través del sistema de precios, u otra institución crea las condiciones perfectas para que puedan intercambiarse anónimamente y sin problemas los bienes. Quiere decir que se concibe la posibilidad de describir y descontar en lo tocante a la probabilidad y el alejamiento en el tiempo futuro todas y cada una de las contingencias y escribirlas hoy en un contrato sin esfuerzo alguno.

En otras palabras, resulta tan trivial que la transacción se acuerda incluso antes de realizarla, todos los eventos futuros se determinan en el contrato pues existe certeza de lo que depara y cualquier comportamiento que lleve al incumplimiento de contratos, normas o procedimientos será castigado sin costo por la ley. Bajo estos parámetros se perfila la transacción de mercado de la teoría económica clásica²³. Un contrato que surge en este ambiente permite la contratación contingente y no cabe espacio para la existencia o el sostenimiento del comportamiento corrupto.

²³ Los supuestos que componen el mercado competitivo de la economía clásica son: i) la racionalidad ilimitada de los individuos, ii) la información perfecta de las transacciones y iii) la inexistencia de límites.

Sin embargo, los incentivos que en la realidad proporcionan los mercados no siempre coinciden de forma tan agradable y eficiente. En primer lugar, la existencia de economías de escala implica que dejan de existir los precios de equilibrio competitivos, pues las empresas pueden aprovechar el poder de mercado que tienen para fijar precios monopólicos que distorsionan las asignaciones de recursos²⁴. En la medida en que los rendimientos crecientes sean una fuente de poder de mercado, pueden hacer que los fallos de mercado ligados a estas imperfecciones de la competencia sean inevitables. En segundo lugar, los efectos positivos o negativos (externalidades) no regulados por el sistema de precios, significan que pueden darse niveles de ineficiencia relacionados a las mismas, pues las personas no tienen en cuenta el conjunto de costos y beneficios de los actores que involucran sus decisiones. De hecho, las externalidades pueden estar ligadas a la ausencia de mercados. Estas, no son más que bienes (o males) que se desean comprar o vender porque afectan la utilidad (bienestar) o posibilidades de producir. Cuando dicha transacción es posible, no se negocia bajo condiciones competitivas. Dicha ausencia de mercados puede conducir a ineficiencias y a un fallo en el sistema, y este tipo de fallo de mercado puede llevar a las personas a buscar opciones alternativas.

En el mundo de la contratación pública-privada, buscar opciones alternativas puede conllevar comportamientos presentes y futuros distintos a los pactados en un acuerdo que hagan ineficiente la asignación de recursos. Sin embargo, desde un enfoque neoclásico solo se presta atención a los primeros. Las personas pueden preferir pagar sobornos en la contratación estatal ante las barreras de entrada impuestas por el mercado, pueden hacerlo porque el contrato ofrezca beneficios mayores que el mercado privado o sencillamente porque este último no exista. Desde esta lógica a menudo se han desarrollado explicaciones de corrupción que la consideraron como un

²⁴ Las economías de escala se refieren a la reducción del costo medio de un producto que se logra al producir grandes cantidades.

subproducto natural de la intervención del estado en el mercado, tanto en su función de proveedor de servicios públicos, como por la regulación que realiza. En relación, las soluciones han derivado principalmente en la privatización como máxima expresión de la descentralización de funciones y la liberalización del mercado (máximo intento de hacer competitivos los procesos de contratación ex ante).

Lo más similar al tipo de contratación neoclásica es su contraparte en el derecho: «la presentación», entendida como los esfuerzos por prever sucesos futuros en el presente y es posible en particular cuando se trata de una venta de muy corto plazo. Como, por ejemplo, un contrato de contado con un contratista –que en realidad es más una especie de venta–, donde redactan las especificaciones detalladas con las que el Estado determina las preferencias y características de los bienes que adquiere²⁵. En cuyo caso, la solución de cualquier incumplimiento recae sobre un juez que haga respetar lo acordado.

En este tipo de transacciones como el contrato de contado, donde el gobierno sabe exactamente qué producto quiere porque se trata de bienes estándares y encuentra una gran cantidad de proponentes dispuestos a suministrarlo, la corrupción se puede evitar fácilmente. Si existe un mercado privado para el bien que se transa, y no hay ventajas de costos por la venta de grandes cantidades al gobierno tal que resulte más rentable que vender en el sector privado, el estado simplemente compra el bien al precio del mercado privado. Cualquier desviación puede detectarse

²⁵ Los contratos de contado suelen ser inflexibles con cláusulas de coberturas de muy amplia aplicación, ello minimiza los costos de tener que describir las eventualidades y procedimientos de acción. En realidad, son contratos que pueden ser efectivos para transacciones de muy corto plazo, en que no se cabe espacio para acciones inapropiadas. No quiere decir que no puedan existir eventualidades, pero su redacción en el presente es más viable. Otra posibilidad, aunque lejos de definir las eventualidades, son los *acuerdos marco*. En este tipo de contratos, las partes acuerdan objetivos y metas con cláusulas generales ampliamente aplicables, y se ponen de acuerdo sobre los criterios a aplicar en caso de contingencias imprevistas, sobre quien tiene el poder para actuar, tomar decisiones sobre imprevistos y resolver controversias. Tales contratos pueden funcionar cuando las partes no tienen una elevada propensión al oportunismo y los conflictos potenciales no son de mayor gravedad. Entre estos se hayan los contratos laborales o los contratos de investigación.

fácilmente a un costo muy bajo, y bajo un régimen de competencia perfecta, los proponentes no tienen ningún incentivo para sobornar al gobierno simplemente para obtener el contrato, ya que pueden vender todo lo que deseen en privado. «Si no existe un mercado privado, los sobornos pueden eliminarse mediante el uso de ofertas selladas para elegir al contratista y las ofertas se hacen públicas una vez que se ha determinado el mejor oferente» (Rose-Ackerman, 1975, p. 189)²⁶.

No obstante, el tipo ideal de acuerdos contingentes no se cumple en la mayoría de contratos, menos aún en aquellos en que la corrupción resulta interesante²⁷. La contratación contingente no es posible cuando la relación entre las partes se extiende por un periodo de tiempo considerable. Por ende, la capacidad para prever contingencias y la incertidumbre juegan un papel sustancial. En especial en casos como los contratos de obra o concesiones, donde el precio deja de ser la única variable que se estima relevante, aspectos de calidad y tiempo son primordiales en el cumplimiento del objeto contractual y los fines del Estado.

El caso ideal no es más que eso, un modelo que en otras instancias ha servido para analizar fenómenos con relativa efectividad. Pero la realidad es que en el mundo de la contratación lejos está de ser interpretado bajo esa lógica. Coase R. H. (1996) fue contundente en expresar la razón por la que surgen las empresas, estas se organizan para disminuir costos de transacción. En verdad, realizar una transacción requiere descubrir la contraparte, ponerla al tanto del deseo de realizarla,

²⁶ Este razonamiento recae en la posibilidad limitar la desviación del comportamiento del funcionario. Puesto que el precio es el único criterio, la subasta es viable. Bajo este procedimiento el funcionario no tiene la oportunidad de seleccionar la propuesta conveniente al proponente que ofrezca un soborno. Tal procedimiento, aunque elimina el soborno, deja el camino abierto a la colusión si el número de proveedores es relativamente pequeño. Como los proponentes no tienen un mercado privado al que recurrir si pierden el contrato con el gobierno, dado que el precio es el único medio de elegir entre productos, y dado que cada contrato puede representar una gran parte del negocio de la empresa, los vendedores tendrán un gran incentivo para coludir, tanto para fijar precios como para dividir el mercado.

²⁷ Los contratos de obra y los contratos de concesiones son estos tipos interesantes de contrato, pues se extienden en el tiempo y permiten el surgimiento de comportamientos distintos a los pactados por la naturaleza de sus inversiones requeridas. No quiere decir que tipos de contratos como las adquisiciones de suministros, los contratos laborales (de prestación de servicios o los de consultoría) no se enfrenten ante las posibilidades de comportamientos distintos a lo acordado, sino que, al ser gobernados por la estructura de la jerarquía de la empresa, el control y sanción tiene cierta facilidad de ser aplicado.

establecer unas condiciones, elaborar el contrato, controlar y verificar el cumplimiento, es decir, incurrir en costos transacción: costos de búsqueda, negociación y costos de seguimiento y control. Williamson O. E. (2013) identifica los relevantes en este caso: costos de transacción *ex ante* y costos de transacción *ex post*. Los primeros incluyen los costos de negociación (pliegos, publicación, estudio, etc.), la formulación de las contingencias y la responsabilidad de las partes, los segundos, hacen alusión a los costos de renegociación, el ajuste del contrato, el establecimiento del mecanismo de vigilancia y la imposición de lo acordado. ¿Por qué existen estos costos?, la teoría de costos de transacción proporciona una respuesta en función de los supuestos conductuales que conforman el enfoque neoinstitucional.

En primer lugar, los costes de transacción existen porque *la racionalidad de las personas es limitada*²⁸. Las personas no tienen un conocimiento total de las cosas ni son perfectamente previsoras. Esto quiere decir que las personas no pueden resolver problemas arbitrariamente complejos de manera exacta, inmediata y gratuitamente, ya que estas se enfrentan a límites neurofisiológicos por un lado y, de comunicación, por el otro²⁹. La racionalidad limitada es una forma humana de concebir las acciones humanas e implica que no se pueden escribir todas las contingencias en el contrato. En palabras de Herbert Simon, la racionalidad limitada es la «racionalidad intencionada y acotada del comportamiento de los seres humanos que “se dan por satisfechos” porque no tienen la inteligencia necesaria para conseguir el máximo» (Simon H. A.,

²⁸ Suelen distinguirse convenientemente tres niveles de racionalidad: 1) la racionalidad fuerte e ilimitada, que considera la maximización y predomina en la economía neoclásica. 2) la racionalidad semifuerte, limitada o acotada, supuesto conductual de la economía neoinstitucional y, 3) la racionalidad débil u orgánica, asociada a los enfoques evolutivos modernos (Williamson O. E., 2013, p. 53-56).

²⁹ Los límites neurofisiológicos constituyen la barrera a la que se enfrentan las personas para recibir, almacenar, recuperar y procesar la información sin cometer errores. Desde los que se relacionan con su capacidad (como la velocidad de procesamiento mental, su capacidad aritmética elemental, etc.), como los que comprenden sus valores e influyen en su decisión. Los límites de comunicación (o lenguaje) se refieren a la incapacidad de las personas para expresar su conocimiento o sentimientos mediante el uso de palabras que los demás puedan entender con claridad.

1982, p. XXIII). Este fenómeno, hace que la negociación sea costosa y obliga a las partes del contrato a ahorrar en costos de transacción *ex ante*.

Desde luego, el particular interés solo tiene importancia en la medida en que se asocian los límites de la racionalidad bajo *condiciones de incertidumbre o complejidad* en las transacciones económicas. Cuando las transacciones se extienden a lo largo del tiempo, el desconocimiento del medio y del mundo en relación con los límites de racionalidad involucra un problema cuando se intenta prever los posibles comportamientos o acontecimientos futuros y tomar decisiones. Como no es posible prever todas las contingencias en el contrato, las preferencias del gobierno no están definidas con precisión y, dada su racionalidad limitada, existen dificultades sobre el control que el gobierno puede imponer sobre las partes y el cumplimiento del objeto del contrato. De modo que, si un proponente que entrega sobornos para ganar la licitación, aumenta el precio o reduce la calidad del objeto del contrato, en la licitación o durante la ejecución, simplemente aumenta la probabilidad de castigo tanto para el funcionario público como para sí mismo, pues las partes involucradas presentan asimetrías de información.

En segundo lugar, la economía neoinstitucional concibe que las personas propenden al *oportunismo*, una forma de orientación del interés propio que contempla la traición³⁰. Dicho comportamiento comprende el robo, la mentira y las formas premeditadas de engaño, tanto de manera activa como pasiva, sea *ex ante* o *ex post*³¹. En ambos casos, el oportunismo implica una

³⁰ Pueden distinguirse tres niveles en la búsqueda del interés propio, la forma fuerte se identifica con el enfoque neoinstitucional, el comportamiento oportunista que implica el engaño y rompimiento de reglas. La forma semifuerte, es decir, la búsqueda sencilla del interés personal sin que medie un comportamiento imputable al incumplimiento de reglas, claramente identificado en la economía neoclásica y, la obediencia, característica de los enfoques utópicos y evolutivos (Williamson O. E., 2013, p. 53-59).

³¹ El oportunismo *ex ante* y *ex post*, con frecuencia se reconocen en la literatura de los seguros, los primeros bajo el nombre de selección adversa, los segundos como riesgo o azar moral. La selección adversa se refiere a la situación en la cual una de las partes del contrato se encuentra menos informada (existe asimetría de información) y no es capaz de distinguir la buena o mala calidad de lo ofrecido por la otra parte o hacerlo le resulta demasiado costoso. El azar moral es la incapacidad de una de las partes de comportarse en una forma plenamente responsable y llevar a cabo

distorsión de la información, que, dada la limitación de las partes para procesar la información o porque esta no es revelada completamente, se elevan los costos de transacción. Bajo estas condiciones, el contrato de la economía clásica se derrumba y surge en la teoría del derecho lo que llama Macneil (1974) una «contracción –neotradicional–» que involucra la resolución de problemas mediante la inclusión de un árbitro o tercero que vigila, controla y dirime problemas antes que acudir ante un juez³².

Como consecuencia de las condiciones que caracterizan el ambiente de las transacciones (factores ambientales como la incertidumbre y complejidad) y el comportamiento de las personas (factores humanos como la racionalidad limitada y el oportunismo), los contratos pueden tener diferentes grados de completitud. Así, un contrato es completo cuando las partes poseen igual información, prevén todas las contingencias futuras y las especifican por escrito en un contrato que es de obligatorio cumplimiento y fácil de imponer por medio de una corte. Cuando estas condiciones no se cumplen, el contrato que se redacta es incompleto.

La redacción del contrato incompleto es la concesión que hacen las partes al reconocer que el objetivo del contrato se puede ver afectado a lo largo del tiempo. Un contrato podría ser realizado a precio alzado suponiendo las eventualidades que puedan derivar, pero cuando la relación se extiende a largo plazo, los supuestos pueden fallar dejando un margen grande de pérdidas. Por ello, las partes pueden encontrar ventajoso renegociar *ex post* el contrato, ya que lo que puede ser eficiente cuando el contrato ha sido firmado puede dejar de serlo cuando se lleva a cabo la ejecución o cuando sobrevengan imprevistos.

acciones que disminuyan su riesgo, en otras palabras, es el comportamiento oportunista de una de las partes en situaciones en que sabe que las consecuencias de sus acciones no son asumidas por él sino por un tercero.

³² Una importante diferencia entre el arbitraje y el litigio (ante un juez) es el hecho de que mientras que se supone la continuidad de la relación entre las partes (por lo menos hasta la terminación del contrato) bajo el arbitraje, esa presunción es mucho más débil cuando se utiliza el litigio, puesto que las relaciones pueden verse fracturas si una disputa llega a los tribunales.

La razón de que existan estos contratos incompletos deriva de diversas fuentes. Por un lado, lo son la asimetría de información entre las partes y los costos de negociación ya mencionados, por otro, la especificidad de los activos, una condición suficiente para que existan altos costos de transacción. Esta última se refiere al «grado en que un activo puede destinarse a usos alternativos y por usuarios alternativos, sin sacrificar el valor productivo» (Williamson O. E., 1996, p. 132). Además, el contrato se hace incompleto por la imposibilidad de que el árbitro pueda verificar muchas de las contingencias que surgen, en especial, cuando se realizan inversiones específicas o la confianza se da por hecho. Pero aún, bajo control estricto de las actividades del contratista a través del árbitro, si el marco institucional proporciona incentivos a este último para comportarse oportunamente, un soborno puede desviar su mirada hacia otros rumbos.

En concreto, en el mundo real en que los contratos se extienden a lo largo del tiempo y pueden involucrar diferentes activos específicos, las partes elaboraran un contrato incompleto en el sentido de que contendrá lagunas u omisiones, pues el Estado no conoce todas las condiciones –sociales, políticas, económicas, ambientales, geológicas o de seguridad- que puedan afectar la realización del objeto contractual. Tiene cierta capacidad para evaluar dichas condiciones mediante la inversión en estudios previos y la planificación, pero esta se halla limitada tanto por la capacidad de los estudios como por la decisión de asignar los recursos necesarios.

Es decir, a lo sumo, «el contrato especificará algunas de las acciones que las partes deben realizar, pero no todas, especificará el conducto a seguir en algunas situaciones, pero no en otras» (Hart, 1996, p. 197). Fruto de ello, podrán surgirán acontecimientos y conductas distintas a las especificadas en el contrato. Por lo cual, las partes pactaran salvaguardas y gastaran recursos en vigilancia y control. Sin embargo, esta será típicamente imperfecta, dando un margen para que el comportamiento oportunista sea exitoso. Dada la falta de claridad sobre las contingencias, las

partes unas veces podrán renegociar, pero otras veces discordar de lo que realmente dice el contrato. Por lo que podrán ocurrir disputas y haber la necesidad de recurrir ante un árbitro que las resuelva o llegado el caso acudir a la corte.

El hecho de que puedan surgir la renegociación en la contratación incompleta es un tema importante. Cuando en el contrato alguna de las partes tiene que realizar una inversión en activos con cierto grado de especificidad, la teoría económica advierte que pueden surgir un poder monopólico de una parte sobre otra (hold up), aun cuando *ex ante* existan condiciones de competencia perfecta. Es decir, a pesar de que la selección del contratista haya pasado por un proceso de licitación con un número grande de proponentes. En efecto, las operaciones de adquisiciones que se realizan a través de un contrato incompleto incentivan la práctica *ex ante* y otorgan un campo fértil para la corrupción, ya que a mayor incompletitud los contratistas pueden actuar con mayor libertad de manera oportunista *ex post* para obtener ganancias ilícitas y recuperar su inversión previa en sobornos. Por otro lado, se prevén discordancias entre las partes que pueden necesitar la resolución ante un juez que dirima el conflicto.

2.4.2.1 La renegociación en el contrato incompleto: espacio para el oportunismo. Cuando el contrato es incompleto, no es posible transferir todos los derechos que puedan existir en una propiedad mediante el contrato, ya que en un mundo donde persiste la incertidumbre y la racionalidad es limitada, los costos de transacción son positivos y los derechos de propiedad nunca se especifican y hacen cumplir a la perfección –excepto cuando se transfiere la propiedad misma-

³³.De modo que, cuando surgen contingencias y las partes se ven obligadas a renegociar, estas

³³ La incompletitud del contrato, además, abre campo a una teoría de derechos de propiedad. Los derechos de propiedad son «derechos que los individuos se apropian sobre su propio trabajo y sobre los bienes y servicios que poseen» (North, 1990, p. 51) en función del sistema institucional (normas legales como las que rigen el contrato, normas organizacionales y códigos de conducta). En concreto, la propiedad de un activo (sea físico o no) se puede entender asociándolo 1) con los derechos de control residuales, es decir, los derechos de usar el activo de cualquier forma excepto cuando se hayan transferido derechos en un contrato específico (Grossman y Hart, 1986); 2) Con el derecho a apropiarse de los retornos del mismo y 3) con el derecho a cambiar su forma o sustancia (transformarlo).

tienen conocimiento distinto de la información. Carentes de claridad sobre la contingencia, tienen ocasión de actuar oportunistamente, porque en el momento de la renegociación ya se ha realizado la inversión específica.

Cuando en el contrato alguna de las partes tiene que realizar una inversión en activos con cierto grado de especificidad, la teoría económica advierte que pueden surgir un poder monopólico de una parte sobre otra (*hold up*), aun cuando *ex ante* existan condiciones de competencia perfecta. Es decir, a pesar de que la selección del contratista haya pasado por un proceso de licitación con un número grande de proponentes. En ese instante propicio se renegocian los costos y beneficios y quien ha realizado la inversión específica se encuentra en una posición negociadora débil, sucede lo que se denomina *hold up* o *problema de retención*. Eso quiere decir que, por ejemplo, la parte contratista se encuentra ante la posibilidad de ser explotada por la contratante.

Sin embargo, como argumentan Maskin y Moore (1999), en la renegociación ningún contrato puede recuperar al contratista más del 50% del beneficio que obtiene la parte contratante. Esta externalidad -además del mencionado *hold up*- puede diluir el incentivo de la parte contratista de realizar la inversión específica. La contratista anticipando la renegociación puede hacer una inversión menor de la esperada (Grossman y Hart, 1986). *Verbi gracia*, en la construcción de un túnel como parte de una concesión de un tramo vial, si se requiere el uso de una maquinaria específica -taladro de perforación-, el contratista puede decidir arrendar la maquinaria. Arrendar la maquinaria puede ser más costoso, pero el temor de incurrir en la inversión específica sin la esperanza de futuros contratos que requieran el activo impide la compra³⁴. Este tipo de comportamientos llevados en distintos casos podrían «causar una división del excedente *ex post*

³⁴ Alternativamente, en vez de permitir al contratista tomar a préstamo la maquinaria, el ente estatal podría proporcionarla. Pero la situación se transformaría en una forma de «tragedia de los comunes», es decir, el activo específico terminaría siendo sobreexplotado por el contratista (concesionario).

que no refleje apropiadamente las decisiones de inversión *ex ante*, de modo que tales decisiones se verían distorsionadas» (Hart, 1996, p. 194)³⁵. El desenlace final es que ambas partes podrían terminar perdiendo.

No obstante, la especificidad no se limita a los activos físicos, es razonable pensar la posibilidad en que la parte contratante se encuentra en la posición negociadora débil. Esto se explica, por ejemplo, de la siguiente manera. Es probable que la parte contratista adquiera información específica de la relación con el contratante, sobre sus preferencias o las circunstancias que se asocian a la obra. Si la parte contratante decidiera dar por terminado el contrato anticipadamente, la nueva contratista enfrentaría dificultades al no contar con la misma información, sería menos efectiva aun cuando lleve a cabo un proceso de adaptación al entorno. En consecuencia, la parte contratista podría explotar oportunamente la ventaja que posee sobre los rivales externos cuando surjan contingencias y se dé la renegociación con la parte contratante *-hold up-*. La parte contratante podría no estar de acuerdo con ceder ante la contratista, pero la opción alternativa de contratar una nueva empresa puede significar un mayor costo.

Sabiendo esto, el proponente puede ofrecer un soborno incluso cuando no tiene excedentes de ganancias por el objeto del contrato. Pues, por ejemplo, *ex ante* puede ofrecer un precio artificialmente bajo y un soborno que le otorguen el contrato y en el futuro comportarse oportunamente (por ejemplo, variando la calidad del bien o servicio pactado) y recuperar como mínimo su inversión incluyendo la de los sobornos pagados mediante beneficios ilícitos *ex post*

³⁵ Por ejemplo, podría pensarse en la concesión para la construcción de una vía. En este caso, el derecho de propiedad no se transfiere completamente, más bien, se otorga el derecho de apropiarse de los retornos del mismo –o de parte de estos-. Es claro que la condición de la corrupción reside en la posibilidad que tiene el depositario de un derecho de propiedad (como el funcionario) de redefinirlo o transferirlo a terceros de modo discrecional, traicionando los intereses del gobierno. Dicha transferencia de los derechos de propiedad, gracias a la existencia de costos de transacción, puede permitir al concesionario, por ejemplo, ocultar información sobre su situación financiera y apropiarse de más recursos de los que le corresponden por motivo del recaudo que realice (que puede ser un peaje).

que puede superar los de arresto adicionales³⁶. Las combinaciones de estrategias en realidad pueden ser diversas y depender del marco de instituciones formales. En consecuencia, las sanciones y penas pueden ser totalmente ineficaces para combatir la corrupción en la medida en que el comportamiento oportunista que realiza el actor corrupto sea con mayor probabilidad exitoso³⁷.

La solución al comportamiento oportunista de una parte sobre la otra (*hold up*) es la redacción de un contrato completo, mediante el diseño de políticas para reducir la imprecisión en las instrucciones de compra entregadas a los funcionarios, reduciendo así los costos de una vigilancia efectiva y aumentando la probabilidad de detección de graves pérdidas de dinero. Pero esta medida no resulta satisfactoria en todos los casos, existen contratos en que todas las contingencias no pueden ser redactadas. Esto lleva a considerar otra alternativa, en lugar de comprar el bien mal definido de la empresa privada, se puede considerar la producción directa del gobierno. En términos técnicos, la teoría sugiere que los altos costos de transacción se administren eligiendo la forma de gobernanza.

Bajo esta estrategia, la entidad estatal ingresará al mercado solo para comprar insumos estandarizados, minimizando así los incentivos para que los empresarios privados paguen sobornos de sus ganancias excedentes. Por supuesto, la corrupción no se limita al comportamiento corrupto y oportunista del contratista, la producción propia puede presentar iguales incentivos. Por lo tanto, antes de que la producción pública pueda justificarse por motivos anticorrupción, debe demostrarse en cada caso particular que:

³⁶Susan Rose Ackerman muestra que el valor del soborno pactado depende del poder de negociación de las partes. Un mayor poder de negociación implica un soborno menor (Rose-Ackerman, 1975). Sin embargo, este también puede ser un porcentaje institucionalizado como respuesta a los límites de tiempo que impone la regulación normativa.

³⁷ Rose-Ackerman (1975) reconoce que las sanciones no pueden considerarse una función del tamaño del soborno ofrecido, ni la probabilidad de condena dependiente de los ingresos. La alternativa es una pena sobre la base de los ingresos recibidos, tanto para el funcionario como para el contratista corrupto. Sin embargo, a mayor incompletitud del contrato y mayor influencia política, los recursos legales se pueden hacer ineficaces.

(a) los empleados de una empresa estatal serían más honestos que sus contrapartes privadas; o (b) las estructuras de incentivos adoptadas para la empresa estatal reducen los beneficios que se obtienen de los sobornos; o (c) la detección de graves pérdidas de dinero en una empresa estatal será más barata que el esfuerzo por detectar los sobornos pagados por vendedores privados a los funcionarios contratantes del gobierno (Rose-Ackerman, 1975, p. 22).

Es decir, el problema consiste en la selección de la estructura de organización óptima de la que deriva el mecanismo que permite el buen desempeño de los contratistas, esta combina el control administrativo y los incentivos. Entonces, la selección requiere un análisis comparativo entre estructuras de organización a través de los costos producción y transacción. Sin embargo, como implícitamente se ha introducido y se verá en el capítulo «la contratación estatal en Colombia: Cambio institucional», el sistema mediante el cual se lleva a cabo la construcción de obras públicas en Colombia no sigue esta lógica de análisis, directamente se escoge la estructura del mercado.

En consecuencia, otra alternativa, dentro de este mismo marco teórico siguiendo a Gorbaneff (2003), puede darse cuando el grado de incertidumbre/complejidad y oportunismo son conocidos y es posible establecer un nivel de completitud óptimo para el contrato. Especificar diferentes arreglos contractuales (tipos de contrato) en función del grado de especificidad de los activos, de la frecuencia de la transacción y de la consideración del grado de incertidumbre o complejidad y el grado de oportunismo puede mejorar su eficiencia y la integridad con que lo hagan las partes refleja su deseo por minimizar los costos económicos asociados con el intercambio contractual³⁸.

2.4.2.2 El litigio del contrato incompleto: pensar en «ganancias» futuras. Acudir a la corte a la que corresponda la jurisdicción puede ser parte de la estrategia de actores corruptos. Si los derechos están definidos a su favor, con suerte tendrá un fallo favorable en términos legales, pero

³⁸ Véase, por ejemplo, el estudio que realizan Crocke y Reynolds (1993) para la contratación que realiza el gobierno de Estados Unidos en la adquisición de motores para aviones militares.

si los derechos no están bien definidos, su intervención puede marcar un precedente legal que permita obtener beneficios futuros. ¿Cuándo se esperaría que las partes de un contrato acudan ante un juez en lugar de renegociar el contrato?

Los primeros trabajos en línea con el enfoque clásico sobre el tema negaron la posibilidad de ir ante un juez cuando las partes actúan racionalmente y poseen información completa, pues las partes evitarían incurrir en los altos costos y riesgos que implica el litigio (Posner R. , 1973, p. 405). Los juicios se explican como resultado de errores en las estrategias, irracionalidades como los prejuicios personales (Bibas, 2004, p. 2463-2547); como resultado de la asimetría de las partes en cuanto a sus percepciones sobre la probabilidad de ganar el juicio (Reinganum y Wilde, 1986, p. 557-566). O cuando una de las partes es demasiado optimista acerca de su caso (Priest y Klein, 1984, p. 49).

Cuando el veredicto del juez se basa en los fallos judiciales antecesores que va acumulando la doctrina y que cambia en la medida en que se agregan nuevos juicios (es el caso de la ley del común anglosajona que se basa originalmente en la elección de árbitros de mutuo acuerdo por personas en conflicto), la decisión se vuelve previsible y permite reducir los costos de transacción de los litigantes que se enfrentan ante un sistema legal con poca incertidumbre entre las partes³⁹. Como menciona Salomón Kalmanovitz, «los individuos evitan las disputas cuando saben que las

³⁹ Cabe hacer una aclaración al respecto de la ley anglosajona en lo que se refiere a la jurisprudencia. En Colombia, no se trata de una jurisprudencia propiamente dicha, sino que se habla de precedentes, que hacen generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos. En efecto, a pesar de que el derecho colombiano no deriva del derecho anglosajón sino del continental, la constitución política de 1991 en su artículo 230 prevé que la labor del juez ya no se restringe a interpretar la ley, sino que también se erige como un órgano que crea derecho por conducto de la jurisprudencia. En el caso de la función administrativa, con los fallos emitidos por la Corte Constitucional y la expedición de leyes, tales como la ley 1395 de 2010 y la ley 1437 de 2012 (código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo) se dictó la obligatoriedad del precedente. Por consiguiente, en ambos casos aplica la reducción de los costos de transacción cuando existe jurisprudencia o precedentes, en el caso de Colombia incluso podría decirse sin tanto esfuerzo en el procesamiento de la información tanto para el veredicto como para el litigante. Sobre el tema puede leerse: (Gutiérrez Torres, 2015, p. 136-160).

van a perder o las emprenden porque pueden prever con un buen grado de certeza el resultado» (Kalmanovitz, 2001, p. 144).

Si se toma la decisión de ir a juicio, antes de acudir ante el juez las partes del contrato (en adelante litigantes) deben gastar recursos costosos preparando el caso para la disputa legal y el hecho de incurrir en costos de preparación del caso no garantiza el éxito. Aun cuando los derechos de propiedad estén bien definidos, la racionalidad limitada de los jueces para interpretar la ley puede provocar errores en el veredicto. En consecuencia, ir a juicio resulta riesgoso a pesar de que los derechos de propiedad estén bien definidos, pero no deja de ser parte de la estrategia.

Sin embargo, como reconocen (McBride, Skaperdas, y Tsai, 2017, p. 151-168) incluso con percepciones correctas y simétricas, las partes aún pueden decidir ir a juicio y hacerlo puede ser óptimo en algunas situaciones. Al ir al juicio, siempre que la resolución de la corte termine en un veredicto que incline los derechos de propiedad hacia su lado, el litigante puede disuadir futuros litigios y acuerdos y sus altos costos asociados al establecer un precedente. En efecto, ir a juicio es óptimo especialmente cuando el derecho de propiedad por el que se acude a la corte es de larga trayectoria, es decir, tiene como resultado la asignación de un flujo de ganancias de largo plazo como sucede en las disputas que involucra derechos de propiedad sobre activos específicos. Por ejemplo, cuando se busca un veredicto sobre el cobro de un peaje a favor de la concesionaria encomendada de una vía, cuando se decide el derecho sobre el uso de una maquinaria específica para la realización de una labor como puede ser una draga o cuando se decide el pago de indemnizaciones.

Como la decisión del juicio se toma sobre la base de pruebas, la recolección de estas es fundamental para la decisión legal, pues la inclinación de la decisión sobre uno de los litigantes se sustenta sobre estas. Inclinarse a favor del contratista depende de la capacidad de los

litigantes para demostrar la «veracidad» de las pruebas aportadas y del criterio del juez. Si los derechos de propiedad no están bien definidos, la incertidumbre propicia diferentes interpretaciones de un mismo texto de la ley. Por lo que los procesos pueden demorar muchos años y los conflictos quedar sin solución. Previendo esto, los litigantes, en este caso la parte contratista, puede verse incentivada a pagar sobornos o acudir a otros mecanismos de presión (amenaza, extorsión) siempre que el sistema judicial esté abierto a ello.

Así, la definición de los derechos de propiedad a través del litigio y el establecimiento de un precedente mediante el fallo o sentencia de la corte puede incentivar el comportamiento oportunista, al ser viable, que la corte defina el derecho de propiedad a su favor –aún sin intentar corromper el ente decisorio-. Por ejemplo, la parte contratista con mayor información que su contraparte –entidad estatal- podría ir a juicio a la espera de errores en el veredicto incurriendo en los costos normales de planeación, preparación del caso, abogados y demás que a la postre pueden ser recuperados mediante el flujo de ganancias que involucra la definición a favor del derecho de propiedad. Situación que se suma a las posibilidades de recuperación de la inversión en sobornos durante la fase inicial del proceso de contratación.

Es por lo expuesto hasta el momento, que la inversión que realiza el corrupto puede ser considerado una inversión cuya recuperación depende del sistema institucional de incentivos y oportunidades formales. Recuperar la inversión depende del margen de posibilidades que otorgue el contrato legal y la capacidad de la justicia para investigar, capturar y sancionar el incumplimiento del contratista, es decir, de instituciones formales. Quiere decir, en el caso específico de los contratos de obra y concesión, del grado de completitud del tipo de contrato, pero también, como se vio, de la asignación de los derechos de propiedad y el sistema de justicia. A modo de resumen, se trata de la ineficiencia del contrato que no encuentra una solución única e

inmediata pues los límites neurofisiológicos frente a la incertidumbre limitan la redacción de las contingencias y cualquier control sobre la realización del objeto contractual. En efecto, en cada etapa del proceso contractual se hayan posibilidades de comportamiento oportunista, su máxima se expresa en la renegociación del contrato y se expande hacia el oportunismo en el litigio. Como resultado, las penas pueden no ser efectivas, pues mayores márgenes de ganancia se traducen en beneficios que pueden superar los costos de ser corrupto.

Sin embargo, derivar el comportamiento corrupto únicamente de la existencia de un campo para recuperar la inversión, es decir de su rentabilidad, trata a las personas como individuos libres de influencia moral, sentimientos más allá del egoísmo, o de la acción de otras personas, como si la decisión se tomara solamente en función del interés monetario. Aunque las instituciones formales contengan fallos, se requiere más que la maximización de la riqueza para cometer un acto corrupto. El contexto social en que se llevan a cabo las transacciones influye de cierta manera. En efecto, la inclusión del costo que pueda aplicar la sociedad se hace relevante⁴⁰. Profundizar en la dinámica de la transacción corrupta bajo el marco expuesto permite avanzar en la inclusión de dicho costo a la vez que se pasa del análisis de la transacción con comportamiento corrupto individual a la conformación de redes de corrupción con prácticas institucionalizadas. De esta manera, la siguiente sección explica cuáles son las condiciones informales que puede dar lugar al comportamiento corrupto.

2.5 La organización de la corrupción

Aunque las personas pueden intentar actuar racionalmente en favor de sus intereses y ser incentivadas por el deseo del dinero para cometer actos corruptos apropiándose de recursos

⁴⁰ Williamson reconoce que los costos de transacción ex post deben ubicarse en un contexto más amplio. Según él, «debe tomarse en cuenta cuando se pasa de una cultura a otra» (Williamson O. E., 2013, p. 33).

ilícitamente o buscando la forma de extraer rentas y, en el proceso, tratar de calcular de ello los costos y beneficios; sus cálculos serán limitados por la capacidad y conocimiento que tengan del mundo real. Además, para lograr convencerse de cometer un acto corrupto, deberán superar ciertos límites morales y encontrar justificación en sentimientos y pasiones individuales⁴¹. Entender que existen restricciones legales que determinan la probabilidad de castigo por parte del sistema de justicia y costos morales que se asemejan a un castigo social, es comprender los límites que imponen las instituciones formales e informales al comportamiento. ¿Qué define que se comporten de manera corrupta y cómo lo hacen? ¿de dónde deriva el comportamiento corrupto y cómo evoluciona de simples transacciones individuales a redes de corrupción? Son preguntas que se intentan responder a lo largo de esta sección.

Para poder entender el funcionamiento desde el enfoque expuesto, tratemos de entender por ahora la corrupción en el sistema contractual público – privado como el acuerdo (escrito o verbal) de mínimo dos contratos, que como se verá, no se limita solo a estos. Uno, el contrato pactado entre las partes corruptas, otro, entre el contratista y el contratante donde las partes pueden ser o no las mismas. Como se pudo ver, del segundo contrato derivan incentivos económicos para realizar el primero, el acuerdo corrupto, incentivos que dependen de un pacto más amplio que define los derechos de propiedad y las elecciones que las personas pueden tomar -reglas de juego-. Mientras el segundo contrato es legal y su cumplimiento puede impugnarse ante una corte: el contrato corrupto, un contrato no deseado que busca incumplir, romper o modificar el contrato legal o las mismas reglas de juego, (i) se desarrolla a la sombra de la ley, (ii) requiere de técnicas persuasivas que impidan ser detectado y, (iii) su cumplimiento depende de la promesa de que se

⁴¹ Una postura contraria puede encontrarse en (Klitgaard, MacLean-Abaroa, y Parris, 2001). Y, en general, en todo trabajo de corrupción que parte del supuesto de agentes racionales.

va a respetar el acuerdo, o como el contrato legal, (iv) del cumplimiento forzado mediante mecanismos de coerción (Bray, 2005).

Una característica del contrato legal es que, al ser transaccional, es decir, que se conforma a través del mercado, el fin último de las partes no será el mismo y podrán surgir diferencias que imposibiliten la cooperación. Al mismo tiempo que el mercado coordina de manera eficaz la forma en que las partes se encuentran, puede producir resultados que no nos gusten. La cooperación es difícil de sostener cuando el juego no se repite (o es final), cuando existen asimetrías de información, o el número de jugadores es muy elevado tal que la coordinación, monitoreo y control se vuelve engorrosa o demasiado cara. Esa es la realidad intrínseca del conjunto de transacciones que se realiza bajo la tipología de contrato de obras y contrato de concesiones, que, como se verá a lo largo de este trabajo, no solo se ajusta a este escenario, sino que cuando involucra comportamientos oportunistas. Así, su situación poco cooperativa parece contraria a la relación del contrato corrupto que resulta lastimosamente exitoso.

Esto supone, que los contratos corruptos exitosos se organizan de forma que logran reducir los costos de transacción y los costos propios de ser corruptos (económicos y morales) a través de ciertas características que permiten la cooperación de las partes. ¿Cómo lo hacen? Esta sección aborda la forma como la corrupción se organiza e ilustra que es precisamente la estructura de las transacciones en función del marco de instituciones formal e informal lo que marca la diferencia entre el nivel de cooperación del contrato legal y el contrato corrupto.

Mientras que en el contrato legal es relativamente fácil de identificar la contraparte, en el contrato corrupto ¿dónde puede encontrarse la contraparte con quien transar? La realidad es que no debería ser fácil, que un acuerdo corrupto llegue a feliz término depende en gran parte de relaciones con personas con poder y/o influencia y de las señales sobre el comportamiento que se

pueda expresar sin ser descubierto a la luz de las instituciones formales. Por esto, lo que podría llamarse mercado de corrupción es en realidad muy limitado (Husted B. W., 1994, p. 19).

Llevar a cabo el contrato corrupto implica elegir una parte viable que realmente pueda influir en la asignación del contrato legal, esté dispuesta a proporcionar el beneficio en detrimento del interés de su empleador (el Estado) y tenga cierta capacidad para realizarlo sin ser detectado. Visto desde otro lado, ¿cómo puede el actor corrupto comunicar su deseo de realizar una transacción? Obviamente no es posible darse a conocer de manera directa. Enviar señales más o menos camufladas sobre su inclinación corrupta mediante una vida ostentosa difícil de explicar con sus ingresos legales puede atraer socios potenciales, pero también organismos de investigación, vigilancia y control⁴². En efecto, se requiere establecer relaciones cooperativas de largo plazo. Este tipo de relaciones han sido estudiadas por biólogos, sociólogos y economistas desde la teoría de juegos que ha ilustrado los problemas de la cooperación y las estrategias específicas que alteran los resultados. Las preguntas cruciales son entonces ¿cómo pueden los corruptos establecer relaciones cooperativas de largo plazo a la sombra del sistema legal? y ¿cuál es la motivación que tienen para hacerlo?

Una primera aproximación sobre la motivación de las relaciones cooperativas proviene de interpretar una teoría socio-biológica que consiste en el denominado «altruismo de parentesco», y la noción relacionada de «aptitud inclusiva» (Hamilton, 1964, p. 1-52)⁴³. La investigación de

⁴² La comunicación indirecta juega un papel muy importante en los acuerdos corruptos. No solo en la medida en que sirve para juntar los intereses de las partes involucradas y en última instancia permite el acuerdo corrupto incluso ante la completa falta de comunicación explícita o, porque permite la comunicación entre las partes a lo largo del acuerdo, sino también porque la forma de comunicación tácita, para usar los términos de Schelling (1960), permite la realización de amenazas.

⁴³ En este instante es preciso hacer una aclaración sobre el uso de la selección natural en los modelos de la socio-biología y psicología que hacen uso de la teoría evolutiva. La selección natural se aplica a cualquier entidad que siga ciertas reglas o principios: la variación fenotípica que implica que los diferentes individuos en una población tienen diferentes morfologías, fisiologías y comportamientos; la aptitud diferencial, cada fenotipo tiene diferente tasa de supervivencia y reproducción en diferentes entornos; la aptitud física debe ser hereditaria: existe una correlación entre los padres y la descendencia en la contribución de cada una de las generaciones futuras. Muchas formas de cultura

Hamilton llevada al caso sugiere que pueden existir relaciones corruptas entre parientes. El individuo (funcionario, político, etc.) decide ser corrupto para favorecer a su familia, su descendencia. Desde esta perspectiva, el acuerdo corrupto requeriría una conducta de «altruismo nepotista» en la medida en que beneficiar a un familiar implica costos –morales y económicos– que pueden ser superiores a los beneficios.

Ante este tipo de conducta la sociedad se puede ver perjudicada, en especial, cuando se ponen personas en cargos que requieren de aptitudes y capacidades que el familiar nombrado puede no suplir. Sin embargo, esta teoría no explica la interacción entre partes que no tienen proximidad genética ¿Por qué se favorece a alguien que no es familiar entregándole un cargo, direccionándole un contrato público, o votando en favor de la asignación de un derecho? Además, aunque favorecer a un familiar es posible, el conflicto de interés es una de las relaciones más controladas. Esta puede ser una razón por la que un mayor número de relaciones contractuales corruptas en la actualidad se llevan a cabo entre partes sin relación de parentesco.

En realidad, no es difícil observar que además de familiares se benefician amigos, fraternidades, hermandades, clubes, compatriotas, miembros de una misma religión, etc. La razón es menos evidente, el reconocimiento del parentesco no se basa solo en que las personas sepan conscientemente que comparten genes con otros, sino más bien de señales ambientales

siguen estos tres principios, tienen diferentes normas y tecnologías culturales, algunas formas contribuyen más a quienes adoptan estas formas y por tanto tienen diferentes tasas de tener copias en generaciones futuras, finalmente, hay un grado de fidelidad de una generación a otra (son en parte heredables).

La aptitud inclusiva consiste en el éxito reproductivo sobre la base de la «aptitud darwiniana», es decir el número de descendientes directos (hijos) y la cantidad de genes propios que trasciende en la generación (hermanos, sobrinos, nietos, primos, etc.). Quiere decir que la unidad de análisis es la relación genética (porcentaje de alelos -formas del gen- idénticos que poseen dos o más individuos). La teoría explica la conducta de la madre e hijo (pues estos comparten 50% de sus alelos en especies diploides -que tienen cada cromosoma dos veces- como la especie humana), la conducta de las obreras de los himenópteros -abejas y hormigas- que cuidan de sus hermanas pequeñas en vez de tener hijos propios porque comparten 75% de los genes al ser especies haplodiploides (los machos son haploides y las hembras diploides) mientras que con sus hijos compartirían solo 50% de genes. En concreto, el comportamiento en el caso de las obreras, favorece a la reina –su hermana o mamá– quien funda una nueva colonia cuando se reproduce, los genes que promueven el auto sacrificio fueron seleccionados porque benefician a copias de sí mismos dentro de la reina.

(probabilísticas) que otros pueden manipular (Lieberman, Tooby, y Cosmides, 2007, p. 727-731). Por lo tanto, las personas también son altruistas frente a parientes «adoptivos» y hacia una variedad de parientes ficticios creados a través de la experiencia vivida con ellos, de mitos de ascendencia o linaje de sangre común y otras ilusiones de parentesco basadas en sentimientos⁴⁴. El altruismo de este tipo puede ser resultado de «complacerse con el placer de los demás». Este motivo fue elocuentemente declarado por Adam Smith, en «La teoría de los sentimientos morales»:

Por más egoísta que se pueda suponer al hombre, existen evidentemente en su naturaleza algunos principios que le hacen interesarse por la suerte de otros, y hacen que la felicidad de éstos le resulte necesaria, aunque no derive de ella nada más que el placer de contemplarla (Smith, 2013, p. 49).

A decir verdad, las condiciones de parentesco o los sentimientos creados hacia personas a través de la experiencia vivida con ellas, pueden ser la razón de algunas situaciones específicas, y un aliciente de confiabilidad en algunas otras para realizar transacciones corruptas que incluyen, además, otras motivaciones psicológicas y económicas más profundas.

En cuanto a razones psicológicas se refiere, para que un acto inmoral se cometa, no hace falta que las personas tengan una conducta psicopática o infractora, aunque con el tiempo, puede convertirse en un hábito establecido de justificación de la culpa que simula una conducta de rompimiento de reglas continuo. Si se supone que las personas no tienen el hábito aún, el

⁴⁴ Esta puede ser una de las motivaciones que explica por qué los empleados realizan actividades que conscientemente saben son contrarias a la ley, incluso cuando no reciben parte de las ganancias que de su acción derive. La amistad entre patrono y empleado, que se desarrolla con mayor facilidad en empresas contratistas con un número reducido de trabajadores, puede llevar a que estos cooperen en la modificación, por ejemplo, de los precios relacionados con la nómina administrativa, los precios reales de materiales o en el ocultamiento de información necesaria para que el contratista pueda actuar oportunistamente sin ser castigado por ello. En empresas con número más grande, el enfoque neoinstitucional explica la sujeción a las normas, objetivos e intereses gerenciales como parte de la cultura organizacional. Sin embargo, a medida que el tamaño de la empresa incrementa, la información relevante a procedimientos corruptos tiende a concentrarse en los altos cargos directivos y las estrategias oportunistas pueden adoptar otras formas y mecanismos.

comportamiento se da porque las personas logran desengancharse momentáneamente de su moralidad (Bandura, 1999, p. 193-209)⁴⁵. Puesto que el juicio moral se encuentra íntimamente relacionado con la percepción subjetiva del hecho mismo, esta desvinculación en el caso de la corrupción es posible a través de algunos de los mecanismos cognitivos sugeridos por Bandura⁴⁶. A saber, (i) la justificación moral, (ii) el uso de eufemismos que maquillan con tono suave los delitos -como decirle mermelada al soborno o favor al acto de financiar una campaña política o de direccionar un proceso de contratación hacia cierto proponente-, (iii) las comparaciones ventajosas, (iv) el desplazamiento de la responsabilidad, (v) la minimización o distorsión de las consecuencias y (vi) la atribución de la culpa⁴⁷. Todos ellos son estrategias que utilizan las personas para reestructurar el valor moral de la corrupción en una situación determinada.

De manera que, el acto de corrupción no puede ser considerado un comportamiento invariable bajo la generalización de la satisfacción del interés propio, sino como el resultado de las variaciones cognitivas, sociales y culturales que contextualizan dicho comportamiento y conforman las percepciones de las personas sobre el sistema económico.

Como la racionalidad es acotada, recuérdese, siempre hay un tiempo y capacidad cerebral limitado, las personas se sirven inicialmente de sencillas reglas generales –heurísticas- para

⁴⁵ Una forma intuitiva de ver esto es actuar como humanos, guiarse por las percepciones y asumir algún grado de culpabilidad en aquellos sindicados de corrupción. Bajo el lente humano no sólo se ve al delincuente que malversa fondos, direcciona contratos, entrega sobornos, compra votos o financia campañas, sino también al padre o abuelo abnegado, al religioso o al caritativo que entrega donaciones de sus propias manos; Todos pueden ser una misma persona. ¿Hace todo esto parte de una estrategia racional para mantener una imagen pulcra? O sencillamente es un humano que no puede desprenderse totalmente de su moralidad.

⁴⁶ Podría pensarse, por ejemplo, en dos circunstancias: en la primera de ellas, se tiene a un proponente de una empresa estable que se le permite obtener un contrato a cambio de un soborno a un funcionario. En la segunda situación, se tiene a un proponente al borde de la quiebra que dejará un elevado número de desempleados si no obtiene el contrato, a este también se le permite obtener un contrato a cambio de un soborno a un funcionario. ¿Son ambos actos corruptos? o ¿lo es solo uno de ellos mientras que el otro es un acto de misericordia recompensado por la víctima? Aunque la respuesta sobre el papel parece fácil y clara, en la vida real las personas tienen dificultades para decidir, sobre todo, cuando entre los posibles involucrados –desempleados- se hallan inmersos familiares o la misma persona.

⁴⁷ Estos eufemismos suelen ser usados también por los medios de comunicación y tienen un efecto que minimiza la percepción de gravedad del problema que las personas conciben. Por ejemplo, llamar carrusel al proceso sistemático de corrupción en la contratación, como si se tratara de un inocente juego de niños.

facilitar la toma de sus decisiones (Tversky y Kahneman, 1974, p. 1124-1131)⁴⁸. Así, cuando una persona se enfrenta al problema de decidir entre denunciar un hecho corrupto o perder interés en este, la maquinaria del pensamiento sigue en gran parte la intuición o el sentimiento⁴⁹. Posteriormente, hace lo mejor que puede hacer con la información limitada que posee sobre el individuo en cuestión y sobre el medio que lo rodea (instituciones)⁵⁰.

Si el individuo tiene una experiencia relevante positiva, por ejemplo, sobre el sistema judicial y la seguridad de que su denuncia no traerá consecuencias sobre su propio bienestar, es probable que la solución intuitiva que le venga a la mente sea la correcta. Cuando el problema tiene mayor dificultad, por ejemplo, decidir si ser corrupto o no, y no se tiene una solución adecuada e inmediata, la intuición dispone todavía de un elemento⁵¹. Una respuesta puede venir rauda a la mente; pero no es una respuesta a la pregunta original, sino a una serie de cuestionamientos del

⁴⁸ Cabe aclarar, de acuerdo con Kahneman y Tversky (1974), que la intuición y el razonamiento son formas alternativas de resolver problemas, que la intuición se asemeja a la percepción, que las personas a veces responden una pregunta difícil respondiéndolo a una pregunta más fácil, de modo que el procesamiento racional es superficial pues se basa en prototipos, ideologías o percepciones. La mayor parte de esto, estaba en la mente de Kahneman y Tversky cuando comenzaron a trabajar en 1969, y en la mente de Herbert Simon desde mucho antes (Kahneman, 2003, p. 1470).

⁴⁹ Un procedimiento análogo se sigue a la decisión de incrementar su consumo o el de su familia con los recursos provenientes de un acto corrupto. Por eso, en el mundo real, una vida de «consumo conspicuo», para emplear el término de Veblen, hace parte de la manifestación que realizan algunos de los actores corruptos, aunque racionalmente no deberían hacerlo para maximizar sus utilidades.

⁵⁰ Como ya es claro, la decisión puede estar fuertemente sesgada por sentimientos cuando se trata de familiares o amigos. Pero incluso, los gustos sobre la apariencia de la persona, su comportamiento o forma de proceder pueden producir alteraciones en la decisión de las personas. La tendencia a gustarnos (o disgustarnos) todo de una persona –incluyendo cosas que no hemos observado– es conocida en la literatura psicológica como «efecto halo» y es responsable de sesgos en las decisiones que adoptan las personas. Si, por ejemplo, se considera que la persona a la que potencialmente podría denunciar por un hecho de corrupción ha llevado a cabo la acción corrupta porque tiene «necesidad», es probable que el juicio se vea nublado.

Una exposición completa sobre el tema de las percepciones y las decisiones puede leerse en Kahneman (2012), quien describe la vida mental con la metáfora de dos agentes, llamados Sistema1 y Sistema2, que producen respectivamente el pensamiento rápido y pensamiento lento. De acuerdo con Kahneman, el pensamiento rápido opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario y tiene dos variantes –el experto y el heurístico–. «Las intuiciones válidas se producen cuando los expertos han aprendido a reconocer elementos familiares en una situación nueva y a actuar de manera adecuada a ella. Los buenos juicios intuitivos vienen a la mente con la misma inmediatez.» (Kahneman, 2012, p. 15). El sistema 1 genera impresiones y sentimientos que son las fuentes principales de las creencias explícitas y las elecciones deliberadas del sistema 2. Este último se centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos.

⁵¹ El problema del desorden político, económico y social es que su prolongación lleva a que se creen respuestas inmediatas ante la decisión de ser corrupto.

ambiente ¿es justo ser correcto? ¿qué gano siendo correcto? y si no soy corrupto ¿alguien más lo será? «Tal es la esencia de la heurística intuitiva: cuando nos vemos ante una cuestión difícil, a menudo respondemos a otra más fácil, por lo general sin advertir la sustitución» (Kahneman, 2012, p. 47)

Sin embargo, aun ante estos cuestionamientos la solución intuitiva y emocional puede fracasar y necesitar de un incentivo adicional que oriente su decisión. La persona recurrirá a buscar una respuesta «racional» bajo sus propios límites, es decir, el conocimiento sobre las consecuencias de aquel comportamiento que adopte (los beneficios y costos), entiéndase, la ganancia monetaria de ser corrupto y su conocimiento subjetivo sobre la probabilidad de ser capturado y sancionado. Todo esto quiere decir que la racionalidad acotada lleva a las personas a un comportamiento «satisfactor» consigo mismo y no propiamente como «maximizador» de ganancias: si una persona adopta un comportamiento corrupto es porque a través de este se satisfacen sus deseos más íntimos⁵².

Diferentes teorías de la psicología y sociología han tratado de explicar el comportamiento corrupto como resultado de variaciones internas y externas, acá solo tomamos en cuenta algunas

⁵² Piénsese por ejemplo en el resentimiento hacia el gobierno o hacia el estado que se puede crear en las personas ante condiciones de desigualdad o injusticia. Piénsese, por ejemplo, en el instinto de superación personal que dadas condiciones de desempleo o informalidad laboral no puede ser satisfecho en un número de personas. Piénsese incluso, la posibilidad en que ser corrupto sea el resultado del miedo por coerción o amenaza. Aunque técnicamente este último caso no se trata de un hecho corrupto, la lógica aplicada es de hecho la misma. La persona que ha sufrido injusticias, que no ha podido alcanzar sus metas porque las condiciones informales o de desempleo en que vive no lo permiten, sencillamente adquieren una percepción negativa del gobierno o el Estado si las condiciones se prolongan. Cuando la persona es en efecto intimidada (sobornada), puede cooperar con quien lo amenaza (soborna), porque haciéndolo cree que encontrará la satisfacción de que aquella situación (condición) finalizará y le permitirá superar la inseguridad (necesidad) o sentir tranquilidad (placer de «hacer justicia» o burlar el sistema que no le brinda las condiciones). Tener éxito inicial puede llevar a la conformación de hábitos en el proceder. No se trata de la mejor elección para la sociedad o el individuo y refleja la percepción que aquel individuo tiene sobre el sistema económico del territorio en que se haya. Al respecto, debe recordarse que la tesis de Herbert Simon dice que los seres humanos solo pueden lograr una racionalidad acotada y como consecuencia de sus limitaciones cognitivas tienden a identificarse con sub-objetivos. Como menciona Fernando Estrada, «La búsqueda y satisfacción, según Simon, son dos conceptos centrales en la teoría de la racionalidad limitada. Quien tiene que tomar una decisión se forma una idea acerca de lo que aspira, y en cuanto lo encuentra, termina la búsqueda.» (Estrada, 2007, p. 187). Se trata de nuevos hábitos mentales establecidos que han sido conformados por su percepción del medio y del mundo que le rodea.

por su congruencia con esta exposición. La conjunción de instintos humanos expresados por Veblen (1971) que se refieren a la supervivencia, el trabajo eficaz, la superación personal y la emulación de las personas, se ven reflejados en, por lo menos, tres de las teorías recogidas por (Ríos, 1999, p. 201-240). A saber, (i) la teoría del control social, (ii) la teoría de la anomia (iii) la teoría del aprendizaje que buscan explicar el comportamiento corrupto.

De acuerdo con estas teorías, el comportamiento corrupto surge cuando (i) se han debilitado los *controles sociales* (internos o externos) que «enmarcan» las personas o a través de los cuales «socializan» con otras personas. Esto sucede principalmente cuando tiene lugar un cambio social rápido que conlleva una ruptura en el orden normativo y socialmente establecido del que derivan normas socioculturales valoradas positivamente como el personalismo, las lealtades a las familias, las tribus o amigos y que conllevan a la desvinculación de otros individuos⁵³.

⁵³ Debe recordarse en este punto el estudio de Weber (2011) en el que se plantea descubrir que elementos de las características confesionales (religiones), influyen en la formación de cierta característica personal –que tiene gran afinidad con el espíritu capitalista- y esta influye a su vez en la elección profesional y en todo modo de conducción de vida (Weber, 2011, p. 77). Como muestra aquel trabajo, el tipo particular de mentalidad económica se relaciona con la racionalidad ascética, afín a los preceptos calvinistas (Weber, 2011, p. 139-210). Esta se origina en un Dios inconmensurable con el mundo, con designios de carácter absoluto e incomprensibles. El creyente protestante –calvinista- no dispone de medio alguno –mágico o sacerdotal- o derivado de sus «buenas acciones» que le permita alterar la voluntad de Dios de manera favorable. El creyente esta solo ante Dios, sin mediadores que le procuren un destino que le salve, su suerte la decide Dios y no puede ser alterada. Dios es un ejemplo de comportamiento humano que hay que replicar en el mundo con conductas cotidianas. La responsabilidad individual lo es todo y se implanta mediante la educación en la culpa. El creyente, en su ansiedad sobre el destino, busca un signo de «predestinación» favorable e intenta encontrarlo entregándose al trabajo en una profesión. De esta manera, el trabajo en el mundo deja de ser algo indiferente (como en el judaísmo) o nocivo (como en el budismo) desde el punto de vista religioso. El éxito en el trabajo es la acreditación de haber sido elegido, el trabajo se convierte en un fin mismo. La conducta ejemplar, la austeridad, el cálculo metódico para organizar la vida y la previsión son fundamentales para el calvinista y procuran la riqueza como manifestación de «la gracia» de Dios. Sin embargo, como manifiesta Weber, el capitalismo solo requirió de la ética protestante en sus inicios porque después «descansa sobre fundamentos mecánicos» (Weber, 2011, p. 248). En otras palabras, porque la ética se seculariza dejando al pasado los fundamentos religiosos y quedando solo la mentalidad de un espíritu capitalista con ideas utilitaristas. Se genera una ética del perfeccionismo humano, del progreso en la vida del individuo quien se propone metas mediante el estudio y el trabajo. La vida en el católico es completamente distinta, el catolicismo excluye al fiel del pensamiento, de la lectura de la biblia. La vida no se organiza racionalmente ni previsivamente porque la iglesia permite la confesión de los fieles, el pecado se paga con arrepentimiento y la salvación siempre es lograda a través de los medios mágicos de que dispone el catolicismo. Prima entonces la relación de subordinación a la iglesia como intermediadora entre el individuo y Dios. La vida es pasiva, depende del milagro, no tiene por qué preocuparse del futuro. El individuo católico, ante la escasa imprevisión, tiene una lógica contraria al ahorro (Weber, 2011, p. 211-250). ¿Cuál es la importancia del estudio de Weber? Que como ha quedado claro en las secciones anteriores, los derechos de propiedad son definidos por personas, la ética presente en las reglas de juego, pueden estar muy influenciada por nociones religiosas que indirectamente o

(ii) En el desorden económico, político, social y cultural la *anomia* se hace presente y devienen condiciones socio-económicas que impiden a algunas personas conseguir lo que desean⁵⁴. Progresivamente, algunas personas recurren a la corrupción porque no encuentran medios legales e institucionalizados para satisfacer sus anhelos, mientras otros grupos diversos de ciudadanos adoptan prácticas desde sus cargos (burocrático o político) para favorecer la imposición de intereses particulares a costa del interés colectivo. El éxito logrado en función de las oportunidades del medio (control social externo) incentiva la emulación de otras personas en su deseo de superación personal y su concepción ya formada de valorar los logros en función de la riqueza alcanzada.

(iii) El comportamiento se expande mediante la interacción transaccional entre el individuo y un grupo de personas (subcultura corrupta) con los cuales se relaciona diariamente. Las personas *aprenden* las prácticas corruptas de un grupo social porque les refuerza o porque obtienen recompensas de ello. La ausencia de una conciencia colectiva capaz de superar los intereses individuales, junto con la anomia de la sociedad frente al fenómeno de la corrupción motivan la tolerancia social hacia la corrupción. En efecto, la práctica con el tiempo se institucionaliza y el egoísmo se exterioriza como la supuesta fuente del comportamiento corrupto.

En consecuencia, lo más evidente y tratado en la literatura como motivo de corrupción ha sido el deseo de maximizar la riqueza porque esto parece ser lo único que se observa en el agregado. De este se puede entresacar algunos apuntes interesantes y al volver a la pregunta ¿cómo puede

directamente mediante presión afectan la decisión de los legisladores. «Si el Estado se define como asociado o defensor de la fé religiosa, su sistema de ley va a reflejar el concepto de justicia de la religión imperante.» (Kalmanovitz, 2001, p. 72).

⁵⁴ De acuerdo con los postulados de esta teoría que propone Durkheim (1971), la conducta corrupta se produce como resultado de (i) la violación de normas debido a inconsistencias y disonancias en el entorno en que viven las personas, (ii) la «tensión» que produce el desorden socio económico en las personas, (iii) la «tensión social» que impide que se adopten correctivos al comportamiento (iv) la asimetría entre objetivos y metas y los medios institucionales legalmente establecidos para alcanzar dichas metas.

explicarse la inclinación a afrontar un riesgo de ser corrupto en favor de los intereses de alguien sin parentesco? Seguir bajo esta línea puede dar una respuesta a la forma como la corrupción se organiza.

De acuerdo con Trivers (1971), el tipo de relaciones sin parentesco (único de la especie humana) puede explicarse como una forma de colaboración asincrónica, «favor se paga con favor» (Trivers, 1971, p. 35-57). Lo interesante acá es el retraso entre la entrega de un favor y la recepción de otro, pues esto limita las posibilidades de detección (por un agente externo) de la transacción que realizan las partes de un acuerdo corrupto. En este tipo de conducta, la selección individual de apariencia altruista hace parte de un esquema de favores que se extiende a lo largo del tiempo. No se trata ya de una conducta típicamente altruista, sino de la reciprocidad o cooperación directa de las partes⁵⁵. Lo que no quiere decir que las personas no sean agradables, tanto en el sentido cotidiano como en el técnico de la teoría de juegos las personas lo son, ya que confieren voluntariamente un gran beneficio a un extraño a un pequeño costo para ellos mismos, porque eso tiene cierta probabilidad de iniciar una relación que trae un beneficio mutuo a largo plazo.

La financiación de una campaña, por ejemplo, puede traer beneficios que no sean remunerados inmediatamente. Desde el favorecimiento en las políticas públicas y el apoyo en la modificación de leyes, normas y procedimientos en favor de los intereses del financiador de manera legal, ilegal

⁵⁵ Los modelos de la evolución de la reciprocidad entre pares de individuos comparten muchas características comunes. Robert Boyd y Peter Richerson las resumen así: «Cada uno supone que hay una población de individuos. Las parejas de individuos se muestrean de esta población e interactúan varias veces. Durante cada interacción, los individuos pueden cooperar (C) o ser defectuosos (D). Los efectos de aptitud incrementales de cada comportamiento definen un dilema de un solo practicante y, por lo tanto, el comportamiento cooperativo es altruista en el sentido de que reduce la aptitud del individuo que realiza el comportamiento cooperativo, pero aumenta la aptitud del otro individuo de la pareja (...). Cada individuo se caracteriza por una estrategia heredada que determina cómo se comportará. Las estrategias pueden ser reglas fijas como, deserción incondicional ("siempre defecto") o contingentes como tit-for-tat ("cooperar durante la primera interacción; luego hacer lo que hizo el otro individuo la última vez") Las dos estrategias de la pareja determinan el efecto de toda la secuencia de interacciones en la condición física de cada miembro de la pareja. Una contribución individual a la siguiente generación es proporcional a su aptitud.» (Boyd y Richerson, 1992, p. 173)

o indeterminada, hasta el ordenamiento a través de la jerarquía a funcionarios de menor rango para el favorecimiento de contratos al financiador. En todo caso, los mecanismos de corrupción o la forma de transferir el pago pueden ser muy variadas, además del dinero que suele ser efectivo, el mecanismo puede materializarse mediante el nombramiento futuro en la empresa del contratista – puerta giratoria- o mediante el nombramiento de familiares o amigos en cargos públicos o privados. También, puede idearse formas sutiles para realizar la transferencia, por ejemplo, un soborno puede entregarse disimuladamente mediante contratos entre empresas diseñadas específicamente para dicha transacción. Sin duda, existe infinidad de posibilidades legales e ilegales de efectuar la corrupción, entre mejor camuflado se encuentre el mecanismo, menor posibilidad de ser descubierto.

Lo anterior, sin embargo, y como todo modelo de teoría de juegos, es muy restrictivo. Solo es posible en la medida en que ciertos mecanismos psicológicos se junten. A saber, que las personas involucradas reconocen a otras personas y han sido tratados por ellas, sienten gratitud hacia aquellos que los han ayudado y recuerdan sus deudas, sienten desprecio hacia quienes los han defraudado y arrepentimiento, dolor y pena hacia quienes han explotado o fallado. Quiere decir en sentido técnico, que cuentan con capacidad para la detección de incumplidores y amplias oportunidades e incentivos del medio para colaborar⁵⁶. Además, para que la reciprocidad directa

⁵⁶ La detección de incumplidores puede partir de una mera sospecha, una característica que en el contrato legal se diluye al tratarse de relaciones más formales que se realizan cada día de forma más impersonal. En cambio, el contrato corrupto al ser relacional, permite que las partes se encuentren cara a cara. Como la información que obtenemos del entorno no proviene sólo de la experiencia directa sino también de mensajes verbales y no verbales procedentes de otras personas, es posible a través de la interacción detectar la mentira en los cambios o señales conductuales. Una rama de la psicología se ha dedicado a estudiar tan interesante capacidad de las personas. Para Zuckerman, DePaulo, y Rosenthal (1981), al mentir, las personas pueden experimentar uno o varios de estos cuatro procesos: (a) activación psicofisiológica (*arousal*) sentimiento excitante, (b) determinadas emociones (como el sentimiento de culpa por mentir o el miedo a ser descubierto), (c) la dificultad cognitiva que entraña inventar una mentira y (d) el desafío de controlar la propia conducta para inhibir posibles señales delatorias de engaño. A su vez, cada uno de estos cuatro procesos daría lugar a ciertas señales conductuales. Así, por ejemplo, el *arousal* incrementaría los movimientos corporales nerviosos, haría que la voz sonara más aguda, etc. Pero que en su mayoría y de forma evidente, se expresa en movimientos faciales visibles o de las denominadas micro-expresiones (Ekman, 1972). Las personas pueden ser capaces de crear cierta duda a través de la mera observación de cambios en la conducta, lo que sin duda marca una diferencia entre la

evolucione hace falta una estrategia «*tit for tat*», en que los participantes de la transacción cooperen inicialmente y luego imiten el comportamiento de su contraparte (Axelrod, 1986). Por tanto, se requiere de una relación cercana en que la transacción tiene que repetirse para que, ante el rompimiento de la confianza por cualquier incumplimiento, el incumplidor pueda ser castigado reteniendo la cooperación futura.

No obstante, la realidad demuestra que no hace falta que la cooperación sea directa. Por el contrario, puede surgir una cooperación indirecta en la que, por ejemplo, un contratista X (proveniente de un territorio A) es favorecido en un territorio B por un funcionario Z que no tiene relación con el contratista y responde al pedido de un individuo Y al que previamente X ha dado algo a cambio, por obvias razones, se entiende que Y también ha dado con anterioridad algo a Z. ¿Qué motiva a cooperar para favorecer a un tercero con quien probablemente no se volverá a encontrar? O visto del otro lado de la hoja, ¿Por qué en muchos casos Z no incumple a Y con devolver el favor luego de un tiempo?

La explicación más sencilla que ofrece la teoría de juegos es que los humanos son criaturas que usan el lenguaje y no requieren discriminar al colaborador del incumplidor únicamente mediante la experiencia personal directa, pueden averiguar la reputación de reciprocidad o explotar e incumplir de su contraparte. A su vez, esto crea incentivos a las partes para que exageren su propia reputación, una forma de hacerlo es comprometiéndose con el altruismo. La cooperación descrita puede darse como resultado de la búsqueda de reputación de los individuos, esencial para futuras transacciones⁵⁷. Como la reciprocidad no es motivada precisamente por un conocimiento infalible y calculado, sino por señales del ambiente, esto significa que las personas pueden otorgar favores

relación que se establece en el contrato legal y la que se establece en el contrato corrupto, en el último, al establecerse relaciones más cercanas, el miedo de ser detectado limita el incumplimiento de lo acordado.

⁵⁷ Algo que en el contrato legal no se suele desarrollar, porque los contratistas se hayan sometidos constantemente a la competencia y su cumplimiento constante no garantizaría directamente la obtención de futuros contratos.

a otras personas con las que nunca volverán a interactuar, siempre que la situación sea representativa de aquellas en las que puedan volver a interactuar con ellas (Delton, Krasnow, Cosmides, y Tooby, 2011, p. 13335-13340).

No hay una sola conducta que cubra todo el fenómeno de corrupción. En ocasiones la gente decide ser corrupto porque quiere ayudar a un familiar o un amigo de quien quizás no reciba nada diferente a un agradecimiento, a veces lo hace porque considera que debe devolver un favor, en otras espera un pago monetario o se apropia de los recursos porque lo justifica en función de lo que otras personas hacen o lo hace porque guarda algún resentimiento. En ocasiones hay inmunidad en los números, ser corrupto en un país, departamento, municipio u organismo en que la mayoría son corruptos reduce las probabilidades de ser observado, denunciado y castigado (la ley y a quien corresponda ejercerla, no puede investigar, castigar o encarcelar a todos). A veces la gente necesita compartir una actividad clandestina, y el resultado depende de si hay castigo por haber descubierto y omitido la denuncia. En ocasiones, la gente desea asociarse con otros que sean más ricos, más poderosos, o mejor en las actividades que requiere para desarrollar sus propios objetivos corruptos. De hecho, una mezcla de estas conductas puede estar inmersa en una sola persona y la razón derivar de alguna colectividad, de causas económicas o ser motivada individualmente. Lo que es claro es que la elección resulta interactiva e interdependiente. La conducta de una persona corrupta influye en la otra, o la gente se interesa por aquel tipo de conducta, o los dos se interesan e influyen mutuamente.

El nombre genérico para las conductas de este tipo es *masa crítica*. Se trata de conductas individuales que conducen a resultados agregados. Los individuos pueden no pretender o conocer la forma como la corrupción perdura en el tiempo, se expande y segrega comportamientos correctos. «Lo que comprenden todos los modelos de masa crítica es cierta actividad que se

sostiene a si misma toda vez que la medida de esa actividad supera un determinado nivel» (Schelling, 1989, p. 89). La actividad, se refiere al simple hecho de estar o no estar en un lugar: si todo el mundo se queda, si la cantidad suficiente de otras personas se queda, y la cantidad total es más que suficiente, todos se quedarán, y todo el mundo se irá si no están presentes los suficientes. Aun mejor, podemos definir la actividad en función de una definición común del lugar. A todas las personas les interesa la razón de «corrupción» y no el número de personas correctas en el lugar en que se encuentran. Así pues, el lugar puede interpretarse como el hecho de pertenecer a un empleo, organización, dependencia, iglesia...o participar en ellos.

Una persona estará en determinado lugar a menos que el porcentaje de personas con clasificación opuesta exceda cierto límite. Las decisiones son individuales pero las consecuencias son agregadas, o podemos descubrir las distribuciones realistas de las personas, pues dependerían del lugar en cuestión. Sin embargo, Schelling (1989) ofrece una forma de considerar el proceso – guardados ciertos los límites- mediante el cual la zona o lugar llega a ocuparse, o sigue ocupada, por corruptos o por correctos, o una mezcla de los dos.

Podemos empezar por suponer, que cada individuo corrupto o correcto tiene su límite (tolerancia de corrupción). Si el límite de una persona es rebasado, se marchará a otro lugar... lugar donde supuestamente predomina su clasificación. La tolerancia es una medida *comparativa* y específica para el lugar. Los corruptos que, en este lugar, parecen ser menos tolerantes hacia los correctos que otros corruptos pueden ser simplemente más tolerantes a las ubicaciones alternativas⁵⁸. Es lógico que como porcentaje del lugar deben sumar al menos 100. También, es evidente que, si nadie puede tolerar razones extremas, una zona ocupada por una sola clasificación

⁵⁸ La tolerancia se define en función del lugar. Un corrupto, por ejemplo, puede ser más tolerante a los correctos en determinado lugar porque dado su poder o la debilidad de las instituciones, tenga mayor grado de libertad de realizar sus actividades ilegales. Un correcto por su parte, puede ser menos tolerante a los corruptos en determinado lugar porque, por ejemplo, las condiciones económicas y sociales del medio en que vive se lo permiten.

continuará ocupada en esas condiciones. Puede haber cierto número de personas de la otra clasificación, que, si se lograra una entrada concertada, se quedarían; Empero, al actuar de manera individual, nadie será el primero.

Se supone que todas las preferencias van en la misma dirección: una persona no necesita estar interesada, pero si lo está, su interés toma la forma de un límite superior a la otra persona de distinta clasificación sin que decida irse del lugar. No existe límite inferior, nadie se irá si el lugar no está totalmente integrado por los de su clasificación, y nadie prefiere la minoría en su clasificación. Los números absolutos de corruptos o correctos no importan, sino las razones. Para poder estudiar la dinámica se supone que la gente puede moverse libremente, irse o regresar del lugar⁵⁹. La gente sale si la razón no se encuentra dentro de su límite, y la gente de fuera entra si considera que satisface sus exigencias. La información es perfecta, todos conocen la razón de la clasificación, sin embargo, no conocen las intenciones de otros y no prevé el cambio⁶⁰. Así mismo, de dos individuos de la misma clasificación, (dos corruptos o dos correctos) insatisfechos, el más descontento se irá primero (el de menos tolerancia). De esta manera, los correctos de la localidad siempre tendrán mayor tolerancia que los de una externa, y lo mismo sucede en relación a los corruptos. Los «datos» son las distribuciones de frecuencia acumulada de «tolerancia» de los miembros de cada clasificación. Acá no se ilustra aquellas distribuciones ni gráficos, interesa considerar los principios que conectan los resultados con las tolerancias, las ocupaciones iniciales y las dinámicas de movimiento que, bajo estas condiciones, Schelling deriva⁶¹.

⁵⁹ Obviamente esto es limitante, las personas pueden decidir incluso no salir porque el costo no sería recuperado al regresar, la estabilidad o la movilidad entre personas puede depender de su propia clasificación.

⁶⁰ Qué si el número es exacto o si racionalmente toma la decisión no debe preocuparnos, la razón puede ser solo una proporción que cada individuo supone precisa y puede ser en alguna medida aproximada cuando se ha permanecido durante cierto tiempo en el lugar, se puede tratar de una proporción intuitiva o puede estar basada en indicadores de percepción.

⁶¹ Para una correcta exposición del modelo y diagramas a los que se hace mención debe verse (Schelling, 1989, p. 130-182). En aquella sección, Schelling aborda la clasificación y la mezcla desde dos ejemplos, la raza y el sexo, la edad y el ingreso. Sin embargo, como el mismo menciona, «El interés principal es la segregación por el “color” en los

Siguiendo a Schelling (1989), consideremos que el total de correctos sea 100, el corrupto promedio aceptará una razón de 1 correcto por corrupto, de manera que 50 entre los 100 corruptos resistirán una razón de 1:0 o más. El más tolerante aceptará que los correctos dupliquen el número de corruptos, una razón de 2:1 y el menos tolerante no se quedará si hay algún correcto. Si los correctos tienen idéntica distribución de tolerancia que los corruptos, pero el número de correctos es la mitad, el diagrama que resulta es de una parábola más pequeña (correctos) que corta a la izquierda de la otra (corruptos). En esta situación, cualquier mezcla tiende hacia la segregación total de la otra clasificación (Schelling, 1989, p. 150). *Hacia que extremo (corruptos o correctos) se moverá, depende de donde comience el proceso y de las velocidades a la que entran los individuos y salen los individuos de cada clasificación.*

(i) Si al principio predomina una de las clasificaciones, se moverá hacia la ocupación total. (ii) Si de entrada uno de los dos se encuentra presente en números complacidos, las velocidades relativas de entrada determinan cual clasificación expulsará a la otra. (iii) Si en principio los dos grupos se encuentran presentes en grandes cantidades, las velocidades de salida relativas determinarán cuál de las dos clasificaciones termine por sentirse complacida y revierta el proceso y se quede en el lugar. En consecuencia, se pueden dar mezclas de las dos clasificaciones. La dificultad radica en que cualquier mezcla de este tipo atrae a los de fuera, a más de uno de los de la clasificación, a los dos, y finalmente a más de uno de los dos (Schelling, 1989, p. 152-153).

El resultado anterior no depende de la reducida cantidad de una clasificación en relación a la otra, un resultado idéntico se da, aunque las cantidades de corruptos y correctos fuera igual, el diagrama sigue siendo de dos parábolas que se cortan la una a la otra, pero esta vez en el centro. Sin embargo, este no es el único resultado posible. Pueden existir otras posibilidades, que ello

Estados Unidos. No obstante, el análisis es tan abstracto que cualquier diferenciación doble podría constituir una interpretación: Blancos y negros, muchachos y muchachas, oficiales y reclutas» (Schelling, 1989, p. 131)

ocurra depende de las formas que se atribuyan a los diagramas de tolerancia y a las dimensiones de las poblaciones correctas y corruptas (Schelling, 1989, p. 154).

Si, por ejemplo, el corrupto promedio tolera 2.5 correctos por corrupto, el más tolerante soporta cinco a uno, el menos tolerante no se queda si hay algún corrupto y, además, el número de corruptos y correctos es igual y estos últimos tienen una distribución de tolerancia idéntica, los diagramas se traducirán en parábolas idénticas. A diferencia de la situación anterior, las parábolas serán más leptocúrticas, la una atravesará a la otra. En este caso, además de la posibilidad en que una de las clasificaciones segrega totalmente a la otra, se puede dar un equilibrio de las mezclas entre corruptos y correctos que se sostenga (Schelling, 1989, p. 155). Empero, *este desaparece cuando el número de correctos excede al de corruptos o viceversa. Si la situación en determinado momento es esa, restringir la entrada de un porcentaje de los de la clasificación con mayor cantidad puede producir un resultado del tipo mixto.*

Lo que hay que recordar es lo que se ha resaltado (cursiva). A saber, las velocidades de entrada y salida de corruptos o correctos de un lugar es lo que importa, la posibilidad de que las personas correctas segreguen a los corruptos depende de la dinámica de movimiento. Lo que determina que el resultado tienda hacia la segregación de una de las clasificaciones (corrupto o correctos) es la forma del diagrama de tolerancia y la dimensión de las poblaciones. En efecto, no se trata solo de que personas corruptas salgan de un lugar (no si esto significa que saldrán algunos corruptos de menor tolerancia e ingresaran otros con mayor tolerancia a las personas correctas), esto estabiliza el proceso y tiende hacia una mezcla de las dos clasificaciones: con los correctos más tolerantes a los corruptos (corruptos por omisión) y los corruptos más tolerantes a los correctos (aquellos con mayor poder, influencia o éxito escondiendo su actividad corrupta). Más bien, de que, a la vez que personas con menor tolerancia a las personas corruptas ingresan, personas con mayor tolerancia a

las personas correctas salgan, eso es lo que hace que el proceso de expansión de la corrupción pueda revertirse.

El hecho de que se pueda una segregación total de personas corruptas o de personas correctas en un lugar, o de que estas puedan permanecer mezcladas, solo nos da una idea de cómo la tolerancia, que puede depender del contexto económico, social y político en que se desarrolle el individuo, lleva a una acción individual, que puede conllevar a su vez, a la conformación de lugares más o menos corruptos sin que estos lo hayan decidido individual o colectivamente. En el tiempo, en el agregado se podría observar distribuciones de lugares con conductas: (i) sin corrupción, aquellos donde los correctos han desplazado a los corruptos o no han permitido su entrada, (ii) donde se de una mezcla de personas «correctas» que toleran la corrupción «corruptas por omisión» y personas corruptas de mayor tolerancia a los correctos, y (iii) lugares corruptos totalmente, donde las personas correctas han sido desplazadas y los corruptos son todos⁶². Las condiciones institucionales que afecten la dinámica de movilidad de personas, serán determinantes de que en cierto momento la situación sea (i) pase a ser (ii) o termine siendo (iii).

Además de las razones de «corrupción» en determinado lugar, Schelling (1989) nos recuerda que a la gente de veras le importan las personas con las que se asocia (Schelling, 1989, p. 180). Les interesa el cargo o las capacidades de otra persona y si ello puede servir a sus intereses personales y reducir el riesgo de ser capturado y castigado. Las personas corruptas también pueden ser segregadas en función de los conocimientos y aptitudes que tenga, porque las transacciones

⁶² Ethan Nadelmann ha distinguido tres tipos de corrupción: individual, organizacional y moral. Entre los corruptos a nivel individual «el menos corrupto se puede describir como un cooperador pasivo, un corrupto moderado es típicamente un facilitador, y el más corrupto es el iniciador. En un extremo dentro de este continuo está el policía honesto que coopera sólo porque él o su familia han sido amenazados. En el otro extremo se encuentra el jefe de la policía, el general o el dictador» (Nadelmann, 1993, p. 267) A nivel organizacional «las redes organizadas de oficiales corruptos de acuerdo a su tamaño, sofisticación y estructura jerárquica. En un extremo de este continuo se encuentra lo que se puede llamar corrupción esporádica, en el medio dos formas de lo que se llamaría corrupción sistémica y en el otro extremo la corrupción institucionalizada» (Nadelmann, 1993, p. 269)

corruptas entrañan riesgos que dependen en gran parte de las personas con que se transa. Las personas con mayores aptitudes y menor probabilidad de ser identificado, capturado y sancionado, se benefician menos al hacer parte de una transacción con individuos de mayor riesgo, el costo de que las cosas salgan mal por acciones indebidas de los menos aptos lo asumen por igual las partes -al menos mientras una institución formal no haga una diferenciación en las penas-. Si ellos lo saben, pueden optar por evitar aquellas transacciones, formar su propia asociación con individuos menos riesgosos, o bien, especializarse en alguna de las labores creando con ello altas barreras de acceso en el sentido de que, por lo menos a partir de cierto nivel, se requerirá un conocimiento específico. De esta manera, la corrupción se dará en diferentes niveles.

A medida que se pasa de un nivel a otro, se requiere realizar inversiones en conocimiento que, en gran parte, son costos hundidos para saber realizar actividades como: (i) el lavado de activos a través de operaciones financieras nacionales y transnacionales (ii) el manejo de artilugios legales oportunistas, (iii) el establecimiento de compañías «fachada» y la colocación de recursos en centros financieros *offshore*, los llamados «paraísos fiscales». «La teoría económica básica sugiere que allí donde haya costos irre recuperables muy probablemente existan economías de escala o alguna forma de sinergia; una vez hecha la inversión, el costo marginal de un acuerdo corrupto adicional es bajo» (Boehm y Lambsdorff, 2009, p. 49). Una vez adquiridos los conocimientos es racional seguir usándolos, por lo que toma partida la posibilidad de que surjan intermediarios especializados en juntar intereses, que hacen de la corrupción su principal ocupación.

El intermediario profesional es una forma muy sutil de que dos partes que desean realizar una transacción corrupta se junten. El mecanismo del intermediario resulta ventajoso, es un profesional que resuelve el problema de conexión entre las partes corruptas, lo que permite el anonimato hasta poco antes de realizado el contrato legal y, en caso de ser descubierto, poder negar la conexión

aludiendo la falta de información sobre la actividad del intermediario. Que existan intermediarios en diferentes países permite que las transacciones corruptas no se limiten territorialmente. No obstante, «los intermediarios pueden ser costosos, engañar sus clientes, firmar contratos no exigibles y hacer que sus clientes sean vulnerables al chantaje» (Bray, 2005, p. 112-137) ¿qué explica que estas relaciones entre corruptos de manera directa o a través de un intermediario se conformen? ¿dónde se encuentran las partes? ¿cómo pueden los corruptos tener cierto nivel de seguridad de que lo pactado se cumplirá?

Dos cuestiones importantes han empezado a tomar vigencia, los grupos de corruptos y los intermediarios. Autores de la teoría de juegos como Bergstrom (2002) que se basan en el enfoque de «selección de grupo» de Williams (1971), explican la cooperación entre las partes de un acuerdo corrupto en un grupo como resultado de la competencia por ser seleccionados como parte de un acuerdo con otro integrante que hace parte de un grupo. En efecto, cooperar beneficia a un individuo del grupo porque confiere una imagen de miembro valioso entre el grupo, la reputación que logre puede favorecer negociaciones posteriormente (Bergstrom, 2002, p. 67-88).

Sin embargo, las condiciones que hacen viable estas posibilidades son igualmente restrictivas. Involucra grupos pequeños de individuos menor a un puñado que estén dispuestos a castigar comportamientos desviados del acuerdo mediante el bloqueo de transacciones futuras. Es decir, a incurrir en un costo personal para penalizar el incumplimiento de otro en favor de un tercero. Esto es bastante interesante, pues plantea dos grandes interrogantes. En primer lugar, ¿qué motiva a incurrir en el costo de castigar el incumplimiento de un tercero? Y, en segundo lugar, ¿cómo puede darse la cooperación corrupta en casos que trascienden las fronteras y evidentemente no parecen grupos pequeños?

Una explicación breve a la primera cuestión puede ser un «castigo altruista fuerte» (Boyd, Gintis, Bowles, y Richerson, 2003, p. 3531-3535), quiere decir, hay personas dispuestas a castigar a quien no se ajusta a las normas de un grupo. Esta disposición ha sido relacionada con normas internalizadas por los individuos que crean una percepción de justicia en el seno del grupo, sobre la base de simulaciones de selección de grupos para mostrar que las normas pro-sociales de comportamiento altruista tienen más probabilidades de evolucionar. Sin embargo, también muestran que pueden surgir normas antisociales pues lo que se configura es simplemente la disposición a penalizar a los tramposos, más allá de ser capaz de detectarlos.

Es decir, se trata de una reacción negativa impulsiva contra la injusticia, que estudios recientes con imágenes del cerebro comprueban como una disposición de las personas (Sanfey , Rilling, Aronson , Nystrom, y Cohen, 2003, p. 1755-1758). Esto genera cierta satisfacción y placer al castigar al incumplidor de normas (de Quervain *et al.*, 2004, p. 1254-1258). Sin embargo, el comportamiento de castigo altruista en el laboratorio no es reproducido de igual forma en la realidad. Entonces, ¿por qué las personas se involucran en un castigo costoso con tanto entusiasmo en el laboratorio? Una respuesta plausible es que «el castigo costoso suele ser la única forma en que pueden manifestar su decepción, y, en cualquier caso, los castigadores están protegidos por el anonimato y las reglas del experimento.» (Guala, 2012, p. 11).

La verdad, es que el modelo descrito de personas dispuesta a castigar en pro del grupo ha enfrentado muchas críticas⁶³. Los escasos ejemplos identificados sugieren más bien que el «castigo altruista», cuando aparece, no implica un gran esfuerzo a nivel individual (Egas y Riedl, 2008).

⁶³ Como modelo teórico, se enfrenta a la posibilidad de que la existencia de individuos aprovechados de segundo orden (Freeriders): individuos que se benefician de la disposición general al castigo altruista: mientras los demás castigan, estos se ahorran el coste del castigo (Guala, 2012, p. 1-59). Pero más importante aún, empíricamente es escasa la evidencia sobre la existencia de personas dispuestas a castigar a todo costo a incumplidores en favor de los intereses del grupo.

De hecho, en el mundo real surgen instituciones especializadas en el castigo que logran coordinar operaciones para castigar, pueden hacer amenazas creíbles y son capaces de reducir los costos (Ostrom, 2000).

En concreto, los acuerdos corruptos se facilitan cuando se realizan con integrantes de un grupo de interés (en términos de la sociología) y su cumplimiento se logra cuando existe conexión con instituciones especializadas en el castigo (bandas criminales, guerrillas, etc.) que tienen capacidad de hacer una amenaza creíble y crean en el seno del grupo un sentimiento de miedo al incumplimiento⁶⁴. Sin embargo, como la racionalidad es limitada, esto puede ser solo una presunción entre los integrantes del grupo, un riesgo que consideran es muy probable pueda afectar su vida y que produce miedo. La decisión intuitiva es entonces cooperar como si existieran tales integrantes. Bien mencionan las investigaciones de Thaler R. H. (2018), que las personas son amantes del riesgo en lo que a las pérdidas se refiere, quiere decir, que consideran arriesgarse a la probabilidad de detección y castigo, antes que denunciar lo que creen es con seguridad más probable: «su muerte, la de un familiar o un amigo». El miedo entonces justifica la decisión de cooperar, mientras la cooperación beneficia la reputación y favorece potenciales negociaciones corruptas.

Generalmente, un grupo de interés se describe como un colectivo que proporciona una relación entre una persona que necesita algo y alguien que puede suministrarlo. Sin embargo, aun esta definición amplia deja de lado la inclusión de los elementos comunes que permiten la conformación de dicha relación y que derivan de la dinámica de movimiento de personas corruptas

⁶⁴ El estudio de los grupos de interés ha sido importante para la sociología en especial por su funcionamiento como sistemas de presión en las decisiones políticas. Los grupos de interés pueden referirse a (a) la existencia de una relación entre personas que comparten un elemento común, (b) conexiones reales con contacto frecuente entre grupos de personas y dentro de ellos, o (c) una persona de contacto con poca interacción directa. Tan vago y multifacético como es el uso del término «grupo de interés» también lo es la interpretación y descripción de sus principios funcionales en la literatura, que van desde (i) intereses/valores compartidos por familiares o amigos (ii) membresías voluntarias de pertenencia a un grupo, (iii) representación de intereses o (iv) vínculos particulares (Solís Delgado, 2017).

y correctas. Pertenecer o haber hecho parte de una misma promoción de estudiantes, de una unidad militar, de un pueblo o incluso de un grupo de adoración religiosa o de alcohólicos anónimos, puede lograr la formación de grupos de interés y de relaciones de amistad duraderas, pero su origen no se limita a esta experiencia. Las personas individualmente pueden organizar la red en que converjan además de actores legales, miembros de organizaciones ilegales que comparten intereses, en este sentido, una red (club) se asocia con otra. La introducción de un miembro adicional se sustenta en la presentación y reputación del mismo. De esta manera, el grupo de interés puede expandir su radio de negociación económica, acción e influencia.

Hacer parte de la red implica entregar regalos o conceder favores en algún momento. Estos regalos como lo ilustran (della Porta y Vannucci, 2005) para el caso de la mafia italiana; o (Schramm y Taube, 2005) para el caso de las redes guanxi chinas: una vez aceptados, «obligan» a la persona involucrada a realizar una acción futura que se definen luego como expresiones de «amistad» y «solidaridad». En términos contractuales se entiende que se lleva a cabo un contrato implícito y relacional a través de una estructura organizativa –grupo de interés- que puede entenderse como una colectividad. Para ilustrar un poco, cabe recordar que algunas de estas colectividades en Colombia han sido documentadas como redes clientelares o brevemente en la expresión del clientelismo⁶⁵.

Definir el grupo de interés como colectividad (club), permite describir el costo incurrido en regalos o favores como una inversión mutua en capital social (en términos sociológicos) que se

⁶⁵ Específicamente a los participantes se les denomina clientes reconocidos como intermediarios, pero también suele expresarse en la jerga común expresiones como «padrino» según el contexto de que se trate. Entre contratistas es común escuchar el término «palanca», para expresar que el contrato al que intentan acceder ha sido favorecido a través de grupos de interés, lo que no implica que de por medio no haya habido una transacción corrupta. Este es solo un ejemplo, en realidad en la contratación estatal los grupos de interés pueden servir a diferentes fines, entre estos: favorecer información, acelerar procesos o servir de intermediarios.

realiza inicialmente⁶⁶. Lo que no quiere decir que el capital social represente los favores, más bien, el sentimiento de simpatía que permite ser aceptado⁶⁷. Estos costos a la larga se convierten en costos irrecuperables (hundidos) y su reserva, acumulación o stock de capital social representa costos fijos para los integrantes del club. Estos costos fijos permiten que los costos variables de negociar y llevar a cabo la transacción dentro del grupo, se vean reducidos hasta el punto de incurrir solo en los costos marginales de encontrar –con menor dificultad progresivamente- la contraparte del acuerdo corrupto de cada negociación posterior.

Que estos costos fijos sean costos irrecuperables quiere decir que, si las personas son racionales, no tendrán relevancia para la «maximización» del bienestar del individuo (integrante del club). De hecho, si asume que tienen racionalidad limitada y se hayan motivados por sentimientos, en ambos casos le lleva en la misma dirección, ya que, este factor supuestamente irrelevante afecta la decisión de continuar o no en el grupo de interés, porque, por ejemplo, la persona siente que se pierde su inversión al salir del grupo. Los integrantes hallan entonces un incentivo psicológico que dicta a continuar y uno económico inherente para maximizar las posibles transacciones, es decir, para hacer uso de su aprendizaje y del club al que pertenecen.

Como sea, cada transacción adicional puede evaluarse solo en términos de sus costos variables (el costo de continuar y el costo de la transacción). Una vez aceptado un integrante en el club, este

⁶⁶ Al respecto del concepto de capital social, Mark Granovetter lo define como la red de relaciones personales que liga a los empresarios- puede permitir la recurrencia al mercado incluso en presencia de transacciones riesgosas, porque ofrece un recurso crucial: la confianza (Granovetter, 1985). Una aproximación más elaborada es desarrollada por Richard Putman, quien planea que el capital social considera «características de la vida social traducidas en la forma de normas de reciprocidad, redes, asociatividad, confianza y compromiso cívico que mejoran la eficacia de la sociedad facilitando la acción coordinada» (Putnam, 1993, p. 46) Cualquier definición que se entienda, importa resaltar que «el capital social y las instituciones no son lo mismo, pero están interrelacionadas, y a mayor confianza en las instituciones mayor será el capital social. Ambas se parecen en el problema de la confianza, aunque para el capital social el problema de la confianza es crítico» (Saiz y Jiménez, 2008, p. 256)

⁶⁷ Una definición más clara en este sentido la expresa Marcelo Siles para quien el capital social son «los sentimientos de simpatía de una persona o grupo de personas hacia otra persona o grupo de personas que pueden producir beneficios potenciales, ventajas y tratamiento preferencial para la otra persona o grupo de personas los cuales van más allá de lo que se puede esperar de una relación de intercambio.» (Siles, 2003, p. 39-48)

garantiza –en cierta medida- la exigibilidad de los derechos de propiedad disponibles en el entorno institucional des-ordenado a través de la interacción con otros miembros del club -que se sienten obligados a devolver un favor-. Por lo tanto, los clubes o grupos de interés reducen los costos de transacción de las actividades corruptas. Esto puede darse incluso en negociaciones entre clubes que solo se relacionen una vez (juegos no iterativos), ya que, de ello depende la reputación del club, pero también, porque estas transacciones únicas están vinculadas a un complejo de negocios repetitivos entre integrantes de los clubes que favorece la cooperación (Axelrod, 1986).

Lo anterior no es una panacea. Parte de los integrantes podrían seguir usando el grupo o club aunque esto implique mayores costos, por ejemplo, porque algunos de sus integrantes hayan sido descubiertos, ya que la continuidad en el grupo se evalúa en función de la sumatoria de inversión en favores pasada y de los beneficios esperados⁶⁸. Que esto suceda, significa que el tamaño del club corrupto incrementará con el tiempo y, una vez que se haya excedido el tamaño óptimo, los costos de informar a los miembros del club sobre las infracciones individuales aumentaran (Carr y Tai Landa, 193, p. 135-156) En consecuencia, sancionar los comportamientos desviados, que depende de la información completa de todos los miembros del club respecto a la confiabilidad de todos los demás, ya no podría garantizarse en todas las circunstancias. Esta situación sería alentadora, ya que podría hacer viable la denuncia de cualquiera de los miembros del club por parte de algunos de sus mismos integrantes que lo consideren valioso (Buchanan, 1965, p. 13-14).

Con un bien público, proporcionado por un sistema legal codificado e institucionalizado, este problema no surge (Buchanan, 1965, p. 1-3). Por el contrario, incluso una expansión del número

⁶⁸ El enfoque económico neoclásico supone que cada transacción adicional es evaluada por los individuos solo en términos de sus costos variables, la inversión pasada es un factor supuestamente irrelevante (FSI). Los individuos no sufren de exceso de confianza, toman decisiones óptimas restringidas presupuestalmente. Sin embargo, la realidad es que las personas tienen sesgos psicológicos que llevan a valorar la inversión pasada. Los humanos se apegan a los denominados «costes hundidos» y ello modifica las decisiones posteriores. Una lectura extendida de los FSI puede encontrarse en (Thaler, 2016).

de «consumidores» de este bien no permitirá, por definición, que surja ninguna rivalidad en el consumo. Los usuarios adicionales reducen los pagos per cápita sin dar lugar a efectos de hacinamiento (Sandler y Tschirhart, 1997, p. 336-338). Puesto que la conformación de una relación de negocios corrupta entre sobornador y sobornado implica que el contrato corrupto no termina con el intercambio y, debido al motivo secreto e ilegal de la transacción, las partes son interdependientes, la inmunidad del club no está garantizada ante posibles comportamientos oportunistas o delatores resentidos. Esto quiere decir que ambas partes poseen información que compromete a su contraparte. En cualquier momento, una de las partes podría denunciar el caso ante instancias legales, además de servir como mecanismo de extorsión a través de amenazas.

En línea con lo planteado, cuando las sanciones penales que pueden enfrentar las partes difieren, la parte con menor pena puede verse beneficiada. Por lo que políticas que promovieran la denuncia y otorgaran beneficios excepcionales a aquellos individuos con información sobre el club pueden resultar plausibles, siempre que los encargados de juzgar y condenar se consideren libre de corrupción o por lo menos, que existan individuos no afectados por las motivaciones hasta ahora descritas: factores económicos que creen necesidad monetaria, resentimiento al sistema legal, miedo de actuar, o desinterés por lo público. En este sentido, el sistema legal formal podría en la situación hipotética ser superior a los clubes y poseer un potencial para desplazar a estos últimos.

No obstante, como recuerda Diego Gambeta en su análisis sobre la mafia siciliana, la acción de la ley es un incentivo para mantener unidades más pequeñas, que son más informales, flexibles y de organización más libre (Gambeta, 2007, p. 54). Además, un mecanismo como este es en esencia imperfecto si los clubes han logrado establecerse a modo de red (diversos grupos pequeños conectados) y a través de esta, han logrado una división del trabajo tal que haya creado mecanismos capaces de reducir los costos de transacción, como el costo de descubrir incumplimientos y de

ocultar las transacciones corruptas al sistema legal. Esta desde el enfoque neoinstitucional se logra cuando se pasa de una red de comunicación de canales múltiples, donde cada uno de los integrantes posee información sobre el actuar de las demás, a una red de rueda o jerarquía simple, en que la información se haya concentrada en ciertos integrantes (Williamson O. E., 1991, p. 60-76).

Piénsese, por ejemplo, en cinco redes aisladas: una de narcotraficantes, una de bandas criminales, una de contratistas del sector público, una de servidores públicos de las IAS (policía, procuraduría, contraloría, fiscalía) y una de Políticos. A la red compuesta únicamente de narcotraficantes, no le es útil alcanzar una estructura en que cada narcotraficante esté conectado a otro, tampoco a un contratista le servirá compartir la información ni con otros contratistas, ni con cada uno de sus empleados. A la red de narcotraficantes, le resultará más útil tener información de, por ejemplo, una red de policías y usar una red de bandas criminales para el micro-tráfico, mientras al contratista le será más útil una red política, una de bandas criminales que genere miedo o de alguna de las IAS que proporcionen información sobre investigaciones.

En general, a las redes ilícitas no les conviene estar aisladas y compartir su información con todos los integrantes del grupo, y usualmente les va mejor si logran estructurarse con otras redes legales o ilegales que proporcionen información relevante para su funcionamiento a la sombra de la ley. Solo las redes criminales que logran este nivel de organización, logran actuar de manera exitosa en el eventual proceso de captura y cooptación al interior del Estado a través del tiempo. Quiere decir, que, en países donde las redes de corrupción alcanzan estas características, el mecanismo que otorga un beneficio excepcional a quien denuncia oportunamente, no logra castigar a las cabezas de la corrupción. Puesto que los integrantes de la red con mayor capacidad y disponibilidad de información, «los peces gordos», no solo pueden ser los primeros en acudir al

mecanismo, sino también los primeros en huir y ocultar la información de sus comportamientos pasados. Por lo que el mecanismo solo funcionará para capturar a aquellos con menor poder⁶⁹.

La reproducción de estas prácticas por parte de grupos con cierta posibilidad de éxito en función de su posición privilegiada en la estructura económica o política, permite la satisfacción de intereses propios en detrimento del resto de la población sin una retribución a la sociedad respecto al beneficio obtenido. Esto es lo que comúnmente se reconoce como una concepción amplia de rentismo. Una concepción que va más allá de la mera búsqueda de rentas económicas. En un sentido amplio significa que la práctica se institucionaliza en el sistema económico, político y social, y que el número de actores que se analizan crece a modo de la estructura de red descrita.

A modo de resumen, debe entenderse que para que las redes de corrupción alcancen estadios avanzados se requiere la conjunción de varias redes criminales en asocio con diferentes tipos de agentes. El surgimiento de redes criminales implica que se han conformado y generalizado ciertas percepciones negativas sobre el funcionamiento del sistema económico. Esto tiene que ver un poco con el deseo de riqueza, pero sobre todo con motivos, pasiones y sentimientos que producen desinterés en lo público, poca credibilidad en las instituciones, tolerancia hacia la corrupción, y sirven de justificación para cometer los actos ilícitos en pro del interés personal que involucra la práctica corrupta. Lo quiere decir, que existen fallos institucionales que generan problemas de eficiencia, falta de cooperación, fracturas en el monitoreo, control y regulación de los casos de corrupción. Por regla general, el riesgo con estos tipos de contratación es que son vulnerables a grupos de presión con prácticas rentistas.

En efecto, la corrupción está relacionada con cierto (des)ordenamiento político, económico, social y cultural. Este (des)ordenamiento sucede principalmente ante una precaria legitimidad

⁶⁹ En efecto, se requiere de una instancia superior, no cooptada, con poder transnacional para aquellos países donde la concentración del poder, la cooptación institucional y el aculturamiento de la práctica se han institucionalizado.

política para trazar pertenencias ideológicas sobre el modelo de sociedad deseable y, por una insuficiente representación democrática del Estado para velar por el cuidado de lo público sobre los intereses privados de grupos poderosos que producen una alta desigualdad en las condiciones de los individuos de la sociedad y la exclusión del sistema político y económico. La siguiente sección se encarga de ello.

3 La corrupción en Colombia

El marco teórico expuesto deriva el comportamiento corrupto del des-orden económico, social y político en las condiciones institucionales que limitan la conducta de las personas. Como es lógico, ni el des-orden ni el comportamiento corrupto son resultado totalmente de los sucesos de este siglo, con cierta facilidad se pueden encontrar ejemplos del comportamiento en el tiempo y algunas pesquisas en la historia económica configuran la herencia y lastre que este ha dejado⁷⁰. Este capítulo se divide en tres secciones. La primera de estas presenta una breve aproximación histórica, esperando sea suficiente para comprender a grandes rasgos la senda de dependencia y evolución del comportamiento corrupto. De esta senda, que ha existido en territorio hispanoamericano desde la época de la conquista y el desarrollo de la colonia (siglos XVI al XIX), se ha heredado una democracia que tambalea por el disenso político y unos fundamentos de los derechos ciudadanos

⁷⁰ Algunos relatos en el mundo muestran la antigüedad del comportamiento corrupto. «La historia del campesino elocuente», un escrito del Imperio Medio Egipcio (dinastía II, 1963 – 1782 a. C.), que describe la forma en que un campesino se dirige ante el Rey para expresar que le han sido arrebatadas sus pertenencias en un viaje que realizaba, muestra la sociedad corrupta en la que vivió inmerso el protagonista. En una situación similar se encontraba Grecia en torno al 700 a.C. como puede leerse en el poema «Los trabajos y los días» escrito por Hesíodo. Ni que decir del imperio romano, fue la corrupción una de las causas de su decaimiento.

y de mercado con fallas cuestionables (North *et al.*, 2002)⁷¹. En Colombia, este escenario ha presentado una configuración singular. Bien menciona Ocampo (2004) que:

No es en los rasgos más “latinoamericanos” sino en algunos más específicamente colombianos –como el impacto del narcotráfico, la geografía abierta y la tradición de fragmentación del poder- donde debemos buscar las causas de los problemas recientes de violencia y gobernabilidad (p. 84).

Las siguientes dos secciones abarcan una breve descripción del panorama actual de la corrupción en Colombia a través de diversos indicadores y los antecedentes recientes de estudio de la corrupción en la contratación pública.

3.1 Recordando la historia, la senda de dependencia: el des-orden político y el comportamiento corrupto

Entre el periodo de dominio del Imperio Español, por un tiempo, hubo un sistema legal que se acataba, pero no se cumplía, en la medida en que el Imperio Español no había establecido una administración centralizada. La codicia y la absoluta carencia de escrúpulos ante el beneficio de la distancia y asilamiento del control de la Corona Española acompañaban aquellos momentos. Era la picardía española encarnada en los súbditos que actuaban de manera corrupta y oportunista⁷². Estos hombres eran:

Descarados, desobedientes frente a la ley y la religión, pero actuando en forma simpática bufonesca; personajes traviosos de mal vivir, no rebeldes del todo, que actuaban sobre todo

⁷¹ De acuerdo con (North *et al.*, 2002), este disenso implica la posibilidad de transgredir aquello que algunos ciudadanos consideran sus derechos fundamentales mientras pueda mantener apoyo suficiente de otros ciudadanos para sobrevivir.

⁷² Cabe aclarar que, en el mundo hispánico, «la corrupción era un conjunto de prácticas o actos por los que un oficio o institución de gobierno, justicia y hacienda se utilizaba para beneficio particular, perjudicando el bien común (los intereses del rey y los vasallos) y transgrediendo los límites tolerados para los sistemas clientelistas.»

cuando el otro no estaba mirando, en las que el engaño entre las personas y frente a la autoridad era mutuo y permanente. El pícaro se vuelve incluso un héroe popular y el engaño y el incumplimiento obtienen amplia aprobación social (Kalmanovitz, 2001, p. 127).

Apropiarse del quinto real, parte del tributo que correspondía a la Corona administrado por las huestes encomenderas, fue con frecuencia un comportamiento entre aquellos personajes⁷³. En otras ocasiones, la extracción de oro en polvo favorecía la evasión de su pago valiéndose del contrabando, tanto de esclavos como de mercancías, que por entonces era elevado (Ocampo Gaviria, 2017, p. 22)⁷⁴. No obstante, esta situación cambió temporal y parcialmente con las reformas borbónicas durante el reinado de Carlos III y la recreación del virreinato. Mediante una administración centralizada que controló más rigurosamente a los súbditos e impuso fuertes tributos, se buscó combatir la evasión fiscal y el contrabando, colocando frente a los cargos a funcionarios más eficientes y mejor pagados, eliminando el nepotismo y reorganizando los estancos (Ocampo Gaviria, 2017, p. 42).

El dominio del Imperio Español luego de las reformas borbónicas se llevó a cabo a través de una división político-administrativa asociada a diferentes fuentes de ingreso, que a lo largo de doscientos años creó toda una estructura territorial de poder político económico y social y diversos mandos burocráticos en las colonias al servicio de la monarquía para administrar los recursos e

⁷³ Al respecto, puede leerse (Bonett, 2019, p. 121-161). Bonett (2019) trata al fascinante personaje de Antonio de Vergara y Azcárate quien fue tesorero de la Casa de Moneda de Santa Fé entre 1637 y 1683 (cerca de 50 años) y la apropiación indebida de los derechos de quintos y señoreaje. Este autor plantea que la corrupción de Vergara y Azcárate se posibilitó por una serie de factores concernientes a la organización institucional en las Indias y a la relación con el monarca y sus derechos. De modo que, la permanencia en un cargo durante mucho tiempo, la discrecionalidad de las instituciones, las redes de patronazgo y la distancia del monarca, crearon las condiciones de posibilidad de prácticas corruptas y de la nula severidad de la justicia. Vergara y Azcárate fue acusado e investigado en reiteradas ocasiones, pero nunca fue condenado gracias a los capitales sociales y económicos que poseyó.

⁷⁴ Según Jose Antonio Ocampo, se sabe que el contrabando era considerable, el cual se hacía a través del río Atrato y los puertos del Pacífico. «Para efectuar sus cálculos, algunos autores han atribuido una cifra hipotética al metal que salía ilegalmente. Humboldt lo apreció en \$300.000 anuales, el Virrey Ezpeleta lo calculaba en una suma no mayor de \$200.000, y William Sharp, en su estudio sobre la rentabilidad de las minas en el Chocó, acepta como realista la hipótesis de que no menos del 50% evadía el impuesto mediante el contrabando y el comercio clandestino» (Ocampo Gaviria, 2017, p. 24).

impartir la justicia. Se trataba de un estado colonial en el que los negocios más rentables de la época eran monopolizados por la Corona española o por la iglesia⁷⁵. La economía del imperio se asemejaba más a los países no desarrollados modernos que a un sistema próspero de mercado. Las instituciones de tipo extractivo aplicadas en las colonias como el monopolio del comercio exterior, la enorme carga impositiva o el sometimiento de la mano de obra conformaron la estructura económica (Kalmanovitz, 2018). El imperio fue gobernado con instituciones destinadas a incrementar los beneficios inmediatos a expensas del crecimiento a largo plazo de las colonias (North *et al.*, 2002)⁷⁶.

Extensiones de tierra sin fin, derechos de propiedad no definidos o endebles legalmente y sistemas de transporte ineficientes sirvieron a los propósitos de la Corona, pero no al desarrollo de las colonias. Fueron las relaciones personales o empresariales con aquellos burócratas las que constituyeron la base del sistema económico, político y social y permitieron en las colonias el acceso a los derechos de propiedad sobre la distribución inicial de las tierras y otros recursos económicos a ciertos grupos corporativos e individuos de acuerdo con criterios de casta⁷⁷. Pero los derechos de propiedad y privilegios solo se sostenían en función de la lealtad, apoyo y proporción de importantes servicios hacia la administración Española y no como un derecho legal y defendible

⁷⁵ Mientras la realeza tenía propiedad sobre el subsuelo, con el que capturaban gran parte de la renta a través de la minería y, los llamados «estancos», como los de aguardiente, tabaco, sal, naipes, y pólvora; la iglesia tenía a cargo la recolección de impuestos eclesiásticos como los diezmos y la provisión de educación y la ayuda social mediante obras de caridad.

⁷⁶ Esta fue una de las razones por las abundantes dotaciones en toda Hispano América no se tradujeron en riqueza en el largo plazo. La Corona española se encontraba constreñida financieramente, forzando numerosas bancarrotas. Esto la condujo a la corona a fijarse en el momento, lo que implicó que muchas decisiones económicas y políticas críticas se hicieron por conveniencia financiera a corto plazo más que para ganar a largo plazo. «El sistema mercantil español se basaba en una racionalidad fiscal cortoplacista. Permitir el libre comercio y un libre desarrollo económico habría podido sabotear el sistema. En un horizonte temporal amplio, el intercambio económico libre habría creado un sistema más rico. Pero a corto plazo, dismantelar las restricciones mercantiles habría significado menos rentas para la corona española.» (North *et al.*, 2002, p.40).

⁷⁷ La división social tenía como criterios el origen espacial del individuo, español o criollo (hijo de españoles nacidos en América), la raza (blanco, indio, negro, mestizo y mulato) y la riqueza. La pertenencia social la determinaba una combinación de los tres criterios, en la parte superior los españoles blancos y ricos, en la parte más baja los negros esclavos.

ante una corte⁷⁸. Con el tiempo, la cooperación de esta forma sería el método de resistir a largo plazo el poder absoluto y opresivo de la Corona Española, a este tipo de relaciones se le conoce como clientelismo tradicional (Dávila y Delgado, 2001, p. 323)

El resultado en el Virreinato de la Nueva Granada fue el florecimiento de una autonomía relativa económico-política de las provincias que, albergaron, una población con marcadas diferencias sociales⁷⁹. La población estuvo caracterizada por «la ausencia de identidad como país, mucho menos como nación, porque sencillamente las diferentes castas sociales sabían que estaban bajo el dominio del imperio español y que la mayoría de ellos no eran españoles» (Hernández Rodríguez, 2014, p. 50). Todo esto dio como resultado la desconfianza entre ciudadanos y entre estos y la autoridad, bajo una estructura que, en consecuencia, creó una amplia diversidad de grupos con poder político, económico y social y propició inevitablemente la violencia.

La insurrección comunera (1780) fue claramente la reacción a esta centralización. Un movimiento que rechazó los impuestos reales y eclesiásticos que lesionaban el escaso patrimonio de los neogranadinos e impedían el crecimiento económico. Como los impuestos eran símbolo del vasallaje, la gesta comunera «no alcanzó a ser un movimiento que enarbolará la gran consigna democrática de aceptar la tributación, estableciendo un nuevo gobierno que incluyera la representación política de los afectados, en un parlamento de ciudadanos iguales al soberano» (Kalmanovitz, 2001, p. 7). No se llegó a compartir un sistema de creencias acerca del papel del gobierno, del Estado, de los privilegios otorgados, y de la ciudadanía necesario para fijar los límites al Estado. Es por esto que, posterior al decaimiento del imperio español, los Estados que surgen

⁷⁸ En contraste, «un sistema de derechos basado en un título legal reforzado por terceras partes neutrales, como las cortes, no hubiera servido a los intereses de la corona a largo plazo. Una vez creados, los poseedores legales de derechos reforzados por un poder judicial independiente no hubieran dependido por mucho tiempo de la corona y este mecanismo no hubiera podido sostener una lealtad a la corona a largo plazo.» (North *et al.*, 2002, p. 37)

⁷⁹ Cartagena de Indias, Santa Fe de Bogotá, Tunja, Villa del Socorro, Santa Fe de Antioquia, Popayán y Pamplona.

de las luchas de independencia colonial, lo hacen en rechazo al fundamento financiero del Estado (Hernández Rodríguez, 2014, p. 51). Como consecuencia, el Estado se torna débil a lo largo de todo el siglo XIX, la disposición a pagar los tributos es reducida y el viejo sistema impulsa nuevos conflictos que los nacientes Estados no son capaces de resolver.

Así, la independencia, de lo que pasaría a llamarse la Gran Colombia, significó un fuerte retroceso económico. Las guerras civiles y los cambios constitucionales durante el periodo que los historiadores denominaron «la patria boba», pero que no corresponde a la estupidez sino a la consecuencia natural de la carencia de experiencia en la toma de decisiones autónomas y de gobierno, sirvieron para frenar el desarrollo económico y profundizar el irrespeto por los derechos de propiedad.

De acuerdo con Douglas North «La ausencia de un acuerdo acerca de los elementos básicos de la estructura política y de la toma de decisiones públicas combinada con la carencia de un sistema de creencias compartido conlleva la ausencia de compromisos creíbles de los nuevos estados» (North *et al.*, 2002, p. 45). En esencia, esto fue lo que sucedió en aquel periodo y no sería la única vez que pasaría. Colombia tuvo 13 constituciones que duraron menos de 10 años en promedio a lo largo del siglo XIX, muestra de la ausencia de consenso sobre los fines legítimos del gobierno y la conformación de los nuevos principios constitucionales⁸⁰. En efecto, la falta de un compromiso creíble del Estado deriva en su incapacidad para hacer cumplir los contratos y proteger las

⁸⁰ En el siglo XIX, se cambió de nombre a la vez que cambiaban sus límites territoriales y su tipo de organización política y económica. Gran Colombia (1819-1831)-centralista-, Nueva Granada (1832-1861)-centralizada, presidencialista-, Confederación Granadina (1862-1863)-federalista-, Estados Unidos de Colombia (1863-1886)-federalista-, República de Colombia (1886 – actual)-presidencialista, desde 1991 descentralizado-.

Comparativamente, debe recordarse que Colombia fue uno de los países más inestables de la órbita hispanoamericana. Para el mismo periodo (1830-1916), Venezuela y Ecuador tuvieron 12 constituciones nacionales nuevas, Bolivia 10, Perú 5, Argentina 1, Chile 1, Uruguay 1, Paraguay 1. Por otra parte, entre 1810 y 1829, Colombia tuvo 4 nuevas constituciones nacionales. Posteriormente a la Constitución de 1811 surgieron constituciones provinciales en Cartagena, Tunja, Antioquia, Mariquita y Neiva y en el lapso de 1853 a 1856, rigieron en Colombia más de sesenta y una (61) constituciones provinciales.

inversiones durante el siglo XIX (Kalmanovitz, 2018, p. 84). Un costo que repercutiría en el largo plazo en el comportamiento de las personas inmersas en un contexto de inestabilidad política que permitiría el otorgamiento de tierras a los individuos ricos y a la iglesia, derechos y privilegios al ejército y una serie de nuevos monopolios.

Aquellos que ostentaban el poder ahora no tenían que preocuparse de los efectos de sus decisiones al imperio español, tampoco tenían que dar cuenta de ello a la corona. Como los derechos de propiedad bajo el sistema imperial se basaban en las relaciones con el gobierno, una vez abajo el Virreinato devino la incertidumbre y la lucha por hacerse con el patrimonio del Estado ahora fragmentado. Los principios del naciente republicanismo y liberal chocaban con el sistema que había proporcionado beneficios basados en relaciones cercanas. La debilidad en los derechos de propiedad (su definición y amplia aceptación) combinada con una elevada relevancia de las decisiones políticas en juego que pusieron en riesgo las corporaciones, la vida de los ciudadanos, su familia y sus fuentes de sostenimiento, generó la búsqueda, disputa y captura de rentas. Es decir, la búsqueda de riqueza no como producto de trabajo o inversión de capital, sino derivada de la administración de la función pública.

En efecto, mientras unos luchaban por proteger y mantener sus derechos establecidos, otros en el poder se oponían a estos grupos, bien por interés personal o bien por imponer sus ideales políticos y deseos económicos. En este ambiente de inestabilidad el mal manejo de los recursos se hace evidente. El incumplimiento de los contratos y la corrupción en las empresas encargadas de la infraestructura del transporte en la primera mitad del siglo XIX, es muestra de aquel desorden e incapacidad institucional de proteger los derechos y fines del Estado⁸¹. Época en que

⁸¹ Pachón y Ramírez (2006) proporcionan una breve ilustración de la evolución de la infraestructura en Colombia y los problemas de incumplimiento en la contratación ante la falta de definición de los derechos de propiedad en los contratos de construcción de ferrocarriles. En aquella época, el sistema de concesiones estructuraba un contrato que otorgaba subsidios globales o por la construcción de kilómetros e importación de insumos libres de aranceles. Como

tempranamente se había consolidado un «sistema bipolar de tipo representativo en un molde perverso de elecciones-violencia-elecciones que dominó todo el siglo XIX y prácticamente la primera mitad del siglo XX» (Palacios, 2012, p. 41). Fue este el efecto más perverso que de no ser por la ausencia de límites creíbles, hubiesen surgido instituciones políticas que hubieran prevenido las continuas Guerras civiles generales en (1839-1841), 1851, 1854, (1860-1862), (1884-1885), 1895 y (1899-1902).

La inercia del sistema de elecciones-guerra-elecciones, llevó a la división de los liberales entre aquellos que apoyaban la guerra armada para resolver el conflicto político (militaristas o liberales radicales) y que siguieron creyendo en la virtud de las armas y, aquellos que habían asimilado la derrota de la Guerra de los Mil Días (civilistas o liberales moderados). En cada una de estas confrontaciones, quedaron, por un lado, señores de la guerra que imponían sus intereses -con frecuencia latifundistas- a la población desprotegida y que negociaban favorablemente con el gobierno central y, por otro lado, pequeñas unidades organizadas en torno a un caudillo, un «hombre fuerte» que proveyera de protección. Tuvo que pasar mucho tiempo hasta que se empezaran a dar importantes tareas de modernización institucional, principalmente durante la segunda mitad del siglo XIX con el establecimiento de la República liberal.

señala María Teresa Ramírez, no se lograba una buena definición de los términos de los contratos y se otorgaban excesivos beneficios a los constructores. El contrato de la construcción del ferrocarril del pacífico resume el problema enfrentado, se inició la construcción en 1872 con una concesión otorgada a una firma norteamericana. Dos años después la construcción se canceló por la falta de progreso. En 1878 se contrató a Francisco Cisneros, este último se retiró en 1882 por dificultades financieras. Luego, el contrato pasó a manos de una compañía belga-francesa en 1889, la cual fracasó por la misma razón. El meollo continuo con una firma norteamericana en 1890 y pasa a manos del Estado en 1897 y en 1905 se incumple nuevamente el contrato por compañías extranjeras. Un último contratista nacional se encarga de la construcción, pero falla en 1919 y se lo cede a la nación, quien termina la construcción con recursos de la indemnización de los Estados Unidos por el pleito de Panamá. El incumplimiento, anudado a malas negociaciones y, como resalta María Teresa Ramírez, las precarias decisiones de inversión «priorizadas» en la construcción de ferrocarriles fueron las principales causantes del lerdo avance en la infraestructura.

La nueva república acometió cambios institucionales de apertura, federalismo fiscal y fomento de la banca privada que tuvieron efectos positivos sobre el crecimiento económico⁸². Pero el largo auge económico propiciado por los liberales radicales desde la segunda mitad del siglo XIX fue cortado hacia 1885 por la reacción del movimiento regenerador (conservadores y liberales moderados) que buscaba la abolición de la constitución liberal de 1863 (Kalmanovitz, 2018, p. 87-103). La cual, había procurado entre otras cosas, el laicismo, la confiscación de bienes de manos muertas en poder de la Iglesia y la educación basada en ciencias⁸³.

En 1886, el objetivo de La Regeneración se había logrado, y con ello la redacción de una nueva constitución con implicaciones profundas para la educación y la formación de creencias compartidas entre los ciudadanos que abarcarían el nuevo siglo. La constitución de 1886 inspirada por el radicalismo hispánico basó la soberanía en la nación unificada por la religión y otorgó mayores derechos a la iglesia católica por medio de la Convención de 1886 sobre Misiones entre la Santa Sede y la República de Colombia. El Estado confirió a la Iglesia católica las funciones de educación de manera descentralizada y la evangelización de los habitantes del país, además del registro de la población y el poder sobre tierras baldías para llevar a cabo el proyecto educativo.

En adelante, la educación debía conducirse de acuerdo con las enseñanzas de la religión católica, provisión que en la práctica podía ser una forma de veto sobre el currículo, sobre textos escolares con contenido científico y hasta sobre el nombramiento de profesores. La población fue

⁸² Salomón Kalmanovitz menciona algunas de estas: (i) reformas colectivas y obsoletas sobre la propiedad de la tierra que impedían su movilidad como el mayorazgo y las manos muertas en poder de la Iglesia, las propiedades comunitarias de los indígenas. (ii) se liquidó el sistema de crédito eclesiástico a favor de la formación de la Banca. (iii) se introdujo el código napoleónico de comercio y el sistema métrico decimal. (iv) se debilitaron los fueros corporativos como los del eclesiástico y militar y se encaminó hacia la igualdad ante la ley. (Kalmanovitz, 2018)

⁸³ Debe recordarse que las constituciones políticas de Colombia desde 1811 hasta antes de 1853, aunque influenciadas por la revolución francesa y los principios separatistas de Estado-religión estadounidenses, dieron primacía absoluta a la religión católica.

dogmatizada en las creencias religiosas y reforzada la esfera de los milagros en la que creía firmemente la inmensa mayoría. El país se consagró anualmente al corazón de Jesús⁸⁴.

No pudo desarrollarse la actitud de que cada individuo podía controlar su vida, si organizaba racionalmente sus esfuerzos hacia determinados fines, a excepción de las capas altas y liberales de la sociedad. Por el contrario, cundió la actitud fatalista sobre la vida. Los logros y la riqueza eran resultados de las conexiones políticas y familiares, del azar y del juego, no del esfuerzo y concentración del individuo en ciertas metas en la vida. En 1870 la tasa de alfabetismo era posiblemente de 4.8% de la población entre las edades de 1-21 años. Se enseñó que cada niño traía su pan o su arepa bajo el brazo y sólo hasta los años 60 de este siglo pudo avanzar una política de educación sobre el control natal para que las mujeres pudieran controlar sus cuerpos y sus vidas (Kalmanovitz, 2001, p. 10).

Entrado el año de 1886, el poder presidencial se mantuvo bajo la consigna del Partido Nacional durante 14 años, pero fue solo durante el periodo de Miguel Antonio Caro (1892-1898) que recayó la labor de aplicar la nueva constitución. Surgieron entonces decretos como la Ley 61 de 1888 «ley de los caballos», que permitía el destierro y confinamiento a quienes afectaran el orden público, esto sirvió de pretexto al gobierno para ir en contra de los opositores y en persecución a la prensa⁸⁵. Todo lo cual, consolidó la «hegemonía conservadora» dejando al liberalismo relegado a cargos

⁸⁴ Según, Cecilia Henríquez, cuando el «Apostolado de la oración» adquiere su personalidad jurídica según decreto firmado por el presidente de la República Carlos Holguín y registra también el nombramiento del doctor Vicente Restrepo (director del Apostolado de la oración y Ministro de Relaciones Exteriores) en 1888, comienza la expansión del culto al Sagrado corazón de Jesús a través de la vinculación de personas de diferentes órdenes religiosas y de la sociedad local. Dicha expansión parte por la consagración de un número elevado de municipios, desde Riohacha hasta Ipiales y Barbacoas; desde Panamá hasta Arauca y desde allí a Mocoa, proceso que abarca toda la geografía nacional y se pone en firme con el acuerdo número 10 de 1892 por el cual se consagra a la ciudad de Bogotá al corazón de Jesús luego de un debate en el que los Liberales trataron de establecer los espacios de acción de la Iglesia y del Estado, pero la controversia se resolvió con la ratificación de las consagraciones referidas. En adelante, se declara la festividad en Colombia (Henríquez de Hernández, 1989, p. 80-88).

⁸⁵ Pero este también sería el principio del fin del movimiento de la regeneración, pues, cuando el presidente Caro intentó imponerle impuestos a las exportaciones del Café en 1895, los terratenientes de Cúcuta, Cundinamarca y Tolima con los cafeteros medianos, comerciantes y banqueros de Antioquia y Caldas, se fueron en su contra de su gobierno.

burocráticos de dirección (ministerios, embajadas, etc.). Como menciona Kalmanovitz, «la regla electoral bajo la cual actuaron los partidos políticos durante la Regeneración fue la mayoritaria o sea “el ganador toma todo”, lo cual dentro de un régimen muy centralizado incitaba al perdedor hacia la sedición» (Kalmanovitz, 2015, p. 3)⁸⁶. Bajo estas reglas, se generaba represión e insurgencia.

Nuevamente, las condiciones para la confrontación estaban dadas. La Guerra de los Mil Días (1898-1903), que devino por la usencia de consenso y la lucha constante por los derechos de propiedad entre conservadores en el poder y liberales ahora fuera, fue financiada con emisión monetaria y sería el cenit del desorden político, económico y social del siglo XIX. Consecuentemente, Colombia arrancó el siglo XX con hiperinflación e inestabilidad política, aislado del mundo como producto de la destrucción de infraestructura durante las guerras civiles y sin su más rica provincia de Panamá, cuyo proceso de independencia tampoco estuvo exento de corrupción⁸⁷. «Solo después de la Guerra de los Mil Días y después de la pérdida de Panamá, los partidos alcanzaron un acuerdo de paz perdurable que permitió que Colombia obtuviera un crecimiento económico notable, ya durante el siglo XX» (Kalmanovitz, 2015, p. 3).

Durante la «hegemonía conservadora», la reconstrucción económica fue rápida, los gobiernos a partir de Rafael Reyes tuvieron la misión de recoger el exceso de circulante. La estabilización monetaria se consiguió poco después del fin de la guerra. En las primeras tres décadas del siglo XX, los conservadores organizaron el Banco Central, la Contraloría General de la República y la

⁸⁶ «Desde la Guerra de los Supremos hasta la Guerra de los Mil Días quien perdía pagaba los costos políticos – destierros, ejecuciones y judicializaciones- y los costos financieros con la expropiación de sus bienes; y quien ganaba obtenía el control político (algunos salieron del juego por quiebra económica, pobreza que le enseñó a muchos hacendados terratenientes, y a la población en general, a no inmiscuirse en política, a tener una actitud desfavorable o independiente a ella.» (Hernández Rodríguez, 2014, p. 64)

⁸⁷ El fenómeno de corrupción entró en escena en el siglo XX con el «affaire» de Panamá. En el que fueron sobornados un buen número de funcionarios por los panameños en apoyo del gobierno norteamericano, con lo cual, finalmente consiguieron su independencia y los estadounidenses su canal. Todo ello ratificado en el tratado «Hay Buneau Varilla».

Superintendencia Bancaria (1923) como organismos de control monetario, fiscal y de supervisión financiera. Además, se creó la Oficina General de Trabajo (1924) encargada de regular las relaciones entre el capital y el trabajo y se abrió paso al Banco Agrícola Hipotecario con el objeto de impulsar la agricultura y servir como instrumento de canalización de crédito para este sector. Se trataba, en efecto, de dar un orden fiscal, monetario y crediticio estable y una mayor intervención del Estado en el ámbito social y laboral. Situación que llevó a que el café se constituyera en el núcleo de la expansión del mercado interno, por el cual, se sustentó la creación de una red de transporte, principalmente ferrocarrilera y carretera, que posteriormente sirvió a la consolidación y auge de la economía cafetera de hacienda con desarrollo exportador exitoso.

Pero aquel éxito de los hacendados, fortalecido por la defensa a la propiedad privada otorgada en la hegemonía conservadora, indujo al campesino a tratar de fortalecer lealtades personales y sociales a través del odio y resentimiento⁸⁸. Este sería en gran parte el motivo para el surgimiento del conflicto agrario profundizado por coyunturas externas como la gran depresión de 1929 y la segunda guerra mundial (1939-1945), época en que la bonanza cafetera se vio interrumpida dando lugar a una severa contracción monetaria y fiscal que se prolongó durante buena parte de la década del treinta. En estos años, que coinciden en el terreno político con la República Liberal, la

⁸⁸ Jose Antonio Ocampo expone el problema agrario de la siguiente manera: «En la década del treinta, los conflictos agrarios en la región siguieron dos patrones diferentes. En aquellas zonas donde los títulos de propiedad estaban firmemente arraigados (Tequendama, por ejemplo), las demandas de los campesinos se orientaron a mejorar las condiciones del contrato de arrendamiento.(...) La exigencia fundamental era la posibilidad de sembrar café en las parcelas cultivadas por ellos, a lo cual se unía obviamente la petición de libertad de venta de los productos y su libre movilidad dentro de la hacienda, el pago de las mejoras y el cambio de la obligación de trabajar en la hacienda por una renta en dinero o en especie. Aunque las demandas estaban lejos de ser radicales, equivalían a exigir el desmantelamiento de la hacienda precapitalista, ya que se buscaba sustituir la relación mixta de arrendamiento y trabajo por una relación pura de arrendamiento de la tierra. En otras zonas (Sumapaz, por ejemplo), donde los títulos de propiedad provenían de adjudicaciones más recientes (segunda mitad del siglo XIX) y donde la evidencia de expansión de la hacienda a costa de tierras del Estado era evidente, la lucha alcanzó mayor grado de radicalismo, ya que los campesinos se declararon colonos de tierras baldías, es decir, desconocieron la propiedad de la tierra. Tanto en uno como en otro caso, es evidente que los campesinos reclamaban el derecho a su independencia, ya fuese en calidad de pequeños arrendatarios o de propietarios, lo que deja ver el fortalecimiento de la economía parcelaria que venía teniendo lugar en esta región del país» (Ocampo Gaviria, 2017, p. 131-132)

economía colombiana experimentó una transformación profunda. Mientras los conservadores en el poder hasta 1930 habían ampliado el Estado a través del endeudamiento y habían defendido la propiedad privada sin importar la tenencia o la extensión, los liberales fueron propensos a intervenir la economía, regular conflictos y cuestionar la ineficiencia de los derechos de propiedad a través del Estado. Tal disparidad agravó el sectarismo partidario y llevó a una nueva guerra civil entre 1948 y 1958.

Los siguientes 16 años de gobierno liberal, conjugaron una serie de intentos de reformas institucionales fallidas para restarle derechos a la Iglesia católica. No obstante, durante este periodo, una expansión de otras sectas (protestantes) provenientes de Estados Unidos y Canadá logró establecerse (López Amaya, 2011, p. 115). Luteranos, metodistas, wesleyanos, asambleas de Dios, iglesias cuadrangulares y misiones pentecostales, se distribuyeron por Boyacá, Santander y la región cafetera (Hamblin, 2003, p. 64). Pero aún con el gobierno nacional en manos del partido liberal, los proyectos para quitarle la administración de cementerios, escuelas, colegios y universidades e imponer tributación a la iglesia católica no dieron fruto. Otras reformas tomaron partida en el periodo liberal.

A saber, en la época de República Liberal (1931-1945), el gobierno de Olaya Herrera (1930-1934), a través de la Ley 83 de 1931, reconoció por primera vez en Colombia el derecho a la huelga, luego del cual la sindicalización avanzó rápidamente. Los movimientos agrarios de Cundinamarca y Tolima lograron articularse además a los nuevos movimientos políticos nacidos en el país desde los años veinte. El partido comunista, la UNIR de Jorge Eliécer Gaitán y el partido liberal participaron activamente en las movilizaciones campesinas de estos departamentos donde ganaron adeptos, dándoles así una dimensión nacional a los conflictos regionales del campo. El gobierno de Olaya, también propició la reforma agraria que se materializó finalmente durante los

años de la «Revolución en Marcha» de López Pumarejo (1935-1938) con la Ley 200 de 1936. La cual, abrió la posibilidad de que arrendatarios y aparceros se declararan propietarios de la tierra siempre que pudieran argumentar la falta de presencia o dominio ajeno, o que reclamaran mejoras a la tierra basándose en la falta de un contrato escrito. «En varias regiones del país los hacendados procedieron a expulsar a los arrendatarios y aparceros y a administrar directamente sus propiedades.» (Ocampo Gaviria, 2017, p. 122). Los derechos de propiedad que resultaron de la apropiación de las tierras públicas, no solo eran extensivos sino difícil de sostener y proteger por los terratenientes y el Estado, lo que propicio el conflicto agrario (Kalmanovitz, 2015, p. 150).

En 1946 los conservadores recuperaron el poder en medio de una creciente violencia política que buscaba poner freno a las reformas sociales iniciadas por los liberales. La segunda república conservadora (1946-1953) redefinió como fomento el Banco de la República que había nacido en 1923, intervino y reguló a través de la inversión en empresas públicas y extendió el proteccionismo de antaño hacia la agricultura y la ganadería, lo que sirvió en el corto plazo para que el país experimenta una segunda bonanza cafetera durante este periodo de tiempo. Sin embargo, estos elementos fueron poco funcionales para el desarrollo económico a largo plazo y deterioró la distribución del ingreso.

La inequidad original fue enfrentada con reformas legales, a las cuales se opuso el partido conservador, y que fueron eventualmente desmontadas, de modo que fue difícil integrar a buena parte de la población a la política y al proceso de desarrollo, lo que a su vez forjó un medio que propicio más el conflicto que la negociación y la cooperación (Kalmanovitz, 2018, p. 220).

Mientras esto sucedía en el ámbito de la política nacional habitual, en lo territorial se expandía la violencia rural por el conflicto agrario. Así, lo que en muchas veredas y pueblos era la

persecución, el odio, la represión, la violencia, la insurgencia y la huida, en la prensa los titulares era el camino a la prosperidad capitalista (Palacios, 2012, p. 46).

En las regiones rurales pronto estallaron violentas luchas entre seguidores de liberales, militares del gobierno y conservadores y propiciaron la movilización de personas del campo hacia áreas aisladas no colonizadas (zonas baldías), cuando no, hacia la ciudad. Hecho que se vio recrudecido con el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán el 9 de abril de 1948 que generó dos efectos conocidos: por un lado, motines espontáneos en un cruento levantamiento popular en la capital, conocido como «el Bogotazo», dando inicio al periodo bélico denominado «La Violencia» y, por otro lado, levantamientos populares de liberales en miles de veredas y centenares de cabeceras municipales en defensa de su «vida, honra y bienes» contra las fuerzas estatales encargadas de protegerlos.

En estas zonas, que coincidían con la clásica región de la encomienda, fue donde se iniciaron las luchas reivindicativas⁸⁹. Estas luchas fueron promovidas por altos líderes políticos, dándose surgimiento a las primeras guerrillas que se disolvieron más tarde con el ataque masivo del ejército en Villarica (Tolima), Riochiquito, el Pato, Guayabero, el Duda y el Ariari, donde se crean las llamadas «repúblicas independientes» bajo influencia del Partido Comunista. El golpe causó el desplazamiento de colonos armados hacia Marquetalia, que más tarde se radicalizaría como un núcleo de la guerrilla (Bloque sur) de las FARC, la cual, surge hacia 1966 y durante la década del noventa se volvería la más activa del país.

Este periodo de violencia, muerte y persecución motivó el golpe de Estado del General Gustavo Rojas Pinilla en 1953, mandato que se convirtió en un tercer partido capaz de desplazar a los dos tradicionales a través del apoyo popular, «una réplica que con apresurada exageración se calificó

⁸⁹ Los Llanos Orientales, bastión de la lucha guerrillera en los primeros años de la década del cincuenta, y en las áreas en donde existían estructuras de producción consolidadas, tanto arcaicas como modernas (la zona azucarera del Valle del Cauca, el Valle del Magdalena entre El Espinal y La Dorada y las zonas campesinas de Nariño y Boyacá)

de tipo peronista de totalitarismo» (Palacios, 2012, p. 51). Hecho, que unido al proyecto de enfriar el periodo conflictivo de «La Violencia», unió a los dirigentes de los partidos liberal y conservador para buscar una solución común a los problemas. El resultado fue un cartel de frente civil que pronto se convirtió en «Frente Nacional» en el cual los partidos monopolizaron el poder y pactaron turnarse la presidencia y burocracia de los diferentes niveles de gobierno en partes iguales hasta 1974.

En aquellos años, el arreglo del Frente Nacional que los partidos tradicionales pactaron desde la capital, despolitizó los partidos y evolucionó hacia un sistema clientelista moderno utilizado para la repartición del botín⁹⁰. El Frente Nacional centralizó el viejo caciquismo sectario, dejando en el manejo político en manos de «gamonales» municipales y provinciales⁹¹. En este sistema, los ciudadanos requieren un intermediario político para poder acceder a los servicios y privilegios estatales y los votos son comprados con dinero o intercambiados con promesas sobre puestos burocráticos, lo que convierte el voto en simple bien de intercambio⁹². Como recuerda Marco

⁹⁰ Cabe aclarar que, el clientelismo es una práctica que favorece la corrupción, si bien no hay que confundir clientelismo con corrupción. En Colombia, se suelen diferenciar tres tipos de clientelismo, el tradicional, el moderno y el de mercado (Dávila y Delgado, 2001, p. 323-327). De acuerdo con estos autores, (i) El tradicional se refiere al tipo de relaciones personales en una sociedad de castas (patrones, gamonales y hacendados) descritas inicialmente en esta sección, propio de una sociedad incipiente, ausente de derechos de propiedad, monopolista y agraria hasta las primeras décadas del siglo XX que abarca desde la colonia hasta el frente nacional. (ii) El clientelismo moderno que se es propiamente el producto del frente nacional, que opera en un ambiente de creación y renovación institucional y relaciona a los políticos con los electores, en favor de representación más regional y departamental que nacional. (iii) El clientelismo de mercado, propio de la actualidad, en el que los políticos son protagonistas y tienen como mecanismo la reforma institucional para aprovechar beneficios particulares de ello o para terceros. «Lo característico de este último tipo de clientelismo es el carácter local y particularista de la representación que ofrece. Su función consiste en distribuir recursos en las localidades, bajo la intermediación de los caciques políticos ligados, a su turno, a los miembros del Congreso nacional. Otra nota característica de esta nueva forma de clientelismo es la importancia del rol jugado, de una parte, por las entidades del Estado en perjuicio de las actuaciones sectario-partidistas y, de otra, por las personalidades políticas y sus movimientos políticos locales, en detrimento de la organización y dirección central del partido» (García Villegas y Revelo Rebolledo, 2010, p. 25)

⁹¹ La expresión *caciquismo sectario* se refiere a la actitud intolerante hacia otros grupos sociales, religiosos o políticos de aquellos caciques que «organizaban a los electores, gestionaban las obras, obtenían recursos externos para las regiones y promovían ideas y gestos de participación popular. Pero, al mismo tiempo, repartían los cargos públicos locales, asignaban los arrendamientos del cobro de impuestos y manejaban las rentas.» (Melo, 1998).

⁹² Un estudio sobre el clientelismo en Colombia puede leerse en el trabajo clásico de (Leal Buitrago y Davila, 1990). En este trabajo los autores sostienen que «a partir del Frente Nacional, el clientelismo se proyectó como la relación política principal para articular el sistema que se reorganizó con el nuevo régimen. Los recursos estatales

palacios, de esta forma «los políticos profesionales pudieron presentarse ante los beneficiarios-electores como los verdaderos dispensadores de cupos de escuelas y colegios oficiales, de derechos de vivienda, dotación de servicios públicos y vacunas.» (Palacios, 2012, p. 51).

Pero a pesar de que los enfrentamientos políticos se apaciguaron, el sistema centralizado elevó el conflicto agrario en un entorno de debilidad estatal. Las guerrillas comunistas actuaron desde la periferia remplazando la presencia del Estado o paralelamente con esta en algunos territorios donde «a pesar del ingenio y la flexibilidad que muestran los arreglos en aquellas economías de frontera, existe un déficit de coerción o autoridad que asegure la interpretación imparcial y el cumplimiento efectivo de los contratos» (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2003, p. 24)⁹³.

En estos territorios la conflictividad, la arbitrariedad y el deseo de hacer justicia por cuenta propia (personalmente o a través de un tercero) surge con regularidad, por eso, son vulnerables a las prácticas de justicia privada a través de lo que Nozick denomina «asociaciones privadas de protección», o sea, agencias que « sólo protegen a quienes pagan por ello, porque carecen del poder monopólico para anunciar que castigarán a quien haga uso de la fuerza sin autorización expresa, lo cual es condición necesaria para la existencia del Estado» (Nozick, 1988, p. 32). En efecto, las guerrillas más tarde se convertirían en negociadoras y garantes de protección de corredores para el narcotráfico y de los laboratorios de droga.

proporcionaron los medios necesarios para mantener esa articulación, y el bipartidismo pasó a ser la fuente exclusiva de conformación de los gobiernos que administran el Estado.» (Leal Buitrago y Davila, 1990, p. 8)

⁹³ Ciertas instituciones son particulares en las economías de frontera para dar claridad y cumplimiento a los contratos en ausencia del Estado. « el “endeude” o anticipo de fondos al colono se garantiza con títulos sobre su tierra; los mineros se turnan para cocinar, pero el cocinero no participa en los hallazgos del día porque no los vio y así se evitan peleas; los vecinos se ayudan en tareas que exigen mucha mano de obra, pero el gorrón se queda sin ayuda; las autoridades decomisan droga al por menor porque pactar sobornos con traficantes dispersos es más difícil que hacerlo con los grandes; a los raspachines se les paga en basuco para atarlos al proveedor; la dama o compañera marital va “miti-miti”, pero la guisa o cocinera va a sueldo fijo» (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2003, p. 24)

Haciendo una gruesa simplificación histórica, puede decirse que la guerrilla comenzó con luchas por la tierra y acabó en una lucha por las bonanzas, primero de recursos naturales y luego del narcotráfico hacia 1980-1990. Durante estos años, la expansión de la guerrilla implicó la práctica recurrente de saquear los pueblos, robar a los comerciantes, asesinar, secuestrar y desplazar sistemáticamente a hacendados, ganaderos, políticos tradicionales y demás actores pudientes. A razón de esto, surgirían grupos de autodefensas⁹⁴ (o paramilitares). En especial en la primera mitad de los ochenta, que en adelante entrarían en competencia junto con nuevas guerrillas, diferenciadas por su origen, estrategias y simpatizantes⁹⁵.

Los efectos de la guerra insurgente y contrainsurgente fueron devastadores, tanto para la población como para la institucionalidad. Ante el evidente terrorismo, puede hablarse que hubo insuficiencia de Estado puesto que no garantizó la seguridad ni un sistema de justicia que afirmaran y legitimaran los derechos de propiedad y las inversiones de capital. El tamaño del Estado, como afirma Salomón Kalmanovitz, «se situó por debajo del 10% del PIB hasta la última década del siglo XX» (Kalmanovitz, 2015, p. 8). En efecto, el Estado fue pequeño, algo que se hizo aún más evidente a fines del siglo XX con el terrorismo desatado por los carteles del narcotráfico.

⁹⁴ La organización fue una iniciativa de Pablo Emilio Guarín, Carlos Loaiza, Luis Suárez y Gonzalo de Jesús Pérez. Se trataba de un puñado de hacendados aglutinados a través de la Asociación de Ganaderos y Agricultores del Magdalena Medio (Grupo de Memoria Histórica, 2011, p. 48).

Las llamadas autodefensas (Autodefensas Unidas de Colombia) tenían como soporte legal la Ley 48 de 1968, que convirtió en legislación permanente el decreto 3398 de 1965 dictado para el uso del llamado «Estado de sitio» y que permitía la vinculación de civiles a tareas de defensa nacional y conservación de instituciones. De acuerdo con la Ley, todos los colombianos que no prestaran servicio militar, podían ser utilizados para realizar actividades y trabajos en pro de contribuir al restablecimiento de la normalidad. Las normas en mención permanecieron hasta su suspensión en 1989 con la sentencia 022 de la C.S del 25 de mayo. Por esta razón, los integrantes y algunos autores las definen como autodefensas, más no como paramilitares, porque el termino autodefensas apunta a un fenómeno espontáneo de autoprotección ciudadana ante la ausencia de Estado, mientras el segundo sugiere un cuerpo de combate paralelo a la Fuerzas Militares en asocio con agentes del Estado. Pero a partir de la década del ochenta, sí que puede llamarse paramilitares, porque es la extensión de los ejércitos privados que necesariamente tienen las industrias ilegales (narcotráfico, minería ilegal, etc.)

⁹⁵ Tradicionalmente se identifica el surgimiento de los paramilitares con la conformación del movimiento muerte a secuestradores (MAS) en 1982, como respuesta al secuestro de una hermana del Clan de los Ochoa.

A mediados de 1980 los factores perfectos para el despegue de la economía de la droga se habían dado, la geografía del país, la poca presencia del Estado y el entrecruce de cuatro estructuras coloniales (latifundio, clientelismo, contrabando y colonización interior) no solucionadas a lo largo de la historia contribuyeron al conocido éxito mundial del narcotráfico y sirvieron para la subsistencia de los grupos guerrilleros (Thoumi, 1999, p. 11-33). Colombia fue conocida entonces, además de las esmeraldas y el café, por el conflicto armado y la cocaína.

La relación entre grupos armados ilegales, principalmente paramilitares, narcotráfico y corrupción se torna más estrecha cuando entre 1984 y 1985, los paramilitares sufrieron una profunda crisis económica, situación resuelta con el apoyo de los narcotraficantes, quienes a cambio le pidieron la vigilancia a cultivos y operaciones de la producción de droga (Grupo de Memoria Histórica, 2011, p. 139-146). Con esas nuevas relaciones, los paramilitares entraron de lleno en el negocio de la vigilancia y protección y se convirtieron en un importante distribuidor de servicios públicos (algunos que el estado no estaba en capacidad de asumir) llegando a controlar la vida privada y pública e inmovilizar las instituciones estatales en aquellas regiones y localidades poco pobladas o con poca presencia del Estado, en que, además, era propicia la manufactura y contrabando de droga ilícita. Como menciona Thoumi (1999):

En ese tipo de regiones los laboratorios, aeropuertos clandestinos y sitios para almacenar la droga son relativamente difíciles de detectar. Además, los representantes del gobierno central o local en esas zonas son extremadamente vulnerables a la intimidación y al soborno. En términos de la tipología desarrollada por Nadelmann (1993), en estas zonas se desarrollaron "conos" de corrupción sistémica organizada. (p. 24)⁹⁶.

⁹⁶ Al respecto de esta clasificación, véase la nota de pie número 90 de este trabajo.

Si bien, en Colombia el desarrollo de la manufactura y contrabando de drogas ilegales generó «conos» de corrupción sistémica organizada a nivel local o regional, la estructura criminal no se queda ahí. La corrupción se ha llevado al extremo de la institucionalización a través del comportamiento de los narcotraficantes. En efecto, los grandes dividendos ilícitos producto de la droga, hacen que los traficantes compren apoyo político de alto nivel para lavar el dinero dentro de la economía.

Los carteles de la droga requieren solamente de redes de soporte local que les permitan cultivar coca y amapola, manufacturar y exportar las drogas. Sin embargo, cuando se llega al lavado de dinero, esos carteles necesitan a menudo el beneplácito de funcionarios de alto rango del gobierno central. Éste les da protección contra la ley. La razón por la cual los carteles de la droga han recurrido a la corrupción de altos funcionarios del gobierno central tiene que ver con la modesta capacidad de la economía colombiana para absorber y esconder fondos ilícitos (Thoumi, 1998, p. 95).

Así, los vínculos de las redes locales y regionales rurales establecidas entre narcotraficantes y paramilitares se extienden hacia la estructura social urbana nacional, a esto es lo que comúnmente se ha denominado fenómeno mafioso, que en Colombia «adquiere una característica de red por la estructura que vincula el centro, que es el santuario rural desde donde se posee el control real, con los nodos, que son las células operativas encargadas de regular las transacciones en la sociedad.» (Duncan, 2005, p. 26).

Cabe recordar que, desde la década del ochenta con el auge del cartel de Medellín, la debilidad estatal y la falta de identidad nacional, el entorno se percibió como una sociedad en la que roscas o grupos de tipo mafioso controlaron los negocios y el poder político. Las historias de sobornos que le permitían a los narcotraficantes colombianos actuar con cierta facilidad frente a las

restricciones policivas, sociales y políticas se volvieron comunes. Desde ser un capo reconocido mundialmente en tráfico de droga por haber abarcado toda la cadena de producción de cocaína y ser capaz de sobornar, intimidar y victimizar a números funcionarios públicos, agentes políticos y privados, y hasta declarar la guerra directa contra el Estado, es bien conocida la historia de impunidad con la que actuó Pablo Escobar en Colombia hasta su muerte en 1993. Un legado que sin duda marcó la cultura de la sociedad. Dentro de este contexto, para ascender socialmente es necesario ser aceptado dentro de dichos grupos, los instintos de superación personal y la búsqueda de oportunidades generaron una cultura de criminalidad ante la acción del narcotráfico de armar y financiar una generación de jóvenes de los barrios marginales sin mayores perspectivas laborales (Thoumi, 1999, p. 24).

Además, la influencia del narcotráfico no solo afectó la cultura desde abajo, sino también hacia el centro de los más altos mandos burocráticos y empresarios, en especial, la forma de hacer negocios e influir en las decisiones políticas. En efecto, los grandes excedentes del narcotráfico permitieron crear nuevas conexiones entre agentes legales e ilegales. Estas pueden darse de diversas formas, desde el soborno a funcionarios simple, hasta la sistémica dirigida a empresarios, funcionarios, y políticos influyentes en la creación de instituciones que permitan un ambiente tranquilo para el narcotráfico o en el suministro de información oportuna sobre posibles investigaciones en su contra.

Ante este contexto, a principios de los años noventa el país se embarcó en una serie de transformaciones estructurales en lo político y lo económico a través de un proceso de descentralización, que buscaba entre otras cosas democratizar los procesos electorales y hacer más difícil la compra de votos. Sin embargo, los esfuerzos encarecieron mucho las elecciones y aumentaron la dependencia de los políticos de quienes pudieran financiarlos, entre ellos los

narcotraficantes. De acuerdo con Francisco Thoumi, cuatro cambios importantes contribuyeron al aumento en costos:

«i. El establecimiento de una segunda vuelta en la elección presidencial si ningún candidato obtiene una mayoría en la primera ronda. ii. Circunscripción nacional y no departamental de senadores para permitir la representación de los partidos más pequeños en el Congreso. iii. Bajo el antiguo sistema el nombre del candidato era escrito en un trozo de papel que se metía en un sobre que se introducía en la urna. Este sistema facilitaba la compra de votos ya que el comprador entregaba el sobre y veía cuando se lo depositaba en la urna. En el nuevo sistema, los jurados electorales entregan al votante un "tarjetón" que contiene los nombres de todos los candidatos entre quienes el votante debe decidir en privado. iv. El nuevo sistema permite la publicidad política pagada en los medios de comunicación más importante» (Thoumi, 1999, p. 29).

También, se estableció la elección popular de alcaldes y gobernadores para los municipios y departamentos y, con la Constitución de 1991, se profundizaron las competencias y el poder político de las regiones, al delegarles la ejecución del gasto social a través de transferencias. Lo anterior, aun sin contar con mecanismos de control adecuados. Por ello, «ante la falta de incentivos y sistemas de información para garantizar una ejecución eficiente del gasto social, muchos mandatarios locales desviaron recursos a la financiación de sus campañas políticas y/o a su fortuna personal» (Duncan, 2005, p. 13).

Consecuentemente, dadas las condiciones socioeconómicas descritas en extenso, la última década del siglo XX arranco con dos culturas entrelazadas, una cultura clientelista y una cultura mafiosa que alcanzó desde la base de la sociedad hasta la cúspide de la misma. Como destacan Mauricio García y Javier Revelo, en la sociedad actual:

Para las personas involucradas en entornos clientelistas, las reglas sociales que regulan el intercambio de favores, la fuerza de las lealtades, las obligaciones recíprocas, las alianzas, etc., son reglas, por lo general, más poderosas y con mayor capacidad para determinar los comportamientos que las normas formales del derecho (García Villegas y Revelo, 2010, p. 30).

Por otra parte, la cultura mafiosa se trata de una cultura que encuentra en el sistema legal un recurso de poder adicional, que lo exime del cumplimiento de la ley. Así lo expresa Fernando Cepeda Ulloa:

Su principal recurso de poder es el dinero. Y el dinero en cantidades colosales. El dinero utilizado sin límites de ningún orden. Como se trata de dinero fácil se gasta fácilmente. Y en su utilización parten de una premisa: que todo y todos tienen un precio, lo que varía es el tamaño del precio. Con ese supuesto, estiman que todo es posible, que no existen obstáculos, que no hay barreras, que no hay límites. Ello quiere decir que todo lo que se interponga en su camino, que todo lo que afecte sus intereses, puede ser removido. En esencia, el imperio de la ley tendría un precio y una vez pagado desaparecería como límite. El uso del dinero, –así piensan los barones de la droga– los exime del cumplimiento de la ley en cualquiera de sus manifestaciones. Lo cual no quiere decir que en ocasiones el dinero no se utilice para poner la ley de su lado. En esencia el dinero les permite prescindir de las leyes que los molestan y hacer máxima utilización de aquellas normas que los favorecen (Cepeda F. , 2011, p. 43).

La conjunción de estas dos es lo que García (2009) ha denominado «cultura del incumplimiento de reglas», que como se ha visto, proviene de la colonia española y se acentúa ante el contexto socioeconómico propio del país. En esta cultura, se desprecia la ley y se concibe que la misma puede supeditarse al pago de un soborno, tal como cualquier persona, la ley tiene algún precio. En este sentido, la ley se respeta solo cuando tiene algún beneficio o es de interés para los fines

personales y se burla cuando resulta inconveniente. Como resultado de (i) la marginación producto de la violencia de grupos guerrilleros, (ii) la secuela de comportamiento corrupto del narcotráfico, la violencia y el terrorismo y, (iii) la debilidad institucional, particularmente la ineficiencia del sistema administrativo de justicia, los agentes corruptos han logrado configurar una verdadera cooptación institucional que ha permeado desde los actores políticos y la administración pública hasta la vida privada alimentando la corrupción a lo largo de la historia del país en un entorno político, económico y social des-ordenado.

A modo de resumen, debe entenderse que la corrupción que se ha generado en Colombia ha sido resultado de la evolución histórica e institucional peculiar del país y ha producido una tolerancia hacia las actividades económicas ilegales, independientemente de sus efectos sobre el resto de la sociedad. Como demuestra la historia reciente, en este (des)ordenamiento han intervenido y confluído de manera prolongada problemas de desigualdad económica, exclusión política, injusticia y confrontación armada (guerrillas-paramilitares) en asocio con actividades ilegales como el narcotráfico. La permanencia de estos grupos, ha promovido mediante el miedo y con el usufructo de sus actividades en el tiempo, la reproducción de prácticas como el clientelismo, el lavado de dinero y el soborno de funcionarios, deteriorando la cultura, la moral y la eticidad ciudadana al generar un proceso de aculturamiento a la ilegalidad o cultura mafiosa-corrupta. Es decir, un proceso de institucionalización del hábito que busca de manera descontrolada la extracción de rentas.

El contraste de Colombia con otros países es interesante. En Bolivia y el Perú hay ejemplos de controles sociales que han limitado los efectos nocivos de la industria de drogas ilegales. Como recuerda Thoumi (1999):

La colonización del Chapare y del Alto Huallaga se ha llevado a cabo con apoyo estatal y los colonos han llegado a esas zonas con instituciones como los "sindicatos" bolivianos, que establecen fuertes controles al comportamiento individual (Thoumi, 1999). En ambos casos la colonización ha sido pacífica y la posesión de armas no ha sido común. En las dos situaciones el contraste con las colonizaciones del Caguán y del Guaviare es dramática. En los dos países se tolera la producción de coca, pero es lugar común afirmar que "coca no es cocaína" y el rechazo social al narcotráfico es mucho mayor que en Colombia (Thoumi, 1999). En ambos países las sociedades tradicionales mantienen muchos más valores de antaño que en Colombia. A pesar de que Bolivia y Perú sí exportan drogas base de cocaína y cocaína ilegales, los "carteles" que han desarrollado son pequeños, muchas veces han estado supeditados a los colombianos y han sido rechazados por sectores fuertes de la sociedad. En el caso boliviano, la droga ilegal llegó a controlar el gobierno de García-Meza en 1980 generando una corrupción institucionalizada, la cual fue superada (Nadelmann, 1993) aunque perduran "conos" de corrupción sistémica organizada. En el caso peruano también se han llegado a establecer "conos" de corrupción sistémica organizada, especialmente en las zonas de cultivo de coca, pero no se ha llegado a la institucionalización de la corrupción. (p. 25-26).

3.2 La lucha contra la corrupción y sus errores

Ante esta realidad de la que no escapan los demás países, conservando las particularidades de cada uno, los diferentes organismos internacionales han promovido una lucha destacando un conjunto de recomendaciones. En 1996, durante la conferencia de caracas de la Organización de Estados Americanos (OEA), se aprobaron los protocolos para prevenir y combatir la corrupción. La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), orientó a los países miembros hacia: (i)

la creación de normas para prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos, (ii) el establecimiento de medidas y sistemas de denuncia y protección para promover la denuncia por parte de funcionarios y ciudadanos particulares, (iii) la creación de órganos de control, (iv) sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas y (v) sistemas de contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996).

Además, la OEA fue una de las primeras en reconocer el desbordamiento de la corrupción de los límites nacionales hacia planos globales, el Artículo VI de la CICC estableció cinco momentos en que un acto puede definirse como corrupto⁹⁷. Mientras que el Artículo VIII identificó por primera vez el carácter internacional de la corrupción⁹⁸. Sin embargo, como mencionan Luis Jorge Garay y Eduardo Salcedo, «la Convención Interamericana contra la Corrupción reconoce un acuerdo entre tres o más personas, no constituye una definición integral de redes complejas, transnacionales e ilícitas criminales en las que participan cientos o miles de agentes» (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 306). Esto dificulta el análisis para comprender los efectos

⁹⁷ De acuerdo con el Artículo VI, cinco principios definen un acto corrupto: (1) solicitar o aceptar, (2) ofrecimiento o concesión (3) acción u omisión (4) uso u ocultamiento fraudulento y (5) participación.

⁹⁸ El Artículo VIII dice: «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, éste 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).

de las redes como un todo y excluye la participación de agentes grises u opacos que realizan actividades legales con visos de legalidad para favorecer intereses personales e incluso

Por otra parte, el Banco Mundial desde 1997 ha propuesto una agenda para disminuir la corrupción. De acuerdo con Jose Gamarra, la agenda del Banco Mundial, (2000) que se refiere a políticas integrales de oferta y demanda de corrupción, incluyó cinco puntos: (i) aumentar la rendición pública de cuentas, (ii) fortalecer la participación de la sociedad civil, (iii) crear un sector privado competitivo, (iv) implementar restricciones institucionales y (v) mejorar la gerencia y el manejo del sector público⁹⁹ (Gamarra Vergara , 2006, p. 1-53). De la misma forma, pero apoyados en elementos de participación ciudadana lo han hecho Transparencia Internacional (TI) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), sus políticas han buscado mejorar la capacidad de gestión y transparencia de los gobiernos porque para estos la fuente de la corrupción son las condiciones de poca gobernabilidad. «La gobernabilidad se define aquí como el ejercicio económico, político y de manejo administrativo para manejar los asuntos de un país en todos sus niveles. Dicha capacidad parte de mecanismos, instituciones y herramientas por medio de los cuales los ciudadanos negocian sus diferencias y hacen valer sus derechos y obligaciones.» (Gamarra Vergara , 2006, p. 17)

Frente a las recomendaciones internacionales, desde la década de 1990, en Colombia se ha venido dando una adopción progresiva de las mismas que inicio con cambios a partir de la constitución política de 1991 como los ya mencionados. Formalmente, las estrategias anticorrupción arrancaron en el gobierno de Cesar Gaviria, a partir de ahí, todos los gobiernos han

⁹⁹ Sobre los orígenes de estas recomendaciones debe recordarse los factores que determinan la oferta y demanda de corrupción descritos tempranamente por Tanzi (1998). A saber, por el lado de la demanda, (1) mayor regulación estatal, (2) ciertas características en el esquema de impuestos, (3) provisión de bienes públicos por debajo de su valor de mercado y (4) mayor gasto estatal. Por el lado de la oferta, (i) tradición burocrática, (ii) bajos salarios públicos (iii) sistemas de castigo (iv) controles institucionales (v) ejemplos de clase dirigente y (vi) transparencia de leyes, normas y procesos (Gamarra Vergara , 2006).

tenido entre su agenda la lucha contra la corrupción –esta ha sido incluso una de las banderas con las que han ganado las elecciones y posiblemente lo será con más fuerza en los años venideros-.

La administración del presidente César Gaviria (1991-1994) creó la Misión para la Moralización y Eficiencia de la Administración Pública (Decreto 1860 de 1991) con el fin de superar los vacíos presentes en el Decreto 222 de 1983¹⁰⁰. Por su parte, la administración de Ernesto Samper (1994-1998) creó la Consejería Presidencial para la Administración Pública (Decreto 2098 de 1994), el primer Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995) y la Ley 489 de 1998 para democratizar la gestión pública¹⁰¹. De este estatuto, resultarían algunos artículos realmente preocupantes posteriormente declarados inexecutable por proveer incentivos y sanciones inadecuadas y desproporcionadas. Algunos de estos fueron, (i) el que la calificación como mejor empleado permitiera una promoción automática a niveles superiores¹⁰². (ii) La inhabilidad perpetua para desempeñar la función pública¹⁰³. (iii) La extinción de penas al denunciante confeso y dador de sobornos a funcionarios¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Una exposición detallada se encuentra en el capítulo «La contratación estatal en Colombia: Cambio institucional» de este documento, por lo pronto, basta mencionar que el Decreto 222 de 1983 contribuyó en buena medida a generar procesos de corrupción en las diferentes etapas de la contratación estatal.

¹⁰¹ En la *ley 489 de 1998*, «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 CP y se dictan otras disposiciones», en su capítulo VIII se refiere a la democratización y control social de la administración pública. En general, se trata involucrar la ciudadanía en el proceso de la gestión pública (formular, ejecutar, controlar y evaluar). Entre las acciones que las entidades públicas pueden llevar a cabo para el cumplimiento de la participación se hayan las audiencias públicas, los consejos ciudadanos, y las veedurías ciudadanas posteriormente reguladas.

democratización y control social de la administración pública.

¹⁰² El artículo impugnado a que se refiere es el décimo, el cual, de acuerdo con la Sentencia C-539-98 del 1 de octubre de 1998, «vulnera los principios que gobiernan la carrera administrativa, puesto que afecta la igualdad y evita que la administración seleccione a las personas más idóneas para acceder a un determinado cargo».

¹⁰³ De acuerdo con el Artículo 17, «Los servidores públicos a que se refiere el inciso 1o. del artículo 123 de la Constitución Política, quedarán inhabilitados para el desempeño de funciones públicas cuando sean condenados por delitos contra el patrimonio del estado, *sin perjuicio del derecho de rehabilitación que contempla el Código de Procedimiento Penal y en concordancia con el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política.*», la expresión en negrilla fue declarada inexecutable por la Sentencia C-038-96 del 5 de febrero de 1996.

¹⁰⁴ De acuerdo con el *Artículo 24, Parágrafo* «Si la investigación se iniciare por denuncia del autor o participe particular, efectuada dentro de los quince (15) días siguientes a la ocurrencia del hecho punible, acompañada de prueba que amerite la apertura de la investigación en contra del servidor que recibió o aceptó el ofrecimiento, la acción penal respecto del denunciante se extinguirá. A este beneficio se hará acreedor el servidor público si denunciara primero el

Este último gobierno, en medio de acusaciones sobre la influencia del narcotráfico al aportar importantes recursos para financiar parte de su campaña, daría el inicio a la investigación formal del llamado proceso 8000. Sin embargo, y, a pesar de que los indicios apuntaban a que el Cartel de Cali habría aportado los recursos, el Presidente fue absuelto y los hermanos Rodríguez Orejuela perseguidos, capturados y extraditados en una operación que buscaba la legitimación social. Como mencionan Garay Salamanca, *et al.* (2008).

El aprendizaje de este esquema de participación de los narcotraficantes en la política dejó al menos una lección: financiar la elección de un presidente no garantiza la impunidad penal y mucho menos el cambio de las normas penales (p. 108).

En consecuencia, después de la captura y extradición de los Rodríguez Orejuela, el narcotráfico en Colombia inició una fase de aprendizaje en la gestión del capital social perverso que llevó a la conformación del narco-paramilitarismo. Así, los narcotraficantes se suplieron del pie de fuerza para operaciones como corredores de droga y tráfico de insumos y en ocasiones militantes que se sumaban a sus filas sicariales. Los paramilitares encontraron una fuente de recursos y, además, se asociaron incluso con cuerpos de las fuerzas militares, a estos les colaboraron en medio de su lucha contrainsurgente (en particular, las guerrillas del ELN y las FARC) mediante el asesinato y la ejecución de masacres de supuestos colaboradores de la guerrilla y el desplazamiento masivo de población campesina, a cambio de poder ampliar su predominio y poder territorial en zonas apetecidas para el desarrollo de sus actividades ilícitas y para que pudieran beneficiarse los grupos ilegales parte de aquella red intrincada.

delito. En todo caso, si el funcionario judicial no estimare suficiente la prueba aportada para iniciar la investigación, la denuncia correspondiente no constituirá prueba en su contra.» Este fue declarado inexecutable por la Sentencia C-709-96 del 9 de diciembre de 1996.

Pero los alcances de aquellos narco-paramilitares no se limitaron a sus relaciones cooperativas para favorecer sus operaciones intrínsecas. Encontraron la necesidad de Capturar el Estado desde el nivel local y territorial hasta los estrados del senado a nivel nacional para favorecer sus intereses a través de la aplicación de normas y leyes por parte de jueces y fiscales. La asignación de contratos públicos y el destino de recursos presupuestales, y su papel central en las elecciones de cargos públicos y autoridades, han sido sus principales estrategias¹⁰⁵ (Garay Salamanca *et al.*, 2008).

En medio de esta evolución, el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002) creó el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción (Decreto 2405 de 1998)¹⁰⁶ que responde al compromiso del Presidente de la República de atacar las causas estructurales que favorecen la existencia del fenómeno de la corrupción en la administración pública colombiana. Por su parte, en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002- 2010) se incrementó las sanciones y multas e implementó cambios en el sistema contractual de la Ley 80 de 1993, pero esta merece capítulo aparte¹⁰⁷. Su homologo, el presidente Juan Manuel Santos (2010 -2018), entre otros decretos y

¹⁰⁵ Debe recordarse que los narco-paramilitares lograron durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez avanzar hacia la negociación de un proceso de desmovilización propicio que favoreciera sus intereses en términos de penas, seguridad jurídica y reintegración a la sociedad. Este se daría como diversos autores afirman, con la Ley de Justicia y Paz (Ley 795 del 25 de julio de 2005). «En este ambiente controversial, la Ley de Justicia y Paz fue revisada y modificada por la Corte Constitucional. Un cambio introducido por la Corte Constitucional fue la exigencia de que los narco-paramilitares confesaran sus delitos, entre los cuales se encuentran homicidios y masacres contra la población civil.» (Garay Salamanca *et al.*, 2008, p. 114).

¹⁰⁶ Reemplazado por el decreto 127 del 19 de enero de 2001, y luego modificado por el Decreto 519 del 5 de marzo de 2003, por el cual se suprimen, se transforman y se crean las Consejerías y Programas Presidenciales en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

¹⁰⁷ Algunas de estas fueron: (1) la Ley 890 de 2004, por la cual se modifica el Código Penal, en sus artículo 9 y 10, estableció penas de 4 a 8 años a quien entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio y multas de 50 a 2000 SLMLV. (2) La Ley 1142 de 2007, eliminó la posibilidad subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad u otro tipo, salvo por la colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, en los casos de: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional. (3) Ley 850 de 2003, por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas. Además, Durante el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez se promulgó 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. Dada su relevancia para el objeto de este trabajo, se describe en extenso en el capítulo «La contratación estatal en Colombia: Cambio institucional»

leyes sobre sanciones, penas y medidas, modificó el estatuto anticorrupción a través de la Ley 1474 de 2011-sobre este se volverá más adelante¹⁰⁸. De este nuevo estatuto surgieron los documentos «Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano» y la «Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción», en esto se han focalizado los esfuerzos de todas las entidades del orden nacional, departamental y municipal anualmente. Sin embargo, a pesar de tal avance, parece no haber un gran avance sobre los indicadores de la corrupción, «lo que demuestra la existencia de un problema de ineficacia de las herramientas y mecanismos para la prevención, investigación y sanción de la corrupción» (Departamento Nacional de Planeación, 2013, p. 22).

3.3 El panorama actual

América Latina ha sido una región tradicionalmente caracterizada por escándalos de corrupción. Según el Índice Global de Competitividad 2017 del Foro Económico Mundial, la corrupción es uno de los principales factores que afecta hacer negocios en la región. Esto concuerda con uno de los indicadores más aceptado a nivel mundial, el Índice de Percepción de la Corrupción (CPI en inglés) de Transparencia Internacional, en el cual, las américas se han visto estancadas en los últimos años con niveles relativamente bajos de percepción de control de la corrupción. En este indicador, para 2018 las américas obtuvieron 44 puntos en una escala de 0 (altamente corrupto) a 100 (muy poca corrupción), muy por debajo del promedio de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) -68.3 puntos-, y similar al promedio de la región Asia Pacífico -44.4 puntos-.

¹⁰⁸ Algunos de estos, el Decreto 1510 de 2013, que reglamenta el sistema de compras y contratación pública, la Ley Anticontrabando (Ley 1762 de 2015) por la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal.

La situación de Colombia hace parte de este fenómeno regional¹⁰⁹. Según Corporación Latinobarómetro (2018), la corrupción es el problema que se percibe como más importante en Colombia. A decir verdad, más del 70% de la población colombiana en promedio ha percibido durante la última década que los resultados anticorrupción no han sido del todo satisfactorios, así lo revelan las encuestas bimensuales de (GALLUP Colombia S.A.S, 2019). Esta tendencia es congruente con el Índice de Percepción de la Corrupción para el país, el cual no es muy alentador. En este indicador, el puntaje de Colombia para el año 2018 es de 36 puntos y posiciona al país en el rango 99 de un total de 179 países. Rango que ha ido empeorando desde 2006 (véase la figura 1)¹¹⁰. Sin embargo, la puntuación ha oscilado entre 36 y 37 puntos desde 2012, lo que significaría que la percepción de la corrupción en Colombia en este indicador no se habría visto afectada de manera drástica por los escándalos revelados recientemente.

¹⁰⁹ «Esta tendencia de empeoramiento también ha sido pronunciada en Perú y México y en menor medida en Brasil. Argentina tuvo un fuerte empeoramiento entre 2000 y 2005 y se ha mantenido en niveles elevados de percepción de corrupción. En el Índice de Control de Corrupción del Banco Mundial, Colombia también ha empeorado desde el 2005, con un comportamiento similar al de Perú, México y Brasil» (Perry y Saavedra, 2018, p. 31)

¹¹⁰ Al observar la gráfica, el índice de Percepción de la Corrupción se ve evidentemente crítico hacia el año 1997. Sin embargo, es necesario hacer dos aclaraciones al respecto. (I) El número de países incluidos en esa fecha es significativamente inferior, lo que se puede ver en las áreas sombreadas de la gráfica. Un país puede cambiar de rango solamente porque nuevos países fueron introducidos u otros fueron sacados, por lo que los cambios que se observan no pueden ser asociados a aspectos internos del país. Solamente a partir de 2006, el número de países se estabiliza relativamente. Sin embargo, (II) el número de fuentes tenidas en cuenta antes de 2012, la calidad de las mismas en cuanto a su medición continua año a año y otras particularidades, hacen imposible comparar datos del CPI posteriores a esta fecha con la serie de 1995 a 2011. La metodología actual si permite hacer comparaciones. Una explicación detallada puede leerse en (Gonzalez Espinosa y Boehm, 2011, p. 259-277).

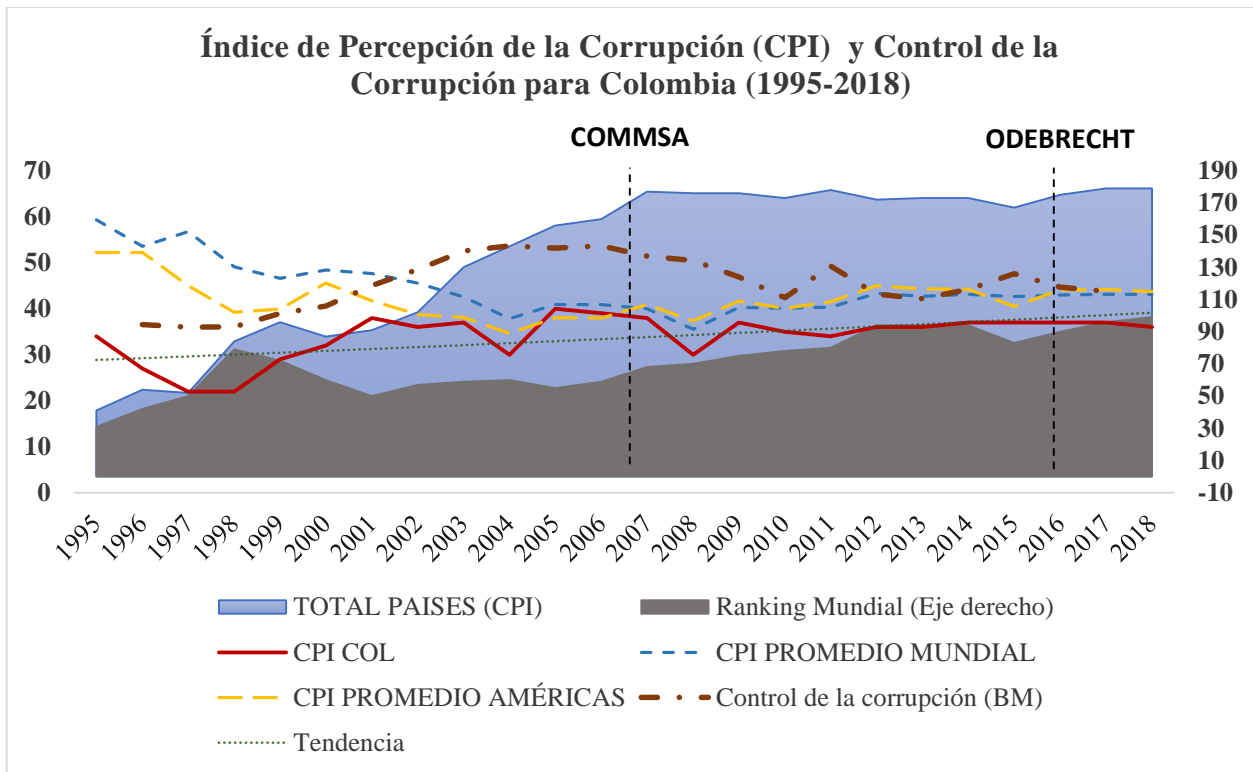


Figura 1. Indicador de percepción de la corrupción (CPI) y control de la corrupción. Adaptado de (Transparency International, 2018) y (Banco Mundial, 2018).

No obstante, los Indicadores de Gobernabilidad del Banco Mundial (2018) reportan debilidades en el «control de corrupción» en Colombia. Este indicador, que refleja cómo expertos internacionales y personas encuestadas interpretan la calidad de las medidas anticorrupción, también ha empeorado en el país desde de 2006, luego de que se registró el nivel más alto (54 puntos) en la historia de medición del mismo que dio inicio en 1995 (Línea a trazos café de la Figura 1). Es obvio, que las peores variaciones negativas en la percepción se presentan en años en que los escándalos de corrupción han tenido mayor trascendencia. De hecho, el progresivo decaimiento en el indicador arranca con el escándalo que se dio en 2007 por el acuerdo entre el Estado y la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio -COMMSA S.A, de dar por terminado un pleito iniciado en el 2000 por el incumplimiento del contrato de concesión de la Troncal del

Magdalena Medio¹¹¹. Otros escándalos que involucran corrupción en la contratación también han afectado el indicador de control de manera continua¹¹². Uno de los más reciente de estos es el Caso de la firma Odebrecht, descubierta en 2016 por hacer trampa (mediante la entrega de sobornos a varios altos funcionarios) en la licitación que permitía continuar con la construcción de la Troncal del Magdalena Medio, ahora llamada Ruta del Sol.

En efecto, en los indicadores de Corrupción del sector público elaborados por el Foro Económico Mundial (2017-2018) Colombia tiene peores resultados que el promedio de la región de America Latina y el Caribe¹¹³. En «desvío de fondos públicos» aparece de 16 entre 20 países con puntuación de 2.1 (0.8 más que el último del grupo), en «favoritismo de decisiones políticas» en el puesto 11 de 20 con 2.2 puntos y en «pagos irregulares y sobornos» en la posición 10 con 3.3 puntos (0.2 puntos más que Brasil) (The World Economic Forum, 2017). En este último aspecto profundiza la «Quinta Encuesta Nacional sobre Prácticas contra el Soborno en Empresas Colombianas» del sector privado y revela que 96% de los empresarios perciben que se ofrecen sobornos en el entorno de los negocios.

Así mismo, Corporación Transparencia por Colombia (2017) resalta que las modalidades predilectas de soborno en 2016 fueron los pagos para agilizar trámites (67%) y el cierre de negocios y/o contratos (53%) (panel a de la figura 2). De hecho, el 63% considera que la principal

¹¹¹ El contrato de la Troncal del Magdalena Medio adjudicado a la colombo-española COMMSA fue adjudicado el 24 de noviembre de 1997 e incluía la realización de los estudios, diseños, obras de rehabilitación, construcción, operación, mantenimiento y la prestación de servicios del proyecto denominado El Vino – Tobia Grande – Villeta – Honda – La Dorada – Puerto Salgar – San Alberto en los departamentos de Cundinamarca, Tolima, Caldas, Santander y Cesar.

¹¹² Uno de ellos es el denominado «Carrusel de la Contratación» en Bogotá (2010) por asignaciones fraudulentas de millonarios contratos para la construcción de la tercera fase del sistema de transporte público TransMilenio de Bogotá, entre otros contratos para la ciudad. Otro caso de gran trascendencia, que muestra la disfuncionalidad del sistema judicial y ha repercutido recientemente en la formación de percepciones negativas sobre corrupción, ha sido el denominado «carrusel de la toga» descubierto en 2017. Un caso de corrupción judicial y política de Colombia, en el cual miembros de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, a través de fiscales anticorrupción, obtenían dinero a cambio de demorar o desviar procesos en favor de quienes los sobornaban.

¹¹³ Los valores de este indicador se miden en una escala de 1 a 7, que corresponde a valores obtenidos en las preguntas específicas para cada ítem, donde [1 = muy comúnmente ocurre; 7 = nunca ocurre].

motivación para ofrecer sobornos es que sin estos la empresa pierde negocios, un 53% reconoce que estos son más bien un requisito de los funcionarios (panel a de la figura 2). Cualquiera que sea el caso, es claro que se trata de costos adicionales en que debe incurrir el empresario para realizar un negocio. Este costo o porcentaje de soborno que se estima necesario para ganar un contrato es en promedio del 16.7% de su valor, siendo la financiación de campañas políticas una de las formas más comunes de soborno (Corporación Transparencia por Colombia, 2017).

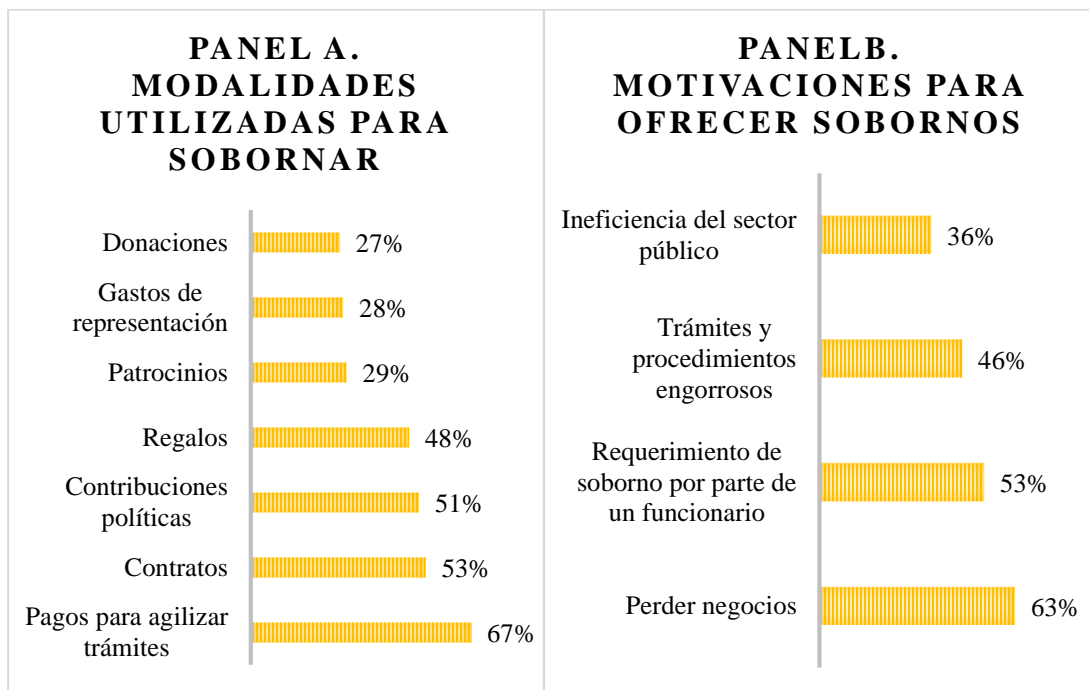


Figura 2. Motivaciones y modalidades utilizadas para ofrecer sobornos, 2016. Adaptado con información de (Corporación Transparencia por Colombia, 2017).

Los mayores costos de transacción por concepto de sobornos se suman a los propios de hacer negocios, que de por sí son bastante elevados, así lo revelan los indicadores de «*Doing Business*» que elaboran *International Finance Corporation* y el Banco Mundial. La figura 3 muestra el puesto Colombia en cada indicador clasificada en una escala de 1 a 190 países en cuanto a la facilidad para hacer un negocio. «Una clasificación más alta, es decir, más próxima al 1, significa que las regulaciones en el ámbito de los negocios de esa economía facilitan la apertura de empresas locales

y sus actividades» (International Finance Corporation, 2019). Como se ilustra, la clasificación global de Colombia se ve afectada principalmente por el pago de impuestos y en mayor medida por el costo del cumplimiento de contratos.



Figura 3. Clasificación en los indicadores de Doing Business - Colombia, 2019. Adaptado de (International Finance Corporation, 2019).

La dificultad para hacer cumplir los contratos es reflejo de la ineficiencia en la justicia según la metodología de (Doing Business, 2019)¹¹⁴. Esta ineficiencia, como lo muestra el Índice del Estado de Derecho (*Rule of Law Index*), elaborado por el *World Justice Project* (figura 4), se relaciona en mayor medida con demoras injustificadas en la justicia civil, investigaciones poco oportunas e inefectivas en el sistema de justicia penal y corrupción en ambos casos¹¹⁵.

¹¹⁴ El indicador de cumplimiento de contratos del informe Doing Business mide el tiempo y el costo para resolver una disputa comercial a través de un tribunal de primera instancia local, así como el índice de calidad de los procesos judiciales, evaluando si cada economía ha adoptado una serie de buenas prácticas que promuevan la calidad y la eficiencia en el en el sistema judicial.

¹¹⁵ El índice del Estado de Derecho «Rule of Law Index» tiene como objetivo medir el nivel de implementación de aspectos esenciales de un Estado de derecho (rule of law) en distintos países, a través de la medición de ocho factores (límites al poder gubernamental, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos fundamentales, orden y seguridad, cumplimiento regulatorio, justicia civil, y justicia pena) que son construidos por medio de la evaluación de diferentes variables. Este Índice es la evaluación más completa del Estado de Derecho en el mundo, y es la única medición que se construye a partir de datos primarios que reflejan, de primera mano, la perspectiva y experiencia de las personas en su vida cotidiana. La fuente de información utilizada para valorar estos aspectos es, por una parte, una encuesta de 1.000 personas en las tres ciudades más grandes de cada país, y, por otra parte, unos cuestionarios hechos a expertos en la práctica y academia correspondiente a los diversos factores que constituyen el índice (World Justice Project, 2018, p. 1-8).

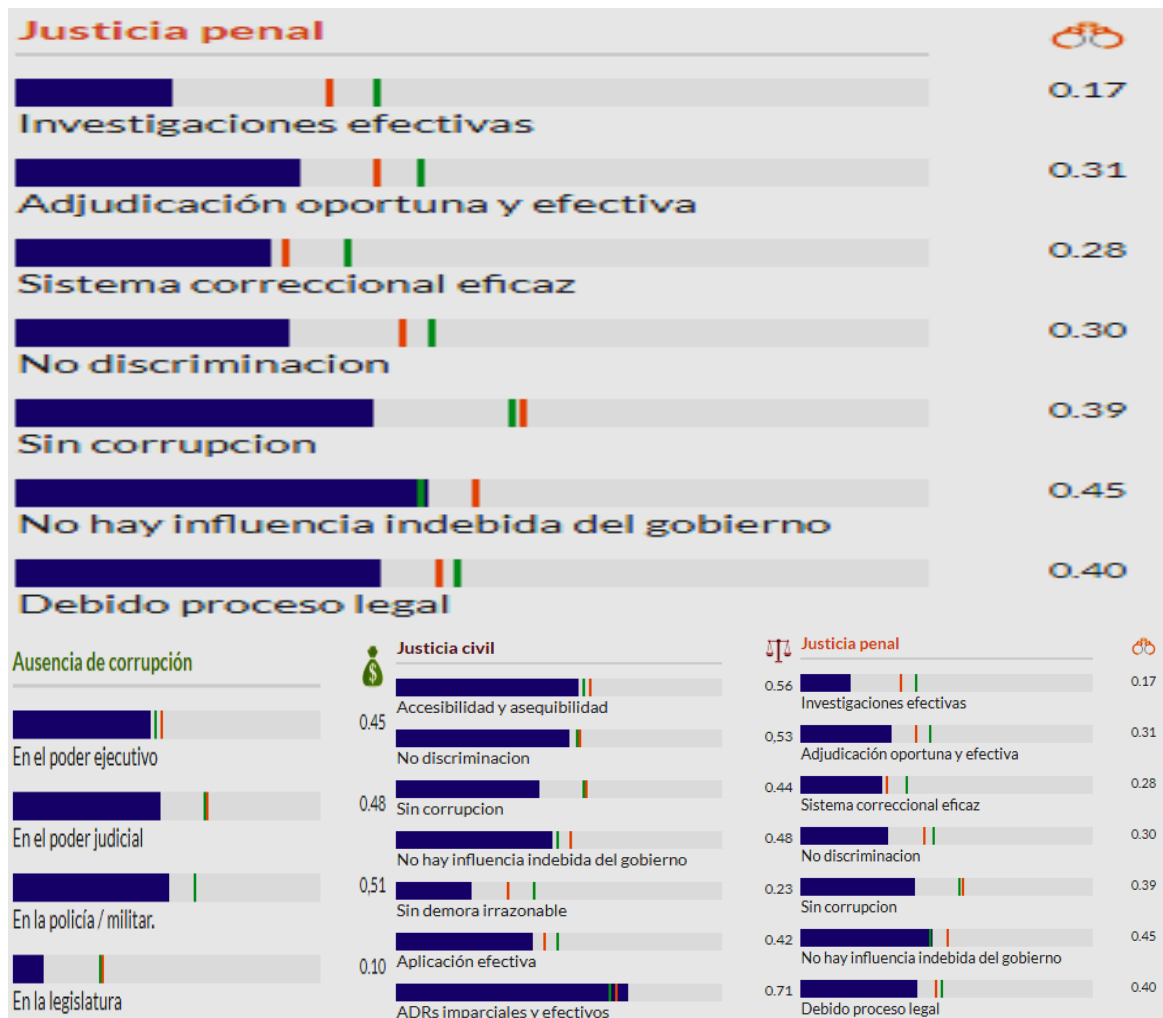


Figura 4. Clasificación de Colombia por categoría en el Índice del Estado de Derecho. Adaptado de (World Justice Project, 2018).

Como es lógico, los mayores costos de transacción motivo del ofrecimiento de sobornos pueden ser trasladados a un mayor precio de los bienes y servicios transados. Que ello se materialice en la contratación depende en gran medida de que el contratista pueda disimular la información de los precios elevados u ocultar la disminución en la calidad posterior a la firma del contrato y presentar dicha información como real sin ser detectado, judicializado y castigado por ello. Es decir, se ve afectado por la capacidad de control y sanción de los organismos o entidades encargadas de dicha función. Al respecto, Corporación Transparencia por Colombia realiza un informe a nivel nacional y territorial en las tres características vitales en la administración pública para controlar los riesgos

de corrupción: visibilidad, institucionalidad y control y sanción. Este informe destaca que el avance en los últimos dos pilares ha sido muy lento.

En particular, para el periodo 2015-2016, según (Corporación Transparencia por Colombia, 2017), al país le ha ido muy mal en los ítems de gestión de la planeación y en políticas, medidas y estrategias anticorrupción. Los funcionarios se encuentran poco capacitados, específicamente en temas de contratación pública es donde menos recursos se invierten, esto es evidente tanto a nivel nacional como territorial. A pesar de esta falta de capacitación, poco se evalúan los funcionarios. Según la misma corporación, a nivel departamental solo 25% de las entidades evaluaron al personal encargado de supervisar los contratos (Corporación Transparencia por Colombia, 2017).

Además, persisten problemas en el control y sanción de la corrupción, particularmente por deficiencias en la rendición de cuentas y el control ciudadano, lo que parece mostrar un desinterés de la sociedad para hacer respetar lo público. En efecto, en el ranking del Índice de Transparencia Nacional (ITN), Corporación Transparencia por Colombia (2017) clasifica a la Fiscalía General de la Nación (FGN) que tiene a su cargo una Unidad Nacional Anticorrupción y a la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente) en los puestos 74 y 65 entre 75 entidades nacionales.

Estas entidades que se encargan, por parte de la FGN, de investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito y dado el caso otorgar el principio de oportunidad, entre otras funciones y, por parte de Colombia Compra Eficiente, que tiene entre sus principales objetivos la eficiencia en el gasto público destinado a la compra de bienes y servicios por parte del Estado; se encuentran entre las que tienen más alto riesgo de corrupción. Según Corporación Transparencia por Colombia (2017), obtuvieron 50.93 y 58.84 puntos respectivamente en el ITN,

en una escala de 0 a 100 puntos, en la que los puntajes más altos representan menores riesgos de corrupción y los más bajos mayor posibilidad de que estos ocurran.

Esto es bastante preocupante, pues como se puede observar en la figura 5, la contratación estatal ha representado en promedio durante la última década 14.6 % del Producto Interno Bruto (PIB).

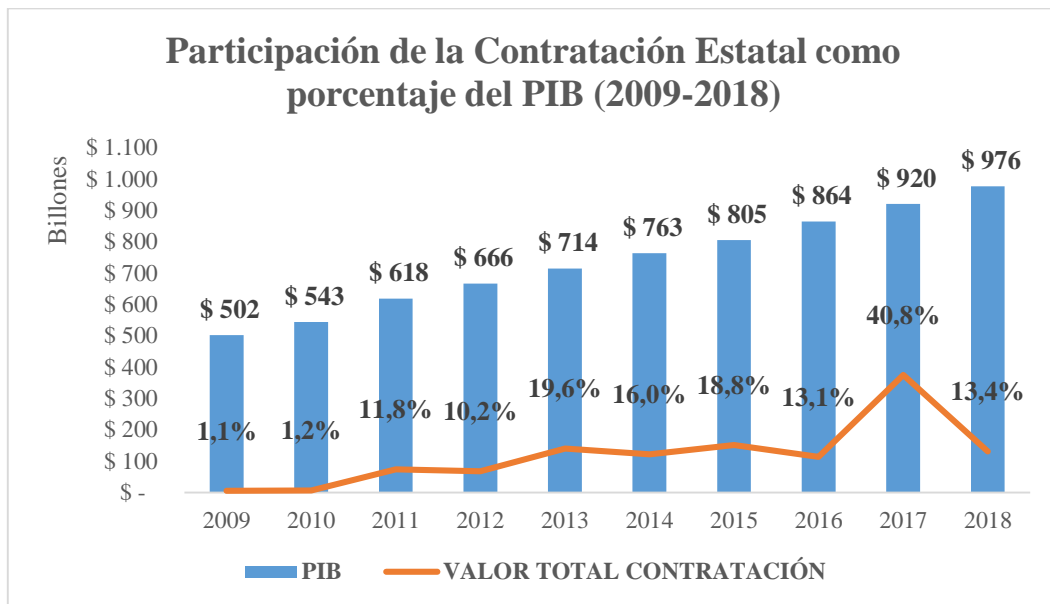


Figura 5. Participación de la Contratación Estatal como porcentaje del PIB (2009-2018). Adaptado de (*Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.*, 2019) SECOP I y SECOP II. Portal de Datos Abiertos www.datos.gov.co, y, (*Banco de la República*, 2018)

En concordancia con el panorama presentado, que ilustra graves problemas en la percepción de las personas acerca de la corrupción en la contratación pública y el sistema de justicia, se han desarrollado trabajos desde varias perspectivas. La siguiente parte presenta algunos de esos trabajos recientes frente a los pilares más afectados, el sistema de compra pública y el sistema de justicia.

3.4 Corrupción en el sector público

La literatura de corrupción enfocada en la contratación pública en Colombia es escasa a pesar de que constituye una forma de gran corrupción. No obstante, como concepto general, la corrupción ha sido explorada desde varios ángulos. En cuanto a investigaciones de tipo cuantitativo, se ha analizado algunos de los aspectos reconocidos en los estudios internacionales sobre los determinantes e implicaciones para el crecimiento económico¹¹⁶. Principalmente, se ha encontrado que en Colombia la corrupción afecta la calidad en la prestación de servicios como la salud y

¹¹⁶ Algunos trabajos internacionales han sido por ejemplo el de Mauro (1995), el cual, con datos del índice de *Bussines International*, realizó un estudio econométrico en el que sus resultados, a diferencia de los trabajos de Leff (1964) y Huntington (1968), mostraron un efecto negativo de la corrupción sobre el crecimiento económico ya que actúa como un impuesto que afecta las inversiones, el gasto eficiente del gobierno, distorsiona la localización de los recursos y aumenta la inflación (Mauro, 1995, p. 695-705). Además, la evidencia empírica internacional ha mostrado entre otras cosas, que la corrupción disminuye la inversión interna (Kaufmann, 2000, p. 371). También, la inversión externa (Wei, 2000, p. 5-8). En países donde se tiene poco control de la corrupción se destina una menor proporción del presupuesto nacional para servicios sociales como la salud y educación (Gupta, Davoodi, y Tiongson, 2000, p. 20). Sin embargo, se suele destinar mayor inversión para gasto militar e infraestructura vial (Tanzi y Davoodi, 1997, p. 11-20). En efecto, la evidencia internacional ha reconocido que el crecimiento económico no se afecta directamente sino a través del debilitamiento de las instituciones, así lo demuestran los trabajos de Treisman (2000) y Mocan (2004). En primer lugar, el estudio de Daniel Treisman con datos macro de corte transversal sobre 85 países, muestra que las variables institucionales y culturales son importantes para explicar las diferencias internacionales en la percepción de la corrupción. De acuerdo con Treisman (2000), algunas de estas variables son: (i) *El sistema legal vigente relacionado con el origen colonial de los países*. Es decir, la ley común de origen anglosajón desarrollada a partir de precedentes establecidos por jueces en contraste con la ley civil de origen europeo continental, donde los códigos y leyes son elaborados por eruditos y promulgados por los gobiernos centrales. El estudio de Treisman encuentra que los países que fueron colonias inglesas, en general, tienen menores niveles de corrupción que países colonizados por otras naciones (Treisman, 2000, p. 414-427); (ii) *La tradición religiosa*. En los países con religión protestante dominante se aprecia una menor percepción de corrupción que en países con otras religiones como el catolicismo e islamismo, esto, de acuerdo con Treisman, se puede explicar porque la religión protestante (a) es menos comprensiva con la alteración de la voluntad de Dios, los protestantes son responsables de evitar el pecado y al no hacerlo pierden la gracia, en cambio la religión católica dispone de mecanismos como la confesión, por lo que el pecado es perdonado y, (b) el protestantismo fomenta el individualismo y la autosuficiencia, mientras el catolicismo fomenta relaciones familiares que pueden llevar al nepotismo (Treisman, 2000, p. 427-433). (iii) *La estabilidad de la democracia*. Según Treisman (2000), la estabilidad democrática por más de 40 años consecutivos reduce la corrupción (Treisman, 2000, p. 433-435). En segundo lugar, el estudio de Mocan (2004), que utiliza datos micro sobre experiencias personales de los encuestados sobre la corrupción, encuentra que la probabilidad de recibir sobornos se ve afectada por variables sociodemográficas. «Los hombres, las personas más ricas y más educadas tienen más probabilidades de recibir un soborno. Lo mismo es cierto para las personas que viven en ciudades más grandes y para aquellos que no son solteros» (Mocan, 2008, p. 26). Además, de acuerdo con Mocan, a nivel macro, la probabilidad de corrupción es menor para democracias establecidas y duraderas y para países con instituciones más fuertes. En efecto, «si bien hay evidencia de causalidad inversa entre nivel de desarrollo y control de corrupción, también la hay de que, controlando por el nivel de desarrollo y por otros determinantes de las tasas de crecimiento económico, los países que controlan mejor la corrupción tienden a crecer a tasas mayores en el mediano y largo plazo» (Perry y Saavedra, 2018, p. 25).

educación (Ortiz Benavides, 2012, p. 33). Que guarda una relación positiva con el gasto público, la participación política y la pobreza (Gamarra Vergara, 2006, p. 3). Y que los departamentos donde existen mayor poder político sobre las elecciones son a la vez los que tienen mayores problemas de pobreza y corrupción (Gamarra Vergara, 2006, p. 30-31).

Por otra parte, mientras autores como Gómez Portilla y Gallón Gómez (2002) a través de análisis de corte transversal entre países empleando los índices de corrupción de *Transparency International* y *Political Risk Service* encontraron que la corrupción afecta negativamente el crecimiento económico en el largo plazo en algunos departamentos de Colombia «ya que el gobierno debe reducir la cantidad suministrada de infraestructura» (Gómez Portilla y Gallón Gómez, 2002, p. 75), otros autores como Gamarra Vergara (2006), a través de la construcción del Índice Golden y Picci (GyP) y el índice de riesgo de corrupción calculado por Transparencia por Colombia y las cuantías de los procesos de responsabilidad fiscal de la contraloría general de la república, enfatizan que no se puede identificar una relación clara (Gamarra Vergara, 2006, p. 33)¹¹⁷.

«A diferencia de lo que ocurre en otros países, los departamentos con las mayores tasas de crecimiento (PIB per cápita) han sido los que al mismo tiempo enfrentan los mayores riesgos de corrupción» (Gamarra Vergara, 2006, p. 21)¹¹⁸. Esta paradoja la explica Gamarra Vergara (2006)

¹¹⁷ El Índice Golden y Picci es una medida alternativa para la cuantificación de la corrupción de manera indirecta, lo que quiere decir que el índice considerado es solo una *proxy* que refleja un riesgo de corrupción, la propuesta se basa en la relación existente entre los bienes y/o servicios provistos por el Estado y el pago acumulativo que se ha hecho por ellos, que de ninguna manera constituye en una medida de corrupción para un periodo en específico, pues el índice recoge información de los flujos de pérdidas acumuladas hasta ese año (Gamarra Vergara, 2006, p. 12-14).

¹¹⁸ Los resultados del cálculo del índice GyP para Colombia, muestran a Bogotá y los departamentos del eje cafetero (Caldas, Risaralda, Quindío, Antioquia y Valle del Cauca) con los indicadores más altos; por otro lado, se aprecia cómo de manera progresiva los Nuevos Departamentos (San Andrés, Vaupés, Vichada, Guainía y Amazonas), Chocó, y los departamentos de la Costa Caribe (Atlántico, Bolívar, Córdoba, Magdalena, Cesar, La Guajira, Sucre) enfrentan los mayores riesgos de corrupción (Gamarra Vergara, 2006, p. 18-19).

por la influencia que sobre el crecimiento económico ha tenido la actividad minera¹¹⁹. «La extracción minera no sólo tiene un efecto sobre las cifras de crecimiento, sino que igualmente aumentan los riesgos de corrupción por medio de las regalías y otros recursos que generan para las finanzas públicas departamentales.» (Gamarra Vergara, 2006, p. 37). Aunque los resultados no son del todo concluyentes, la evidencia empírica muestra que «entre países con un nivel de desarrollo similar, parece tender a crecer más aquel donde se percibe una mayor transparencia y un mayor control a la corrupción» (Perry y Saavedra, 2018, párr. 14). Lo que implícitamente quiere decir que la corrupción estaría asociada con la fragilidad institucional, en el caso local, por el manejo de los recursos extraordinarios que le son transferidos¹²⁰.

Relacionado con lo anterior, Saavedra y Conde (2018), realizan un estudio que describe la disponibilidad de los recursos estatales a nivel local y la evolución de la descentralización fiscal. Estos autores encuentran una correlación positiva entre la eficiencia y las variables de desempeño institucional (índice de gestión de proyectos de regalías, desempeño integral y desempeño fiscal)¹²¹. Además, observan una relación negativa de estas variables frente la pobreza

¹¹⁹ Al respecto de la relación entre corrupción (medida por el número de fallos con responsabilidad fiscal) y crecimiento económico (PIB per cápita) debe tenerse precaución. «Mientras que en algunos departamentos del país la relación entre la tasa de crecimiento del PIB y la corrupción es negativa, en otros a medida que el número de fallos con responsabilidad fiscal aumenta, la tasa de crecimiento del PIB también lo hace» (Gómez Portilla y Gallón Gómez, 2002, p. 68). La relación entre corrupción y crecimiento económico «produce resultados diferentes según el período de estudio, las regiones o departamentos analizados y las variables de corrupción elegidas» (Saiz Vélez, Mantilla Bautista y Cárdenas Beltrán, 2012, p. 55).

¹²⁰ De acuerdo con Saavedra y Conde (2018), aun hoy, luego de casi dos décadas de haberse establecido el Sistema General de Participaciones (SGP) -Ley 715 de 2001- y una década del Sistema General de Regalías (SGR) -Acto Legislativo 05 del 18 de julio de 2011-, pueden encontrarse fallas en el proceso que son potencial fuente de riesgo de corrupción. Lo anterior, a pesar de que en el SGR se instauró una aprobación tripartita -Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD)- con el fin de asegurar la correcta inversión de los recursos y promover la participación activa de los tres niveles de gobierno. Algunas de estas fallas se encuentran «en el ciclo de los proyectos de inversión, los requisitos en las actas de aprobación en el (OCAD), la fase de priorización de las entidades territoriales basadas en intereses propios, presión para aprobar proyectos que no necesariamente cumplen con los requisitos, la transparencia de los procesos contractuales, entre otros.» (Saavedra y Conde, 2018, p. 275).

¹²¹ El *índice de gestión de proyectos de regalías* del DNP mide la gestión de las entidades ejecutoras de los proyectos del SGR en doble condición: gestión administrativa y gestión del desempeño de los proyectos. Aunque no mide hechos de corrupción, calidad técnica de las obras; desempeño de las entidades a partir del número de proyectos aprobados o del monto de recursos ejecutados, ni el impacto de las inversiones en las comunidades, es una herramienta de gestión y control preventivo creada a partir de la información registrada por las entidades ejecutoras de los

(necesidades básicas insatisfechas-NBI-) y frente al riesgo de corrupción de Transparencia por Colombia (Saavedra y Conde, 2018, p. 259-266). En esencia, los autores sostienen la hipótesis de que mayor riesgo de corrupción y pobreza se asocia precisamente con bajo desempeño institucional.

Esta fragilidad institucional a nivel municipal se demuestra porque «existe una correlación negativa entre el Índice de Gobierno Abierto (IGA) y las regalías como porcentaje de los ingresos totales a nivel municipal» (Saavedra y Conde, 2018, p. 275) ¹²². Hay que aclarar que un mayor riesgo de corrupción, según la metodología de Transparencia por Colombia, viene asociado con menores valores en él y el Índice de Transparencia. Por lo que una relación positiva de estos últimos con las variables de desempeño institucional, implica una relación negativa entre el riesgo de corrupción y los valores de desempeño institucional. Usando efectos fijos de año y municipio en un modelo de datos panel y controlando por características observables que pudieran estar cambiando entre los municipios en el tiempo (2012-2015) como la economía de cada municipio,

proyectos aprobados con recursos del SGR y de las acciones del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación (SMSCE). (Departamento Nacional de Planeación, 2017, p. 3). El *índice de desempeño integral* pretende juzgar los resultados de las administraciones municipales frente al cumplimiento de las metas previstas en los planes de desarrollo, la magnitud de los recursos físicos, humanos y financieros y la eficiencia en el uso de estos recursos para suministrar educación, salud y agua potable y saneamiento básico principalmente, el cumplimiento de la presupuestación y ejecución de los recursos del sistema general de participaciones (Departamento Nacional de Planeación, 2005, p. 5). El *índice de desempeño fiscal* tiene por objetivo realizar un seguimiento al desempeño de las administraciones territoriales en el ámbito de las finanzas públicas (Observatorio Transparencia y Anticorrupción, 2018) y es calculado por el Departamento Nacional de Planeación tanto para municipios como departamentos.

¹²² Las regalías son el pago que hacen las compañías petroleras y mineras al Estado Colombiano, por explotar yacimientos de un recurso natural no renovable. Las compañías petroleras entregan al estado entre el 8% y el 25 % del valor de la producción de petróleo crudo. Se destinan a solucionar las necesidades básicas insatisfechas de los departamentos y municipios como la educación básica, salud, agua potable y alcantarillado entre otros y a financiar grandes proyectos que traigan progreso a la región. El *índice de gobierno abierto* es un indicador sintético publicado por la procuraduría general de la nación «para monitorear el cumplimiento de las normas estratégicas anticorrupción en las alcaldías y gobernaciones de todo el país y así detectar con mayor oportunidad los riesgos de posibles irregularidades administrativas relacionadas con aspectos como la contratación y la ejecución presupuestal, el manejo documental, el control interno y la administración del recurso humano, entre otros.» (Saavedra y Conde, 2018). Se calcula a partir de 8 indicadores clasificados en tres categorías: organización de la información (control interno, gestión documental), exposición de la información (visibilidad de la contratación, competencias básicas territoriales, sistemas de gestión administrativa y financiera), y dialogo de la información (gobierno electrónico, transparencia y rendición de cuentas, atención al ciudadano).

eficiencia en la prestación de los servicios públicos, violencia, composición del mercado laboral, calidad en educación y calidad de salud, los autores mencionados encuentran que «un aumento de las regalías disminuye en 0.11 puntos el IGA» (Saavedra y Conde, 2018, p. 276). Es decir, a nivel municipal, el aumento de las regalías se correlaciona con el riesgo de corrupción.

Mientras que los sistemas de información para facilitar a los municipios datos de los servicios que deben prestar (SISBEN, Salud, Educación y servicios públicos domiciliarios) mejoran; empeora el indicador que mide que los recursos empleados por las entidades sean administrados de forma eficiente, iniciando con los procesos de planeación y finalizando en su ejecución presupuestal; así como los mecanismos utilizados por las autoridades territoriales para facilitar que la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil se involucren en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. (Saavedra y Conde, 2018, p. 275).

Lo anterior muestra que la descentralización se ha desarrollado de forma heterogénea en el país. Hay diferencias en el desempeño institucional, el riesgo de corrupción y las condiciones de vida entre regiones y departamentos y una correlación entre estas variables tanto a nivel departamental como municipal. Por lo que es necesario observar «si los menores niveles de capacidad estatal a nivel local y el mayor riesgo de corrupción, son predictores de un mayor esfuerzo de los organismos de control y de la Fiscalía en las sanciones disciplinarias, penales o de responsabilidad fiscal contra los funcionarios públicos por delitos o faltas contra la administración» (Saavedra y Conde, 2018, p. 276). En este sentido, los autores proporcionan una caracterización del riesgo de corrupción basada en índices de transparencia y desempeño institucional y muestran la evolución de las sanciones fiscales, penales y disciplinarias, y por último el esquema de supervisión del gobierno nacional sobre los recursos del sistema general de participaciones (SGP) y de regalías (SGR) (Saavedra y Conde, 2018, p. 276-291).

De los resultados del estudio de Saavedra y Conde (2018) destaca que: (i) si bien entre 2009 y 2017 las sanciones disciplinarias, fiscales y penales contra la corrupción de funcionarios han tenido una tendencia creciente, *el crecimiento de las sanciones penales y fiscales ha sido en los departamentos con riesgo medio y no en aquellos de mayor riesgo* (Saavedra y Conde, 2018, p. 276). Además, *el sistema de monitoreo, seguimiento, control y evaluación (SMSCE) de los recursos del SGP*, en cabeza del gobierno nacional *no está alineado con los niveles de riesgo a nivel municipal, aunque sí a nivel departamental* (Saavedra y Conde, 2018, p. 284-287). En cuanto al SMSCE de los recursos del SGR, «el procedimiento correctivo y sancionatorio no está alineado con las tipologías de riesgo, mientras que el preventivo sí lo hace» (Saavedra y Conde, 2018, p. 292). Por lo que resulta evidente que, en Colombia, además del incumplimiento de normas y estándares establecidos para los procesos de gestión, *el trabajo de control de las transferencias a las entidades territoriales no se está focalizando hacia aquellas más riesgosas*.

Lo anterior es realmente importante, pues para que un proceso de descentralización fiscal como el iniciado en la década del 90 en Colombia logre su objetivo de ser fuente de eficiencia en la prestación servicios y en el suministro de los bienes públicos, deben estar claramente definidas las responsabilidades de los diversos niveles de gobierno y debe haber sanciones por un desempeño inadecuado¹²³. En otras palabras, debe existir poca incertidumbre y deben darse los incentivos y correctivos correctos.

¹²³ Este proceso se profundizó a partir de 1991, con el impulso de la descentralización política por parte de la Constitución Política. «A partir de ahí, siguieron reformas con el fin de reglamentar descentralización administrativa y fiscal con las Leyes 388 de 1997 (ordenamiento territorial), Ley 715 de 2001 (Sistema General de Participaciones), 1176 de 2007 (reforma al SGP), 1454 de 2001 (Orgánica de ordenamiento territorial), y los actos legislativos que crean y modifican el SGP 01 de 2001 y 04 de 2007.» (Saavedra y Conde, 2018, p. 256). Las reformas fiscales estuvieron dirigidas a desconcentrar el gasto nacional y a mejorar la cobertura y eficiencia en la provisión de bienes públicos. En esencia, las redefinieron las responsabilidades de gasto en todos los niveles de gobierno y modificaron el sistema de transferencias del nivel central hacia los gobiernos municipales y departamentales.

Lo que demuestra la investigación de Saavedra y Conde (2018) es que en Colombia esto tiene debilidades, pues, aunque los sistemas de información han mejorado en el tiempo, los sistemas de monitoreo, seguimiento y control a la corrupción se hayan desalineados con el nivel de riesgo. Hay un grupo de departamentos con un elevado riesgo de corrupción, en cual están los departamentos de Cesar, La Guajira, Magdalena, Sucre, y Chocó, entre otros, para los cuales, según los autores, debe diseñarse un esquema de monitoreo y acompañamiento especial. A la larga, «el fortalecimiento institucional y el monitoreo de los organismos de control, la fiscalía y el gobierno nacional deben tener una elevada prioridad» (Saavedra y Conde, 2018, p. 292). Los resultados de Saavedra y Conde (2018) no deben sorprender a las alturas de este trabajo, es apenas congruente con los factores institucionales que han propiciado altos niveles de tolerancia a la corrupción y con la dinamica de movimiento esperada en la teoria.

La situación de la corrupción a nivel territorial resulta preocupante ya que la dimensión de la descentralización fiscal es elevada. Una forma de dimensionar la descentralización fiscal es observar el peso de las compras públicas de los gobiernos locales y departamentales con respecto al gobierno nacional. Como muestra la información de compras públicas registrada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), las entidades departamentales y locales contrataron en 2016 el 50% del total de las compras públicas del estado, por un valor de 46,6 billones de pesos. Esta cifra en 2018 asciende al 74% del total de compras públicas por un valor de 66, 1 billones de pesos (figura 6). Sin embargo, no se debe olvidar el efecto a inicio de año que tiene la Ley de Garantías sobre el registro de procesos en el SECOP.

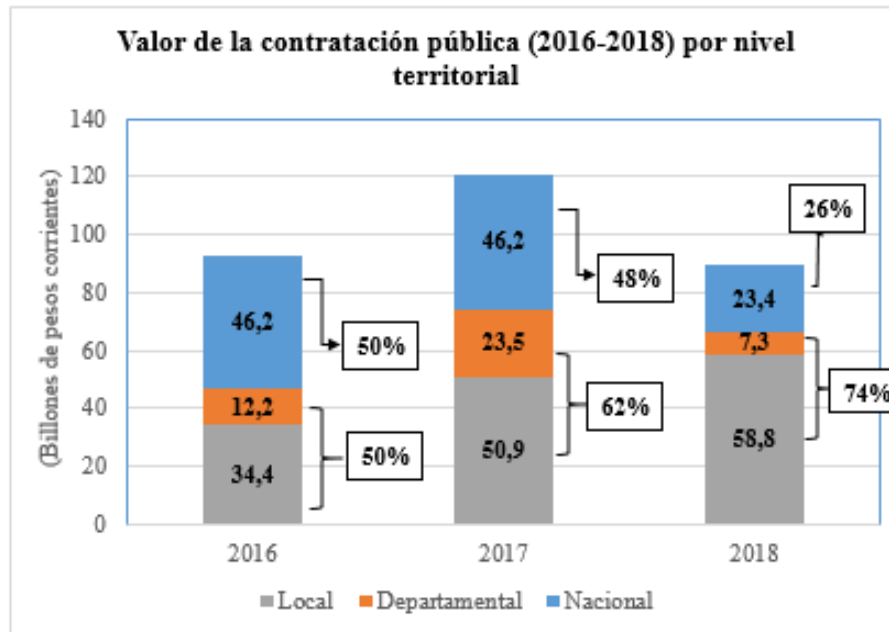


Figura 6. Valor de la contratación pública en Colombia (2016-2018). Adaptado de (Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente., 2019).

Por supuesto, una cosa es que las entidades territoriales presenten mayor riesgo de corrupción y otra muy distinta son los montos en riesgo. Como las entidades nacionales tienen mayor presupuesto para ejecutar y son un menor número, naturalmente, el valor estimado de recursos presenta mayor riesgo de corrupción en promedio que las entidades a nivel territorial. Esta proposición es sostenida por Zuleta, Saavedra, y Medellín (2018), quienes elaboran un Índice de Riesgo de Corrupción (IRC) calculado a partir de la revisión de los registros del SECOP y el establecimiento del respectivo riesgo en función de la ausencia de competencia, la persistencia y concentración de contratistas y las adiciones a los contratos en la contratación pública. De acuerdo con los autores en mención, «en promedio, las entidades contratantes pertenecientes al nivel nacional tienen en riesgo 38.000 millones de pesos (su mediana es de 6.178 millones de pesos), mientras que las entidades de nivel territorial 1.700 millones de pesos (y su mediana es de 43 millones de pesos)» (Zuleta *et al.*, 2018, p. 227-228).

Dicha situación se recrudece ante las dificultades de coordinación entre los diferentes órganos de control y acusación (Procuraduría General de la Nación –PGN- y Contraloría General de la República-CGR- y Fiscalía General de la Nación-FGN-) a nivel territorial y nacional, aunque en esta última con mejor nivel de cooperación interinstitucional en casos de gran corrupción (Gamarra Vergara , 2006, p. 39-40). Es un problema más profundo que la falta de lucha colectiva entre cada una de las cabezas de la Procuraduría, la Contraloría y la Fiscalía General de la Nación, y «tiene que ver con la falta de un concepto común sobre los actos que materializan la corrupción, (...) coordinar los distintos criterios de priorización que han utilizado o pretenden utilizar estos órganos para abordar los casos de corrupción y (...) la interoperabilidad entre los sistemas de información de la Fiscalía y los órganos de control» (Newman Pont y Ángel Arango, 2017, p. 126-128). Esto significa que lo que idealmente debería ser como el esquema A sea más del tipo B (Véase la figura 7)¹²⁴.

¹²⁴ De acuerdo con Gamarra Vergara , (2006), a partir de la constitución de 1991, los entes encargados para contrarrestar la corrupción quedaron entrelazados. La CGR y la PGN como entes de control y la FGN como ente acusador. Por un lado, la CGR se encarga de la vigilancia de la gestión fiscal de servidores públicos, particulares y privados a través de (i) control interno, (ii) auditorias, (iii) responsabilidad fiscal y (iv) participación ciudadana. A su vez, la PGN vigila la conducta de los funcionarios públicos, defiende los intereses de los ciudadanos, el orden jurídico y los derechos fundamentales. Por otra parte, la FGN (creada con la constitución política de 1991) investiga delitos, califica procesos y acusa infractores de la ley penal ante los tribunales competentes. Además de estos, el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción completa el entramado institucional. Sus labores se concentran en cuatro ejes: coordinación interinstitucional, control ciudadano, cultura de la legalidad y estrategias regionales. Otros mecanismos de control que complementan el aparato estatal son las ONG y las veedurías ciudadanas. En efecto, «debido a que la corrupción genera pérdidas de recursos del Estado, la CGR debe abrir un proceso e identificar responsabilidades fiscales. Como estos recursos van a parar a manos privadas, la FGN debe proceder y acusar penalmente. Por último, ya que las pérdidas de los recursos del Estado se originan en las malas actuaciones de sus funcionarios, la PGN también abre su propio proceso» (Gamarra Vergara , 2006, p. 31).

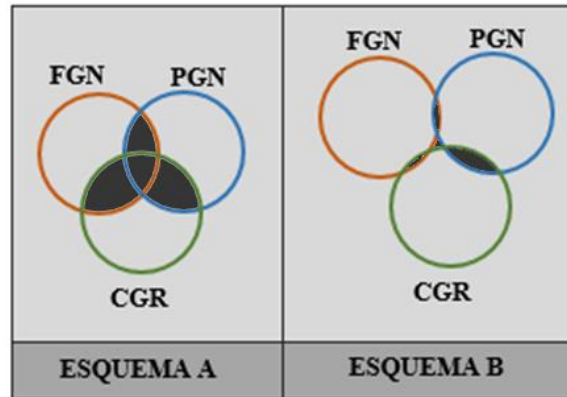


Figura 7. Esquemas de interacción entre entes de control y de acusación en la lucha anticorrupción en Colombia. Adaptado de (*Gamarra Vergara , 2006, p. 20*). Nota. La intersección –sombra gris- de las esferas representa la acción sobre la corrupción.

Tan profundos son los fallos institucionales que no solo se trata de problemas de coordinación e ineficiencia entre los órganos de control y acusación, sino que se expanden por el sistema de justicia y la capacidad del Estado para tener resultados favorables ante procesos arbitrales por cuestiones contractuales. En este sentido, la defensa jurídica del Estado ante los tribunales de arbitramento es especialmente débil. Para el 12 de noviembre de 2014, el Estado había sido condenado en el 75% de los conflictos por temas contractuales (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado , 2014, párr. 1). De acuerdo con esta entidad, la justicia arbitral debería estar alerta ante:

Árbitros que acumulan más de los arbitramentos permitidos por la ley, que tienen inhabilidades o conflictos de interés, que se abrogan competencias sin tenerlas o prácticas, que, si bien no están prohibidas, ponen en riesgo las potestades del Estado, como cuando por vía de una medida cautelar, se pretende que el Estado no acuda a sus facultades legales, como imposición de multas o declaratorias de caducidad ante el incumplimiento de un contrato(Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado , 2014, párr. 4).

Además, como reconoce Rodríguez Espitia (2016), los resultados en la defensa del estado se deben en parte a problemas en que pueden incurrir los apoderados (internos o externos). Por ejemplo, por (i) la falta de conocimiento y estudio del expediente, que implica tanto la demanda como la contestación de la misma y los autos que precedieron a la realización de la audiencia inicial, (ii) el desconocimiento del procedimiento aplicable en cada proceso, así como de las decisiones susceptibles de recurrir y cuales medios de impugnación son los pertinentes en cada caso, (iii) la alta rotación de los apoderados del Estado, que lleva al desconocimiento del proceso y a la improvisación en las audiencias y (iv) la falta de argumentación jurídica y fáctica que permita interponer y sustentar adecuadamente los recursos frente a las decisiones tomadas por el juez en las audiencias (Rodríguez Espitia, 2016, párr. 8-11).

Estos problemas en que pueden incurrir los apoderados, se encuentran tanto en abogados externos como internos, que muestran poca «actividad» en el impulso del proceso (Alviar García, López Medina y Rodríguez Garavito, 2017, p. 12). Además, es de resaltar una característica común que los autores en mención describen como «cansancio a lo largo del litigio» que se traduce en tres consecuencias: (i) el debilitamiento de la defensa del Estado a medida que transcurre el tiempo, (ii) un aumento considerable en el porcentaje de condenas al Estado en segunda instancia y (iii) el incremento considerable en la suma de la condena (Alviar García *et al.*, 2017, p. 109). En efecto, el tiempo procesal ha sido por esencia una de las debilidades del sistema de justicia.

En el contexto del modelo de Estado social se produjo un crecimiento desproporcionado de las normas penales sancionatorias, provocando un incremento incontrolable en las áreas de criminalización y una verdadera inflación penal que trajo como consecuencia un embotellamiento del sistema punitivo (Andrade Fernandes y Rodríguez García, 2013, p. 1).

La figura 8 presenta el grado de descongestión del sector jurisdiccional a través del Índice de Congestión, que, se entiende como el número de procesos judiciales que se acumulan en el año al inventario de respectiva jurisdicción. A menor valor, menos acumulación y mayor posibilidad de tener una justicia al día. Como puede observarse, la acumulación ha sido tradicionalmente alta en las jurisdicciones administrativa y disciplinaria, en el 2018 superó el 60% de los procesos en estas jurisdicciones, relacionadas particularmente con las controversias contractuales del sector público y los funcionarios.

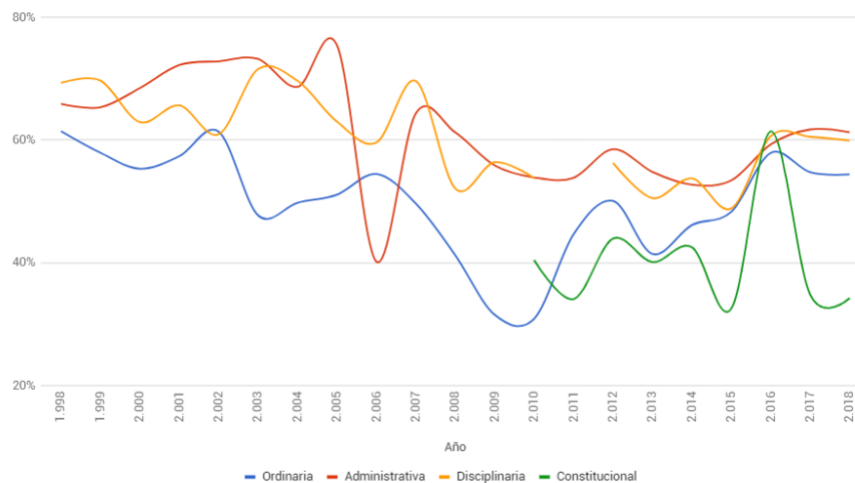


Figura 8. Evolución del Índice de congestión por jurisdicción en Colombia. Nota. El sector jurisdiccional lo conforman las jurisdicciones ordinaria, administrativa, disciplinaria y constitucional. Se calcula así: Índice de congestión = $1 - \text{Índice de Evacuación Total (IET)}$; Donde $\text{IET} = \text{Egresos efectivos} / (\text{Inventario activo} + \text{Ingresos efectivos})$. Adaptado de (Corporación Excelencia en la Justicia, 2019).

En este contexto, las medidas adoptadas han sido «la descriminalización en unos casos, la despenalización en otros» (Andrade Fernandes y Rodríguez García, 2013, p. 3). Además, la introducción de despachos y jueces de descongestionamiento desde 2003. El efecto de esto puede apreciarse en una reducción de la congestión desde 2004. Sin embargo, debe considerarse que:

El diseño de los programas de descongestión puede resultar en un aliciente perverso para la gestión, pues, en primer lugar, si se trabaja a buen ritmo y no se generan retrasos, no se generan incentivos ni recursos para ese despacho y en algunas oportunidades, pueden recibir más reparto para ayudar a desatrasar a los demás jueces; lo que lleva en algunos casos a que los funcionarios prefieran “acumular” un porcentaje de procesos para no verse afectados por estas medidas. En consecuencia, no existen incentivos que recompensen la productividad (Corporación Excelencia en la Justicia, 2016, p. 107).

Lo anterior ha sido particularmente cierto en la jurisdicción contencioso administrativa. De acuerdo con el estudio de tiempos procesales del Consejo Superior de la Judicatura (2016), para resolver un proceso en primera instancia la Jurisdicción Contencioso Administrativa –encargada de dirimir los pleitos contractuales en el sector público- se tarda en promedio 369 días, lo que supera en 121 días hábiles el mandato legal. Solo el 38 % cumple con los términos de tiempo establecidos por la normatividad y, dependiendo del tipo proceso, el tiempo puede variar del (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, p. 202-242). Al respecto (véase la Tabla 1).

Tabla 1

Tiempos de duración de la primera instancia por tipo de proceso

Tipo de proceso	Duración
Contractual	843 días corrientes – 506 hábiles.
Nulidad Simple	768 días corrientes – 461 días hábiles
Nulidad y Restablecimiento	549 días corrientes - 330 días hábiles.
Reparación Directa	977 días corrientes - 586 días hábiles
Repetición	1386 días corrientes – 832 días hábiles.

Nota. Adaptado de (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, p. 207-208)

No hace falta demostrar que los excesos derivados de la gran producción normativa en materia penal conducen a la ineficiencia del sistema de justicia, basta decir que se potencia principalmente

por la persecución del *principio de legalidad procesal* en un número mayor de delitos que pueden ser relativamente insignificantes frente a la mediana y gran criminalidad ¹²⁵. Sencillamente el Estado es incapaz de perseguir todas las conductas que merecen castigo en el territorio. Sin embargo, debe cuestionarse la elección del descongestionamiento procesal a toda costa, puesto que en ese escenario se corre el riesgo de estimular un aliciente perverso en la gestión de los procesos que puede favorecer un incremento en la desconfianza en la voluntad y capacidad del Estado para cumplir con su misión de protección, alcanzándose importantes cotas en los niveles de percepción de la impunidad.

En efecto, debido a que las personas comúnmente califican la justicia en función de su celeridad y la capacidad para restablecer el orden que el hecho juzgado hubiese alterado, las consecuencias del congestionamiento se han visto reflejadas en una mala percepción del funcionamiento de la justicia. La figura 9, muestra la evolución percepción ciudadana sobre la justicia, (Panel A) y la Fiscalía General de la Nación (Panel B). Como se ilustra, durante la última década la imagen de la justicia en Colombia ha desmejorado, lo mismo en el último lustro para la FGN.

¹²⁵ En términos dogmáticos el principio de legalidad se rige por lo menos por: (i) la exclusión de cualquier margen de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, lo que determina que la Fiscalía esté obligada a plantear la acusación en todo caso, incluso cuando este infundada, negándole la posibilidad de que pueda archivarla según su criterio. (ii) Negación de cualquier facultad a la Fiscalía en cuanto al sometimiento de cargos ya formulados (Andrade Fernandes y Rodríguez García, 2013, p. 13-14). En efecto, *el principio de legalidad supone que la Fiscalía se abstenga de ejercitar la acción penal, así como la imposibilidad de que pueda renunciar a los cargos ya formulados*. Quiere decir que se «trata de la mayor expresión de garantía en el sistema penal» (Andrade Fernandes y Rodríguez García, 2013, p. 14).

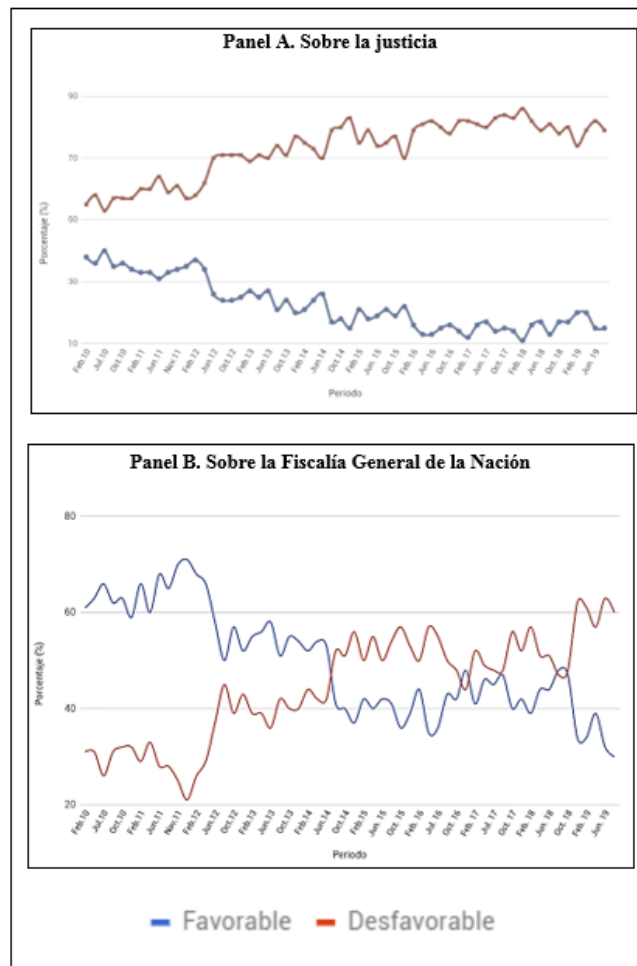


Figura 9. Evolución de la percepción ciudadana sobre la justicia y la Fiscalía General de la Nación. Adaptado de (Corporación Excelencia en la Justicia, 2019)

Ante esta cruda realidad, en el sistema penal colombiano se concibió la introducción del principio de oportunidad como una alternativa al principio de legalidad. Un análisis de este se presenta en la siguiente sección, deteniéndose en el acceso a este cuando el delito es el cohecho. Por ahora, se quiere mencionar que es posible que haber otorgado acceso al principio de oportunidad en casos de cohecho, haya desmejorado la percepción mayormente favorable que tenía la ciudadanía sobre la Fiscalía hacia 2011 como se muestra en la figura 9.

3.4.1 Impunidad en el principio de oportunidad, reflejo de la falta de un concepto de corrupción amplio. El principio de oportunidad, «más que una opción, es una claudicación resignada ante las necesidades del moderno derecho penal.» (Andrade Fernandes y Rodríguez García, 2013, p. 3). Lo que no quiere decir que la institución del principio de oportunidad deba considerarse simplemente un mecanismo para acelerar la descongestión, sino que debe ser entendido como parte del conjunto de incentivos que ya existen en el marco jurídico colombiano para la denuncia. De esta manera, pueden derivar de él algunas ventajas de su aplicación. A saber, ahorro de recursos para la administración de la justicia, ahorro en los costos del ente acusador para la adquisición de pruebas contra otros involucrados y disminución en el tiempo de resolución de conflictos.

Sin embargo, para que esto se logre, deben definirse apropiadamente las reglas de acceso y exclusión al principio de oportunidad. El derecho lo denomina «principio de oportunidad reglada» en la medida de que una norma previamente indica expresamente los presupuestos, requisitos y criterios que deben ser observados para que el principio de oportunidad aplique según el caso, quiere decir que debe ser definida por la ley, ser controlado por un órgano jurisdiccional independiente y por supuesto, ser sometida al consentimiento del imputado.

Como aclaran Andrade Fernandes y Rodríguez García (2013), su justificación debe hacerse en función del merecimiento de pena y de la necesidad de pena, de tal forma debe trasladarse a modo de garantía en el análisis de cada caso u actor. Es decir, debe someterse la decisión, de si X o Y actor puede acceder al principio de oportunidad y al juicio de desaprobación ético-social en virtud del daño social generado por la conducta del autor. El daño social debe ser medido por i) la

importancia social del bien perjudicado ii) la gravedad de la lesión y iii) la reprobación de la actitud interna. Como afirman los autores, se encuentra justificado en los casos en que:

Se constate un menor merecimiento de pena, posibilitando de esta manera sean buscadas otras finalidades de naturaleza político-criminal, también relevantes (...) de modo que el límite de pena en que es posible el uso del principio de oportunidad es solamente el marco superior máximo (Andrade Fernandes y Rodríguez García, 2013, p. 29).

Pero esto no basta para la adopción del principio de oportunidad reglada, siendo necesario que exista la necesidad de recurrir a este, quiere decir, la ausencia de equivalentes funcionales que puedan producir los mismos efectos de la pena. En otras palabras, debe ser una alternativa de «*ultima ratio*» y no una opción inicial justificada para dar celeridad a un proceso de investigación.

En la (Ley 906, 2004, Art. 324) se optó por una reglamentación estricta del Principio de Oportunidad, posición que ha sido ratificada por la Corte Constitucional en varias sentencias donde se ha analizado el tema -algunas serán abordadas más adelante-. Esta ley, que define el Código de Procedimiento Penal, contempla 17 causales para la aplicación del principio de oportunidad, cada una con una finalidad diferente. Algunas de estas, como las primeras tres causales, están estructuradas a partir de la no necesidad de la pena o de la solución alternativa del conflicto penal, en el caso de la primera se trata de una causal que tienen como requisito haber sido condenado por delitos de menos de 6 años. Por otra parte, la cuarta causal, indica que será aplicada cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada (Ley 906, 2004, Art. 324)¹²⁶. En este sentido, se usa cuando la colaboración del imputado resulte *determinante para*

¹²⁶ La primera causal tiene como requisitos que el extremo máximo de la pena no supere los seis años de prisión y que se haya indemnizado integralmente a la víctima. Esta, es perfectamente aplicable cuando la víctima es desconocida

evitar la continuación del delito o que otros se cometan, o lograr la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

Es decir, se trata de un principio de oportunidad entregado, a través de esta causal, a una persona que, sí necesita ser condenada, pero que otorga un beneficio brindándosele el acceso al principio de oportunidad-esta misma justificación tiene la quinta causal-. A saber, la quinta causal será aplicada cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciar la audiencia de juzgamiento, se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. La sentencia C-095 (2007), hace alusión a la relación costo - beneficio que puede esbozarse como argumento para la aplicación de la causal cuarta y quinta:

De otra parte, aplicar el Principio de Oportunidad en el caso de delitos de baja entidad para promover la identificación de los autores y partícipes en los delitos de extrema gravedad, redundaría en beneficio de la justicia y en la protección de los derechos de las víctimas de esos delitos de mayor entidad cuyo esclarecimiento y consecuente identificación de los responsables usualmente es más difícil (Sentencia C-095, 2007).

Para lograr el beneficio, la Fiscalía ha sido enfática en señalar que se debe determinar: (i) la existencia de la organización criminal, (ii) la forma en que opera y (iii) las personas vinculadas, para determinar lo procedente en pro de lograr la desarticulación de la banda delincencial (Fiscalía General de la Nación, 2010, p. 90). Lo anterior, porque en reiteradas ocasiones se ha advertido el riesgo de que el instrumento fuera utilizado de manera inadecuada por los cabecillas de las bandas delincuenciales para obtener beneficios gracias a la delación de otros integrantes de

o no puede ser ubicada. Por otra parte, la causal segunda es aplicable cuando hubiese operado la figura jurídica de la extradición, y que se trate de la misma conducta. La causal tercera, se origina cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible, y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero con efectos de la cosa juzgada (Ley 906, 2004, Art. 324).

menor importancia, lo cual, obviamente, resulta insostenible (Comisión Redactora Constitucional, 2003).

En consonancia con lo anterior, se debe resaltar que la Ley 1312 de 2009 abrió la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a eventos de tráfico de estupefacientes, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, sin embargo, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta. Además, determinó expresamente la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad a jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas. Tal como se menciona en la exposición de motivos de la reforma al principio de oportunidad:

Sólo si se logra aplicar el Principio de Oportunidad a alguno de sus integrantes como una herramienta importante que ayude a dismantelarlas, y con ello, aunque se suspende o se renuncia a la acción penal respecto de aquellos partícipes que no tengan un nivel jerárquico alto en la organización criminal, quienes a cambio suministran el conocimiento, la voluntad y la prueba eficaz para desactivarla, correlativamente los esfuerzos estatales podrán encaminarse hacia objetivos más trascendentales para la comunidad nacional e internacional, como es el ataque a la estructura y funcionamiento de las sociedades delictivas (Proyecto de Ley 1312, 2009, p. 11).

Sin embargo, como la misma Fiscalía menciona, difícilmente puede pensarse en que el testimonio del imputado o acusado sea la única prueba con la que se cuente (Fiscalía General de la Nación, 2010, p. 105). En primer lugar, porque existen riesgos en la colaboración que ofrecen los imputados o acusados, esta puede ser tergiversada para desviar las investigaciones hacia otro rumbo o en dirección a otros actores, lo que implicaría un enorme daño a la administración de

justicia. Por eso, en estos casos resulta de vital importancia la corroboración o verificación de la información, que tiene el riesgo de no ser eficaz, pero puede llevar a la definición de algunas pesquisas (Sentencia C-095, 2007). En segundo lugar, que como la colaboración se brinda a cambio de un beneficio, es intrínseco a ella la desconfianza. Esto «implica realizar un pronóstico sobre la eficacia del testimonio para sostener la pretensión de condena durante la audiencia de juicio oral» (Fiscalía general de la nación, 2010, p. 105). Una inversión *ex ante* que supone elevados costos de transacción ante la imposibilidad de confiar en la declaración.

La realidad es que después de la entrada en vigencia del sistema acusatorio en Colombia, el principio de oportunidad no ha tenido la aplicación esperada (Fiscalía General de la Nación, 2010, p. 23). Más aún cuando se han incluido nuevas causales para el acceso al principio de oportunidad como la causal 18, que otorga el principio de oportunidad cuando el tipo penal es el cohecho. De acuerdo con la normatividad, se podrá acceder al principio de oportunidad:

Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado. Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento. El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas (Ley 906, 2004, Art. 324).

Debe destacarse que esta causal fue consagrada en el anterior Estatuto Anticorrupción a través de la (Ley 190, 1995) y declarado inexecutable, por la Corte Constitucional a través de la sentencia (Sentencia C-709, 1996)¹²⁷. De acuerdo con la Corte Constitucional:

¹²⁷ La Ley mencionada establecía «Cohecho por dar u ofrecer. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de

Se considera que la norma acusada no se justifica constitucionalmente, porque el beneficio de la extinción de la acción penal es un factor que genera impunidad, en cuanto exonera de la acción a quien denuncia no obstante ser autor o participe del delito (Sentencia C-709, 1996).

Como se expone en esta misma sentencia, claramente se plantea la existencia de un conflicto entre la eficiencia, la eficacia y la impunidad. Los sentimientos de nobleza, recíproca lealtad entre compañeros de una misma causa lícita o ilícita, amistad y otros del mismo género, podrían llevar a que quien participa en el ilícito y denuncia al resto de los transgresores de la ley penal no solo resulte premiado, sino que también, pueda a través de esta, ocultar posibles involucrados con quienes congenia. Además, es bien sabido que la ausencia de sanción penal y social es un incentivo a la corrupción.

Empero, con la subsecuente expedición del Código de procedimiento penal, se pasó de este sistema penal «inquisitorio», en la medida en que se seguía a toda costa el principio de legalidad, y se adoptó un modelo procesal de corte acusatorio. Este modelo está «caracterizado, esencialmente, por la implantación de un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, inmediación probatoria y respeto de todas las garantías fundamentales» (Ley 906, 2004, Art.4). Se fundamenta en los principios de inmediación (en la fase de investigación no hay controversia probatoria plena, pues toda discusión de pruebas se hace frente al juez) y de disponibilidad de la acción (desistimiento, principio de oportunidad), como mecanismos para la búsqueda de eficiencia y «verdad» procesal.

cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y prohibición de celebrar contratos con la administración por el mismo término. PAR.—*Si la investigación se iniciare por denuncia del autor o participe particular, efectuada dentro de los quince (15) días siguientes a la ocurrencia del hecho punible, acompañada de prueba que amerite la apertura de la investigación en contra del servidor que recibió o aceptó el ofrecimiento, la acción penal respecto del denunciante se extinguirá. A este beneficio se hará acreedor el servidor público si denunciare primero el delito.* En todo caso, si el funcionario judicial no estimare suficiente la prueba aportada para iniciar la investigación, la denuncia correspondiente no constituirá prueba en su contra» (Ley 190, 1995, Art.143).

Aun con los reparos de Constitucionalidad de que fuera objeto en su anterior regulación, en los términos de la causal 18 en la (Ley 906, 2004, Art. 324), se presentan estas características: (i) pueden ser beneficiarios de esta causal ambas partes involucradas en el cohecho, (ii) que la investigación penal tenga su origen, en la denuncia de alguna de las partes involucradas, de modo que si la investigación se inicia por iniciativa del ente acusador, o por denuncia de otra persona diferente a los autores no hay lugar a invocar esta causal, (iii) que además de la denuncia se debe aportar evidencia útil para el juicio, como serían documentos, grabaciones, entre otros, (iv) que el denunciante sirva de testigo contra el denunciado en la audiencia (v) que haya reparación voluntaria e integral del daño causado. De acuerdo con Giraldo Cifuentes (2017) se ha creado:

Una especie de principio de oportunidad privilegiado, para los delitos de cohecho, sin que tenga razón de ser tal tratamiento diferenciado, porque mientras que, en los restantes atentados contra este bien jurídico, se condiciona su procedencia a atentados de lesividad mínima, y a que se haya impuesto sanción disciplinaria al servidor público; en esta hipótesis, no se requiere, ni que se haya impuesto sanción disciplinaria, ni que la lesividad sea mínima (p. 112).

Así, aunque en el sentir de la causal 4 y 5 se haya el esfuerzo por entregar un principio de oportunidad en favor de la desarticulación de la delincuencia organizada prohibiendo su acceso a las «cabezas del crimen», lo mismo no puede sostenerse de la causal 18, que otorga una vía accesoria directa a agentes iniciadores de casos de corrupción¹²⁸. Debe recordarse, que una de las principales dificultades al momento de abordar el análisis de casos de corrupción deriva de la

¹²⁸ Al respecto debe recordarse que la postura de Colombia respecto a la criminalidad organizada. Esta funciona como una empresa y requiere como ella de elementos básicos como la existencia de normas internas, sistemas de comunicaciones especiales, división del trabajo, estructura jerárquica, rutinas y procedimientos estandarizados, competencias técnicas especializadas y profesionalización de sus miembros, lo cual potencia y multiplica su efectividad. Como menciona la Corte Constitucional «La criminalidad organizada tiene a su vez las siguientes características: (i) la concertación de varias personas para la comisión de delitos, (ii) con cierta organización (iii) estabilidad y permanencia; (iv) está dirigida a la comisión de delitos graves; (v) adopta una estructura compleja y (vi) tiene por objeto el beneficio o poder.» (Sentencia C-334, 2013).

múltiple existencia de escenarios en que se puede desenvolver el fenómeno, pues este, encuentra vínculos evidentes con otras formas de criminalidad organizada. Incluso, escenarios que se desarrollan en el marco mismo de la ley en aprovechamiento de los vacíos normativos o la interpretación acomodada de la misma. Esto, sin duda, es algo que no se concibe dentro del incentivo de principio de oportunidad otorgado en el caso de cohecho, siendo resultado de la definición restrictiva de corrupción de tipo unidireccional –caso por caso-, que solo ha alcanzado una expansión del argumento hacia el delito transnacional, pero que no logra abarcar el fenómeno de manera amplia.

De hecho, el concepto mismo de crimen organizado presenta fallas. Esto, al punto de que, por ejemplo, en la Convención de naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional, se entiende por grupo delictivo organizado a «un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves» (Naciones Unidas, 2004, p. 5). En un extremo, las relaciones serían de tres agentes, con interacción uno a uno o entre estos para cometer delitos, lo que dista mucho de la realidad en la que se registran redes de agentes que realizan actividades desde lo legal y lo ilegal, y que, aun así, no dejan de hacer parte importante de la red criminal. Como resultado muy simplificado, es usual ver en los medios de comunicación que el concepto de «crimen organizado» se presenta como una estructura piramidal con «cabecillas», nada más desacertado.

En las redes criminales y en las redes de corrupción las relaciones se dan entre agentes ilegales con la participación de agentes que operan desde el sector legal y la estructura de la red corrupta, a medida que incrementa su tamaño, puede ser más descentralizada. Este último aspecto es muy importante, cuando la red es más descentralizada, más dificultad para ser eficiente encontrará el mecanismo de principio de oportunidad. Por eso, el hecho de que se entregue un principio de

oportunidad a un agente iniciador considerado «cabecilla», aun suponiendo su entera entrega, no garantiza que estos sean líderes de redes con gran influencia sobre los demás integrantes o que posean mayor capacidad para su manejo, o que en estos se concentre la mayor información sobre las personas involucradas

Además, la causal 18 que permite el acceso al principio de oportunidad en delitos de cohecho pretende que haya reparación integral del daño causado. Sin embargo, el daño típico de este delito no es algo que sea económicamente valorable, pues no comprende el simple daño a la administración pública, como se supone desde una visión tradicional de corrupción, sino que el daño se expande hacia la sociedad. En este sentido, y como es común observar, la reparación estaría dada por la exigencia de un valor cercano al soborno pagado cuando se trate del delito de cohecho por dar u ofrecer, y de la devolución de lo recibido en caso del servidor público.

En todo caso, hay que dejar claro que no se busca desincentivar el uso de este tipo de instituciones, por el contrario, debe propenderse al mejoramiento y evitarse la cooptación de beneficios penales como el principio de oportunidad y el preacuerdo. Recuérdese lo que se ha argumentado en este trabajo, que la corrupción en Colombia ha llegado a niveles sistémicos y organizados en estructuras que funcionan a modo de red – unas más complejas que otras-. Por tanto, reconocer el principio de oportunidad, sin tener un concepto establecido de la corrupción de manera organizada, deja un gran margen de partes involucradas fuera de la investigación, sanción y control que el sistema de justicia pueda llevar a cabo. Algunas de estas partes pueden ser líderes políticos, banqueros, empresarios y funcionarios que apoyan directa o indirectamente la red criminal. Así las cosas, quien accede al principio de oportunidad a través de la causal 18, incluso puede ser uno de los agentes iniciadores con mayor culpabilidad y no se haya obligado a colaborar en la desarticulación de una red, denunciar agentes con igual o mayor capacidad, poder o

información dentro de la estructura de la red, aquellos que pueden ser agentes legales o ilegales, por la sencilla razón de que la corrupción no es entendida como tal.

Pareciera ser que la única política criminal vigente en Colombia es la de agravación de las penas y los incentivos otorgados a quien ha tenido participación alguna en la comisión del delito, política inocua, pues, no parece efectiva frente a la delincuencia organizada nacional e internacional. Esto es cierto, a pesar de que el Código Penal colombiano (Ley 599, 2000) actualmente incluye todos los delitos solicitados por las convenciones internacionales (Véase los apéndices a, b, c y d). Inclusión que se debe en gran parte al segundo capítulo de la Ley Anticorrupción, que exigió sancionar nuevas conductas punibles. Sin embargo, el problema como se ha dicho, es la falta de un concepto que guíe las instituciones de manera integral hacia la concepción redes complejas de corrupción, que comprenda que en esta intervienen agentes legales, grises e ilegales y que se vea reflejada en los mecanismos como el principio de oportunidad.

Recientemente la Fiscalía general de la nación ha comenzado a asumir un nuevo rol en la investigación criminal a través de una nueva concepción del delincuente abandonando la idea propia del delincuente tradicional, pero no deja de estar atada ante la posibilidad de captación del principio de oportunidad. Desde la Fiscalía ya no se concibe el delincuente corrupto producto de la violencia con conducta psicopática, con ausencia de oportunidades económicas y de educación, con conducta violenta y sin visión de futuro. Por el contrario, la fiscalía concibe (i) que los hogares son estructurados, donde suelen tener vínculos o influencias en el poder y en la sociedad, y gozan de un reconocimiento y apreciación social. (ii) Que se trata de individuos con oportunidades de educación y desarrollo de formación avanzada, que se han centrado en el deseo de ambición. (iii) Suele tratarse de sujetos sociables, con amplias relaciones sociales, que tienen la capacidad de convencimiento y tienen carisma que moviliza masas. Y que dado lo anterior, (iv) goza de

importante proyección a futuro lo que favorece el acceso al poder, a las oportunidades e incluso facilita las relaciones y vínculos que, mal empleados, favorecen la comisión de delitos (Fiscalía General de la Nación , 2018, p. 25-29).

Aun así, no deja de ser preocupante, que los resultados esperados de los incentivos como el otorgamiento del principio de oportunidad en casos de cohecho no sean eficientes y, por el contrario, puedan ser cooptados. Resulta completamente necesario y fundamental revisar qué ha pasado con el principio de oportunidad, esta es una labor que debe partir de la consolidación de estadísticas públicas y actualizadas sobre el uso del mecanismo y su eficiencia. Sin embargo, «la FGN no cuenta con estadísticas públicas y actualizadas sobre la aplicación del principio de oportunidad y la celebración de preacuerdos por parte de fiscales» (Fedesarrollo, 2018, p. 317).

En el sentir de la amplitud de penas que ha seguido la política anticorrupción, en Colombia existe al menos una sanción penal y/o disciplinaria para cada una de las formas de corrupción identificadas. Sin embargo, poco o nada se ha trabajado en la implementación de incentivos o beneficios al denunciante. No se ha planteado incentivo alguno para quien nada tiene que ver y en ejercicio del deber de solidaridad acude a denunciar, lo que se interpreta, por el denunciante, como una carga que además le genera peligro a su seguridad personal (Fiscalía General de la Nación , 2018, p. 32).

3.4.2 El problema de la denuncia, la necesidad de adoptar la delación premiada. Como se ha tenido ocasión de argumentar en este trabajo, el impacto del narcotráfico y la industria de las drogas ilícitas ha estado muy relacionado con el crecimiento de la corrupción. La senda de dependencia que ha seguido la sociedad colombiana ha llevado a lo largo de la historia a una cultura de enriquecimiento fácil de tipo mafiosa que ha socavado los valores de las personas. Por esa razón, se ha hecho evidente que la corrupción ha adquirido unas características que hacen

recomendable utilizar otros conceptos, desde el crimen organizado hasta la concepción de redes ilícitas de corrupción. Conceptos que deben ser extendidos hacia las instituciones, las cuales no deben limitarse a incentivos para la denuncia de quienes hacen parte o tienen vínculo con el caso de corrupción específico. Los incentivos para la denuncia proveniente de la ciudadanía son importantes, debe reconocerse que la sola aplicación de leyes jamás lleva a un control de la corrupción, es la gente la que hace que las cosas funcionen.

En este sentido, no debe olvidarse que el miedo ha jugado un papel importante en la cooperación voluntaria o involuntaria de las personas, sea porque han participado de la corrupción o porque han omitido a los corruptos, esto como se ha visto, ha servido para el sostenimiento de las redes corruptas. En el contexto colombiano preguntarse si alguien con información suficiente se atrevería a denunciar tiene una respuesta casi automática, se diría que se trata de una acción casi suicida. Correr el riesgo de exponerse y de exponer a su familia, es un costo que difícilmente alguien esta presto a aceptar. Un comportamiento altruista de este tipo surge solo cuando el costo de hacerlo es cercano a cero y se cuenta con un con una disposición que genera cierta satisfacción y placer al castigar al incumplidor de normas, proveniente probablemente de la cultura y los valores arraigados en las personas.

Como menciona la Fiscalía: «los actos de corrupción rara vez son denunciados y son pocos los incentivos para servir como testigo» (Fiscalía General de la Nación , 2018, p. 31). De acuerdo con el ente acusador, hay una percepción errada sobre el nivel de conocimiento o certeza para acudir ante las autoridades, existe desconocimiento del deber de denunciar, de los medios o mecanismos para denunciar, de la posibilidad de presentar denuncias anónimas o acudir a mecanismos de protección del denunciante, pero, sobre todo, temor generalizado a represalias y retaliaciones o acciones penales que afecten al denunciante.

La protección del denunciante es un elemento esencial. Es evidente que uno es el tema de la protección de testigos y otro muy diferente el de la protección de denunciantes. Sobre el primero, Colombia tiene una experiencia no muy afortunada. EL programa creado por la (Ley 418, 1997, Art. 67), ha presentado falencias tanto en la protección brindada a los testigos, como en el ingreso de personas fraudulentas al programa que se han aprovechado por algún tipo de interés de la vinculación bajo mentiras en los procesos penales¹²⁹. Respecto a la protección de denunciantes como una medida necesaria para incentivar la denuncia de actos de corrupción y mecanismo de lucha contra el fenómeno, se tienen algunos antecedentes en materia legislativa que han sido positivos y otros más bien precarios. No se entrará al detalle, un análisis de estos ha sido realizado por Cepeda Ulloa (2018). Basta mencionar algunas características de estos.

Esta el caso de la (Ley 863, 2003, Art.37), único texto legislativo que reconoce explícitamente una recompensa en dinero cuando exista una denuncia válida, que, sin embargo, no ha tenido aplicación¹³⁰. También, el proyecto de ley impulsado por el senador Álvaro Uribe Vélez, que sin

¹²⁹ No solo por el amedrentamiento conocido que se dio en la guerra con los carteles de la droga en la década del 80. Sino recientemente, un par de casos actuales pueden ser citados. (i) En la investigación que se realiza en contra del expresidente Álvaro Uribe Vélez, por su presunta participación en las mascaras de «el Aro», de «la Granja» y la creación del grupo paramilitar «los doce apóstoles». De acuerdo con el periódico espectador, el método que presuntamente se ha utilizado ha sido, de alguna manera, dejar en libertad a testigos que han declarado en contra de Uribe en particulares circunstancias, para luego dejarlos sin protección pese a ser testigos de alto riesgo y, finalmente, asesinarlos (González Uribe, 2018). Así ha sido con al menos dos de los nueve que testigos asesinados a lo largo del proceso de 20 años iniciado contra Santiago Uribe Vélez al que el expresidente ha sido vinculado (Schnaida, 2019).(ii) En la investigación del caso Odebrecht, el método común mediante el que han muerto sospechosamente 3 testigos dispuestos a declarar ha sido el cianuro. Primero la muerte de Jorge Enrique Pizano, un testigo clave de lo sucedido, por un paro cardiorrespiratorio, según el informe médico. Luego la de su hijo Alejandro, cuatro días después, envenenado tras ingerir cianuro sin saberlo en una botella de agua que encontró en el escritorio de su padre. En diciembre de 2018, también falleció envenenado por cianuro otro testigo, Rafael Merchán (Miranda, 2019). Además, sobre el ingreso de testigos fraudulentos, se ha llegado a pensar en un cartel de falsos testigos (Gossaín, 2015).

¹³⁰ El texto del artículo es el siguiente: «El que denuncie hechos que constituyan inexactitud, aportando pruebas o información concreta que permita liquidar oficialmente los impuestos evadidos y sancionar al infractor, tendrá derecho a una recompensa en dinero equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las costas de fiscalización.

Cuando la denuncia permita establecer contrabando de mercancías, el denunciante tendrá derecho a una recompensa en dinero equivalente al tres por ciento (3%) del valor de la mercancía establecido en la diligencia de reconocimiento y avalúo, pagadero con posterioridad a la definición de la situación jurídica de las mercancías.» (Ley 863, 2003). La DIAN en los oficios 78852 de 2009, 733 de 2011, 20254 de 2012, entre otros, se ha pronunciado sobre la inaplicación de este artículo.

ningún reparo buscó establecer recompensas, pero no tuvo trámite¹³¹. En el mismo sentido, pero con disposiciones más explícitas y sobre un mecanismo de incentivo mixto, como cuantía o en especie (reconocimiento en beneficios laborales, vivienda, educación), se ha haya la propuesta del senador Guillermo Antonio Santos.

El proyecto de ley del senador Guillermo Santos, fue mejor concebido que los anteriores, en este se planteaba amplitud de beneficiarios (denunciantes), requisitos específicos de la queja o denuncia, competencia específica de los entes de investigación (IAS), medidas de protección y castigo en caso de denuncia temeraria. Sin embargo, la propuesta fue retirada por falta de debate. Con estos antecedentes, el gobierno del presidente en aquel momento, Juan Manuel Santos, redactó un borrador que buscaba promover y facilitar el reporte de actos de corrupción y adoptar medidas de protección para las personas que reporten información. Sin duda este borrador de proyecto de Ley es el más completo y fue anunciado con gran entusiasmo¹³². Pero el mismo no tuvo trámite en el congreso. De manera que lo que se tiene son unos proyectos de ley muy precarios, otros mejor elaborados, pero sin respaldo y un borrador por iniciativa presidencial que nunca se llevó al Congreso. Existe otro antecedente, el proyecto de ley del Ministro de Justicia Enrique Gil Botero, que sí paso a debate en el congreso y que «tiene defectos aún mayores (Objeto, Definiciones, Comité Rector)» (Cepeda Ulloa, 2018, p. 86).

A este antecedente se suma el más reciente intento, el Proyecto de ley impulsado el presidente Iván Duque Márquez, integrantes de los partidos Centro Democrático, Conservador y partido de la U. En este se presentan una serie de inconsistencias tanto en el texto radicado, como en el texto

¹³¹ En este proyecto de ley presentado en 2017, se expone «Artículo 11°. Incentivos de la denuncia en actos de corrupción. Se podrán conceder beneficios económicos, a las personas naturales o jurídicas que denuncien ante la autoridad competente delitos contra la administración pública, y colaboren con la entrega de información y de pruebas que demuestren ser idóneas para el proceso.»

¹³² El heraldo recuerda las palabras del presidente, que el objetivo de esta propuesta era «para que nadie tenga miedo de denunciar» (Moreno, 2017)

propuesto. En primer lugar, se le exige al denunciante que vaya más allá de una información significativa, exigiéndole comprobar los presuntos hechos de corrupción que pone en conocimiento de las autoridades, desconociéndose que en muchas ocasiones los denunciantes no saben cómo recolectar las pruebas, y que en todo caso, constituye un costo adicional al denunciante¹³³. En segundo lugar, la exigencia de una manifestación expresa podría leerse como un desincentivo, que, por motivo de desconocimiento o desconfianza, genere miedo en el denunciante. En tercer lugar, las medidas de protección se condicionan a la verificación de la información del denunciante, un desincentivo más que desconoce el miedo de quien denuncia y en ocasiones, teme por su vida y la de su familia¹³⁴. Además, las medidas de protección se limitan a

¹³³ El proyecto dice: «Artículo 4°. Contenido del reporte, denuncia o delación. El reporte, denuncia o delación podrá presentarse verbalmente, por escrito o por medios electrónicos y deberá contener, cuando menos: 1. La identidad y generales de ley de quien reporta o denuncia. 2. Una relación detallada de los hechos de que tenga conocimiento. 3. La designación de los posibles autores de los hechos objeto de reporte, denuncia o delación. 4. Una relación de posibles testigos. 5. *En el caso del denunciante y delator deberán aportar las pruebas y evidencias que tenga en su poder sobre la ocurrencia de los hechos, así como los datos concretos probatorios sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los actos de corrupción y su posible autor o autores.* 6. *Una manifestación expresa que se entiende aceptada con la firma, de que el reporte, denuncia o delación se efectúa de buena fe y bajo la convicción de su veracidad, que se conocen las consecuencias de una falsa denuncia, temeridad o de la motivación bajo intereses oscuros en su presentación.* Parágrafo 1°. Cuando el reporte o la denuncia se presente verbalmente ante el funcionario competente, este levantará un acta en la que dejará constancia de la identidad y generales de ley del reportante, denunciante o delator, y de los hechos detallados descritos y las pruebas, de ser el caso, que evidencien la ocurrencia de los hechos. El acta será firmada por quien reporta, denuncia o delata y el funcionario que la recibieren. Parágrafo 3°. Cuando se presente un reporte o denuncia anónima esta podrá promover acción penal, disciplinaria, fiscal o actuación de autoridad administrativa competente cuando: i) exista una justificación seria y creíble del denunciante para mantener la reserva de su identidad; ii) Cuando se acredite, por lo menos sumariamente la veracidad de los hechos denunciados; y iii) cuando se refiera en concreto a hechos o personas claramente identificables. *No se admitirá la delación anónima.*» (Gaceta del congreso, 2019, p. 21)

¹³⁴ Menciona el proyecto de ley : «Art 10. Medidas de protección y beneficios. Calificada la denuncia y verificada la información, se procederá a otorgar las medidas de protección que actualmente se encuentran vigentes en la legislación colombiana en esta materia, y las que se mencionan a continuación: Reserva de la identidad para aquellos ciudadanos que cumplieron con todos los requisitos aquí previstos. A estos se les asignará un código de identificación individual para proteger sus datos. Si se tratare de servidor público, se le garantizará su estabilidad laboral y/o en caso de ser necesario se reubicará en entidades similares, sin desmejorar sus condiciones laborales. De ser posible, se promoverá a cargos de mayor jerarquía y competencia; De ser personal por contrato, supernumerario, practicante, judicante entre otros; se le garantizará su continuidad; Cuando se trate de personas naturales y/o jurídicas extranjeras, el Gobierno nacional reglamentará lo pertinente; Beneficios, fiscales y disciplinarios, en caso de que el denunciante o quejoso, se encuentre inmerso o hubiere participado en los hechos materia de investigación, siempre y cuando sea acordado entre las partes.» (Gaceta del congreso, 2019, p. 23)

las medidas que actualmente se encuentran vigentes en la legislación colombiana en esta materia, las cuales son inexistentes. Existen mecanismos de protección de testigos, no de denunciante.

En cuarto lugar, lo que en el texto radicado es una mala definición de la recompensa, en el texto propuesto se convierte precariamente en beneficios similares al principio de oportunidad¹³⁵. El texto radicado condiciona la recompensa a que «se prevenga y evite el saqueo de los recursos públicos», esto sería un desincentivo a denunciar, ¿Quién puede esperar un pago así? si los delitos de corrupción son visibles para el ciudadano y se denuncian una vez cometidos. Como sea, peor es la situación en el texto propuesto, no se entiende como destruyen lo poco que han construido eliminando la recompensa, con esto el proyecto de ley se convierte en algo insignificante.

Lo anterior no quiere decir que todos los intentos en Colombia hayan sido fallidos, de hecho, Cepeda Ulloa (2018) expone que el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio si ha sido exitoso. La legislación le permite reconocer significativos beneficios en favor de las personas «que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente investigación» (Ley 1340, 2009, Art. 14). Menciona Cepeda que, «se trata entonces de un tema que es muy cercano a la institución de la delación

¹³⁵ En el texto radicado se lee: «Artículo 5°. Recompensas. El Gobierno nacional determinará la forma, cuantía, reconocimiento en beneficios laborales, vivienda, educación -en país y/o en el extranjero- y oportunidad de compensar económicamente para cada caso en particular, a los ciudadanos que cumplan integralmente lo previsto en la presente ley, cuando en virtud a su colaboración se prevenga y evite el saqueo de los recursos públicos. Deberá iniciarse la acción de repetición contra los funcionarios públicos y particulares que estén inmersos en actos de corrupción.» El artículo en el texto propuesto desaparece y es remplazado por el siguiente: «Artículo 13. Las autoridades administrativas, disciplinarias o fiscales competentes para conocer de las investigaciones objeto de delación, cuya colaboración haya sido oportuna y efectiva con la entrega de información y pruebas relacionados para el esclarecimiento de los actos de corrupción, concederán beneficios al delator(es), que podrán incluir la exoneración total o parcial de la sanción, conforme a la reglamentación interna que cada entidad expida para tal fin. En materia penal se aplicará lo determinado en el Código de Procedimiento Penal, sobre principio de oportunidad o beneficios que establezca la ley» (Gaceta del congreso, 2019, p. 24)

premiada, del Whistleblower, cuyas características son muy similares» (Cepeda Ulloa, 2018, p. 86).

El Whistleblower o delación protegida y/o premiada, es una herramienta diseñada precisamente para proteger la denuncia, proteger al denunciante y a su familia si es el caso y para proteger el patrimonio público o el privado. Ha ofrecido resultados significativos en países como Estados Unidos y es el mecanismo que dio origen a las investigaciones del caso Odebrecht. Precisamente, es Cepeda Ulloa (2018), quien rescata para Colombia una de las herramientas más eficaz para combatir la corrupción, esta es indispensable y no puede tener fallas. De acuerdo con Fernando Cepeda, debe cumplir con ciertos elementos.

A saber: la denuncia debe estar esté abierta tanto como sea posible para empoderar al ciudadano a ejercer un mayor control social; puede ser con información detallada o solo una alerta temprana, debe tener bajos costos de transacción para el ciudadano (no estar sometido o a regulaciones y procedimientos que dificulten el proceso de denuncia y reduzcan el interés), no exponerlo ante riesgos innecesarios, si la denuncia requiere ser anónima la regulación debe garantizarlo y solo si el denunciante puede y desea seguir aportando a la investigación permitir su acceso. Sin embargo, debe estarse presto a denuncias fraudulentas o que buscan aprovecharse de los incentivos compartiendo información de la denuncia, esas conductas deben ser castigadas. En pocas palabras, se requiere proteger la denuncia, el acto de denunciar y al denunciante.

En la medida en que la denuncia gane terreno, el sector empresarial debería buscar, también, normas y procedimientos que ofrezcan a sus empleados la posibilidad de formular, al interior de la empresa, denuncias sobre conductas fraudulentas (Cepeda Ulloa, 2018, p. 64). De acuerdo con Cepeda, el mecanismo debe incluir la recompensa muy significativa, porque se «sabe que hay culturas como la colombiana que denigran de la persona que relata o informa o denuncia un

comportamiento irregular. Desde el colegio se descalifica al “sapo”, al “chupa” al “lambón»» (Cepeda Ulloa, 2018, p. 65). Además, debe considerarse que la entrega de la recompensa debe ser efectiva.

A modo de conclusión de esta sección, debe tenerse claro que la ausencia de normas dirigidas específicamente a ciudadanos que denuncian de actos de corrupción, sumado al desconocimiento de los diferentes mecanismos de denuncia y protección, así como la inexistencia o la falla en la implementación, en muchos casos, de los mismos, configuran un entorno que desincentiva la denuncia de actos de corrupción. Así las cosas, «ante la falta de arreglos institucionales adecuados para promover y facilitar el reporte de prácticas corruptas, el ciudadano no se siente seguro para cumplir con su deber legal de colaborar con las autoridades en la detección, reporte y esclarecimiento de hechos de corrupción» (Cepeda Ulloa, 2018, p. 84).

Como se ha mencionado anteriormente, si el individuo tiene una experiencia relevante positiva, por ejemplo, sobre el sistema judicial y la seguridad de que su denuncia no traerá consecuencias sobre su propio bienestar, es probable que la solución intuitiva que le venga a la mente sea la correcta. En este sentido, además del fortalecimiento de las instituciones formales sobre el sistema de justicia y la búsqueda de mecanismos eficientes denuncia, es casi necesario pensar en el largo plazo en la educación sobre el beneficio de denunciar (recompensado moral y económicamente). Todo esto se encuentra en manos del congreso, al final, son aquellos los actores políticos encargados de las instituciones formales del orden nacional¹³⁶. Estos, realizan escogimientos

¹³⁶ De acuerdo con Suarez Salazar (2014) «El Congreso de la República de Colombia cuenta con seis funciones principales: constituyente, legislativa, de control político, de protocolo, electoral y judicial. *La función constituyente* se basa en presentar proyectos de acto legislativo, es decir, hacer reformas a la constitución. Estas se tramitan en dos vueltas, lo que implica ocho debates en la comisión correspondiente a cada cámara y en dos plenarias de Cámara y Senado. *La función legislativa*, la cual es la más relevante para las funciones del Congreso en general, consiste en interpretar, reformar y derogar las leyes; también, expiden códigos y normas. *La función de control político*, es la tarea a la que le compete ejercer un control sobre el ejecutivo a través de mecanismos como la moción de censura y las citaciones a los distintos ministros. La moción de censura cuestiona el comportamiento de uno o varios ministros. La citación es otra forma de control político en donde las bancadas pueden cuestionar las acciones y/u omisiones de los

públicos en función de los grupos de interés o presión que tienen el poder de negociación para idear nuevas normas: cabilderos, partidos políticos, el poder ejecutivo y los intereses regionales. Establecer límites y reglamentar la forma como diferentes grupos de presión ejercen su influencia es fundamental. La siguiente sección aborda someramente la falla institucional en Colombia en esa materia.

3.4.3 La falta de reglas de juego en el lobby y otros mecanismos de captura. El lobby o cabildeo no debe ser entendido como una práctica ilegal, al menos, no por definición. Se trata de la influencia que ejercen los «grupos de presión» en las decisiones legislativas o en la formulación de políticas públicas en favor de sus intereses. Es idealmente considerada un mecanismo participativo que cumple una función de acercamiento entre la ciudadanía y las decisiones del gobierno fortaleciendo la representación y el proceso democrático. Si bien no existe una definición uniforme de que se puede entender por cabildeo, existe un consenso en concebir el cabildeo como «la realización de aquellas actividades en representación de intereses particulares, de terceros, o propios, para influenciar en la elaboración de las políticas públicas en sus distintas esferas, ya sea para evitar un cambio, o para propiciarlo.» (Proyecto de Ley N° 94, 2014, p. 11).

No obstante, aunque el cabildeo puede enriquecer de forma invaluable el diseño de las políticas públicas, mediante el conocimiento e información técnica que puede aportar el sector privado para su elaboración, existe una percepción negativa asociada al desarrollo de esta actividad. De acuerdo con el senador Carlos Fernando Galán Pachón:

funcionarios del Estado. *La función de protocolo* que se dedica exclusivamente a dos actividades: la toma del juramento del Presidente del Senado y las ceremonias de honor y recepciones a miembros de otros Gobiernos. *La función electoral* se encarga de elegir al Procurador General de la Nación y a los magistrados de la Corte Constitucional, mientras que la Cámara elige al Defensor del Pueblo. Por último, está la *función judicial* que cuenta con la facultad de juzgar a los altos funcionarios del Gobierno, como por ejemplo el Presidente.» (Suarez Salazar, 2014, p. 14-16)

Esta percepción negativa se origina en el hecho de que la ciudadanía considera que no existe transparencia en la preparación de las políticas públicas debido a que no son claros los intereses privados que han influido en su desarrollo. Así mismo, existe la percepción de que no existe una igualdad en el acceso al diseño de las políticas públicas por parte de los sectores que representan los intereses de la ciudadanía, dado que solamente las empresas privadas más poderosas pueden acceder a los funcionarios públicos que tienen a su cargo la elaboración de las políticas públicas. (Proyecto de Ley N° 94, 2014, p. 2)

En Colombia, aunque ya se ha aceptado la creación de registros de cabilderos mediante la Resolución MD-2348 de 2011 y la MD-0813 de 2012 que la modifica, aún hace falta establecer límites y sanciones a su práctica, muchos han sido los intentos (véase el apéndice e). Desde el año 1995, el senador Germán Vargas Lleras ha liderado múltiples intentos por impulsar una ley que regule y formalice la práctica de cabildeo en Colombia. Sin embargo, tanto sus esfuerzos como los de otros senadores han sido infructuosos, los proyectos han sido archivados en debate o por tránsito de legislatura (fin del periodo de legislatura). Reglamentar el lobby parece casi un tabú en el país, la práctica se ha desarrollado de manera informal aun cuando desde la Constitución política se dejó clara la necesidad de establecer las reglas de juego.

En la actualidad, el marco regulatorio en materia de cabildeo que posee el país es precario, casi inexistente (Tabla 2). Se sintetiza en un mandato constitucional que obliga a regular la actividad del cabildeo, una resolución que establece un registro voluntario en la Cámara de Representantes y la Ley 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción), que eliminó 3 de 4 artículo propuestos que buscaban cierta regulación del cabildeo. A saber, (i) definían la actividad de cabildeo, (ii) obligaban al registro público y (iii) prohibían (a) la defensa o representación, de manera simultánea, de intereses opuestos o contradictorios, aunque se hiciera ante autoridades o instancias

distintas y (b) entregar directamente o por interpuesta persona beneficios de carácter económico frente al que se realice el cabildeo.

Tabla 2

Marco jurídico del cabildeo en Colombia

Normatividad del cabildeo en Colombia	
Constitución Política, Art. 144 inciso segundo	Artículo 144. <Artículo modificado por el artículo 7 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Las sesiones de las Cámaras y de sus Comisiones Permanentes serán públicas, con las limitaciones a que haya lugar conforme a su reglamento.
Ley 1474 de 2011, Capítulo IV	El ejercicio del cabildeo será reglamentado mediante ley.
Resolución MD-2348 de 2011 de Cámara de Representantes	Artículo 61. Acceso a la información. La autoridad competente podrá requerir, en cualquier momento, informaciones o antecedentes adicionales relativos a gestiones determinadas, cuando exista al menos prueba sumaria de la comisión de algún delito o de una falta disciplinario Por la cual se establece el registro público de cabilderos para la actuación de grupos de interés en el trámite de las iniciativas legislativas
Resolución MD-0813 de 2012 de Cámara de Representantes	Por el cual se modifica la resolución MD-2348 de 2011.

Nota. Adaptado con información de (Proyecto de Ley N° 150, 2018)

De acuerdo con Francisco Santos, ex Vicepresidente de la República, en entrevista concedida para Suarez Salazar (2015):

«Hay varios tipos de lobby, el tradicional, que es el grupo de presión explicándole al Congreso frente a una ley las implicaciones que pueden tener en un sector. Un lobby un poco más duro, en el que un sector financia una campaña para obtener unas prebendas más adelante o para obtener un favor o por lo menos para obtener el oído de un parlamentario o de un grupo de

parlamentarios frente a un tema o unos temas. Y existe el otro lobby, que raya en lo ilegal, que es ya el lobby en el que se invita a parlamentarios, en el que, digamos, se hace ese tipo de donaciones más directamente para obtener beneficios del Estado...y ese es un lobby ilegal.» (p. 40)

Cuando no existe regulación sobre las prácticas de cabildeo y sanciones a las desviaciones, el lobby, es uno de los mecanismos más comunes para burlar los límites constitucionales legalmente establecidos en materia de formulación de normatividad (principios de objetividad, independencia e imparcialidad). Esto no porque sea inherente al mecanismo de cabildeo, sino que, debido a su mala utilización y a su falta de regulación, el lobby se ha convertido en un factor generador de corrupción.

De estar regulado el lobby, la actividad debería llevarse a cabo única y exclusivamente al interior del respectivo cabildo y bajo códigos de conducta ética para persuadir a los ponentes y convencerlos de los beneficios o perjuicios de determinado proyecto. Cuando no existe normatividad y la práctica se realiza informalmente, es posible que el mecanismo se convierta en un instrumento indebido que permite a grupos de presión poderosos capturar las instituciones con mayor facilidad. La carencia de regulación y por ende de información, hace que el cabildeo se pueda llevar a cabo en cualquier parte, sea restaurantes, clubes, eventos sociales entre otros lo cual hace aún más difícil de documentar y controlar. Como se ha sostenido, las relaciones cercanas son una base importante del funcionamiento de la corrupción, estas permiten que las partes de un acuerdo corrupto construyan una red de favores.

Esto es preocupante, máxime, cuando la realidad social de Colombia ha hecho que la captura del Estado tradicionalmente adelantada por grupos legales, a través de métodos como el soborno nacional y transnacional para la obtención de beneficios económicos, haya avanzado hacia estadios

de reconfiguración cooptada del Estado (RCdE) y reconfiguración institucional cooptada (RIC). En estos escenarios, la acción se expande hacia organizaciones ilegales que mediante prácticas ilegítimas (extorción u amenaza), hacen «lobby» para modificar, desde adentro, el régimen político de manera sistémica e influir en la formación, modificación, interpretación y aplicación de las reglas de juego y de las políticas públicas. Con ello, buscan no solamente intereses económicos, sino, además, beneficios sostenibles para lograr que sus intereses sean validados política y legalmente, y legitimados socialmente en el largo plazo, aunque éstos no obedezcan al interés rector del bienestar social.

Por todo esto, la regulación del cabildeo en Colombia debe ser una prioridad. Seguir los pasos de algunos países y las recomendaciones internacionales puede ser un buen inicio. Estados Unidos, por ejemplo, desde la expedición de la Ley «*Lobbying Act*» en 1946, ha tenido una serie de regulaciones sobre el cabildeo. Actualmente, esta materia está regulada a nivel federal por la ley (Lobbying Disclosure Act , 1995) y sus posteriores enmiendas.

Entre las principales características de esta ley se destacan: (i) la regulación del registro para cabilderos que realizan sus actividades ante la rama ejecutiva y la rama legislativa (ii) la definición del alcance de las obligaciones de divulgación periódicas por parte de los cabilderos y la definición de sus actividades; (iii) el establecimiento de procedimientos específicos para el contacto entre cabilderos y funcionarios de la rama ejecutiva y legislativa; (iv) la creación de un régimen sancionatorio por el incumplimiento de las obligaciones previstas con multas de hasta 200.000 dólares; (v) la exigencia de un alto grado de divulgación de información financiera de los cabilderos. Además, desde entonces, Estados Unidos reconoce que para la efectividad de la ley se requiere una guía clara sobre quién debe registrarse y qué deben divulgar.

Por otra parte, en el caso de Canadá, al igual que los Estados Unidos, la regulación ha tenido una amplia evolución legislativa. La ley (Lobbying Act , 1985) y sus enmiendas se basan en cuatro principios claves: (i) el acceso libre y abierto al gobierno es un asunto importante de interés público; (ii) presionar a los titulares de cargos públicos es una actividad legítima; (iii) es deseable que los titulares de cargos públicos y el público en general puedan saber quién participa en actividades de cabildeo; (iv) el sistema de registro de cabilderos remunerados no debe impedir el acceso libre y abierto al gobierno. La extensa regulación de cabildeo en Canadá destaca por la prohibición de la remuneración total o parcialmente supeditada al resultado de cualquier actividad del cabildero. Además, porque impide expresamente que funcionarios públicos puedan desempeñarse como cabilderos luego de su retiro del cargo público, para efectos de evitar una posible puerta giratoria.

El caso de la regulación de cabildeo en Chile es interesante, además de las definiciones, obligaciones y sanciones, la (Ley 20730, 2014) involucra un mayor número de agentes como la rama judicial y amplía las definiciones de intereses particulares, de manera que, desligan los intereses de lo necesariamente económico y del orden necesariamente nacional.

En efecto, es posible extraer algunos elementos comunes y generales de las regulaciones de países mencionados. Definición de términos relevantes, estos incluyen: cabildeo, cabildero, obligaciones, sanciones, información pertinente. Y, además, de las actividades que no constituyen cabildeo. Por otra parte, el reconocimiento de cabildeo como herramienta democrática, sujeta a controles y sanciones. La creación de un registro público obligatorio, la definición de las obligaciones, el límite a través de un tiempo de enfriamiento al ejercicio de la actividad de cabildeo por parte de exfuncionarios públicos, el establecimiento de reportes y la creación de una guía. Además de estos antecedentes, se deben tener en cuenta las directrices internacionales como las

que ha tomado Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), con el fin de impulsar la transparencia e integridad en el ejercicio de cabildeo.

Adicional al Lobby, existen otros mecanismos que son utilizados para burlar las instituciones. En materia electoral es la financiación privada de las campañas electorales. Que el sector privado financie una campaña, de hecho, se encuentra constituido legalmente por la (Ley 1475 , 2011, Art. 20)¹³⁷. Sin embargo, tal como lo sostiene Humberto de la Calle (2010), «las donaciones a las campañas se hacen, en muchas ocasiones, a la espera de obtener decisiones favorables de los ciudadanos elegidos, y que, por tanto, hay una relación de proximidad importante entre tales donaciones y algunos procesos de corrupción política» (De la Calle Lombana, 2011, p. 3)

Mientras los políticos consiguen financiación privada para sus campañas, el intercambio involucra que estos deben ceder a la entrega de beneficios posteriores para el agente financiador. Una vez el candidato ha sido elegido, el favor se entrega a través de prácticas como: adjudicación de contratos estatales, acceso a cargos públicos, asignación de permisos y licencias, o formulación de normatividad que los favorezca. Adicionalmente, la financiación privada suele provenir de dos fuentes principalmente: i) el patrimonio privado del candidato o de su familia y/o ii) los grupos ilegales.

¹³⁷ De acuerdo con esta, «Los candidatos de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos inscritos a cargos o corporaciones de elección popular, podrán acudir a las siguientes fuentes para la financiación de sus campañas electorales:

1. Los recursos propios de origen privado que los partidos y movimientos políticos destinen para el financiamiento de las campañas en las que participen.
2. Los créditos o aportes que provengan del patrimonio de los candidatos, de sus cónyuges o de sus compañeros permanentes, o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad.
3. Las contribuciones, donaciones y créditos, en dinero o en especie, que realicen los particulares.
4. Los créditos obtenidos en entidades financieras legalmente autorizadas.
5. Los ingresos originados en actos públicos, publicaciones y/o cualquier otra actividad lucrativa del partido o movimiento.
6. La financiación estatal, de acuerdo con las reglas previstas en esta ley.» (Ley 1475 , 2011, Art. 20).

Cuando los actores ilegales (bandas criminales, guerrilleros, paramilitares) se ven involucrados, los recursos pueden ser producto normalmente de la minería ilegal, la coca y el contrabando, y es aportado a las campañas para: i) lavarlo y/o ii) poder acceder a la información privilegiada con la que cuentan los alcaldes, en su calidad de autoridades de policía (Newman Pont y Ángel Arango, 2017, p. 103). Estos grupos ilegales favorecen el cumplimiento de los acuerdos corruptos, son ellos quienes pueden hacer una amenaza creíble.

Es precisamente este contexto, el que llevó a la Misión Electoral Especial de Colombia a proponer la reforma para la modificación del sistema actual de financiación de campañas. Las recomendaciones proponen, por un lado, un sistema mixto, en el cual el aporte del Estado tenga un peso importante, creciente con respecto a la situación actual, con aportes directos e indirectos, a la par que se reduzca la necesidad de acudir a fuentes privadas, en particular durante las campañas. De acuerdo con esta:

El financiamiento directo de la campaña también debe registrar un aumento de la participación del Estado, facilitada por la estructura de listas cerradas y bloqueadas, que permite la entrega de recursos a las organizaciones políticas. Ese financiamiento se distribuiría en dos etapas. Se entregaría el 50% antes del proceso electoral como anticipo (40% en base a resultados precedentes; 10% de manera equitativa a todas las organizaciones que compiten, sin obligación de resultados electorales mínimos, pero sí de rendición de cuentas). Los beneficiarios de los recursos son los partidos, que son también responsables de la rendición de cuentas. El otro 50% se otorgaría a las organizaciones después de la elección, de manera proporcional a los resultados obtenidos por cada una (Misión Electoral Especial de Colombia, 2017).

3.4.4 Resumen. Se quiere terminar este capítulo con un breve resumen de lo que se ha explorado. El objeto ha sido mencionar algunas de las condiciones institucionales que facilitan la

corrupción en Colombia. En primer lugar, deben recordarse los problemas de implementación y coordinación de las herramientas y entidades de prevención, detección y penalización de la corrupción. (i) Falta de implementación de las herramientas de lucha contra la corrupción en las zonas periféricas del país. (ii) Falta de coordinación de la Fiscalía General de la Nación y los órganos de control. (iii) Fallos en los mecanismos de incentivos para la denuncia como el principio de oportunidad y ausencia del mecanismo de delación premiada. En segundo lugar, algunos de los mecanismos institucionales de abuso de autoridad y discrecionalidad (a) el Lobby sin reglamentación, (b) captura del estado, RcdE y RCI (c) la financiación privada de campañas electorales. En tercer lugar, el proceso electoral como escenario monopólico de generación de rentas económicas.

El siguiente capítulo avanza hacia otro escenario monopólico ampliamente conocido, la contratación estatal. En este se desarrolla principalmente el caso de estudio: Odebrecht. Sin embargo, como se verá en el último capítulo, se requiere de una mezcla de todo esto.

4 La contratación estatal en Colombia: cambio institucional

Sería inconcebible continuar esta exposición sin una clara especificación del sustento jurídico de la contratación de obras públicas y concesiones en Colombia. No se trata de abordar al detalle la densidad del conjunto de normas que dan vida legal al Contrato Estatal (estas se incluyen en el apéndice f). Importa la configuración, el proceso de la institución contractual y la legislación que en particular se asocia al mejoramiento de la eficiencia en la contratación administrativa en lo tocante a las obras públicas y al otorgamiento de concesiones y la identificación de algunos de sus

fallos. Por eso, esta sección se limita a los asuntos normativos de los contratos estatales desde una perspectiva histórica de la institución contractual pública y el análisis desde la teoría económica del derecho.

4.1 La evolución de la institución contractual pública en Colombia

El Contrato Estatal, tal como se conoce hoy, se formó en paralelo con el contrato de obra pública, al ser este el modelo que sirvió para la regulación de los demás contratos administrativos¹³⁸. Sin embargo, el contrato de obra pública es una figura relativamente reciente, que se remonta al contexto histórico del siglo XIX, como técnica preferida para la ejecución de los proyectos del Estado que buscaba dar un impulso a la economía a través de la infraestructura del transporte. Antes de esta generalización, la contratación como mecanismo para la construcción de obras fue excepcional, se trataba de un sistema colonial bajo la mentalidad extractiva de la corona, en este sentido, la inversión en obras de infraestructura siempre fue limitada. Las pocas obras realizadas, eran ejecutadas directamente mediante el sistema de prestación obligatoria de los pueblos bajo la cooperación y dirección real (Osorio Baquero, 2014, p. 183-187). Por lo cual, la construcción de obras, en particular, de infraestructura del transporte, fue precaria.

Esta situación no encontró alivio durante el proceso de independencia en la primera mitad del siglo XIX, por el contrario, significó un largo retroceso económico. De acuerdo con Salomón Kalmanovitz, las condiciones políticas, económicas y geográficas del país durante el siglo XIX no

¹³⁸ Este incluye todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los especificados en el (Ley 80, 1993, Art.23) Contrato de Obra, Contrato de Consultoría, Contrato de Prestación de Servicios, Contrato de Concesión y Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública. Se distinguen los contratos de obras (simple) y los contratos de concesión de obra en función de la modalidad de financiación y el medio de retribución del contratista, toda vez que, en el primer tipo de contrato no se presentan alternativas de retribución distinta del pago directo por parte de la Entidad contratante al contratista; mientras en el segundo, el concesionario financia la obra pública y recibe un repago por terceros usuarios, mediante una suma denominada comúnmente peaje.

fueron las más adecuadas para favorecer un crecimiento económico alto y sostenido. Como se ha tenido ocasión de resaltar, las guerras civiles y los cambios constitucionales frecuentes impidieron el desarrollo económico, en un medio que se caracterizaba por la falta de instituciones que permitieran respetar los derechos de propiedad, las inversiones y hacer cumplir los contratos. En especial, la debilidad de los marcos regulatorios y la inexistencia de instrumentos contractuales propios para el sector público, terminaron siendo un lastre para la inversión en infraestructura básica que incidió sobre la competitividad del país¹³⁹.

En esta primera etapa en la evolución de la institución contractual pública, que corresponde a la última década del siglo XVIII y todo el siglo XIX, los contratos estatales estuvieron sometidos exclusivamente al derecho civil (Escobar Gil, 2003, p. 19). La explotación de petróleo y minerales o la construcción de infraestructura para ferrocarriles y carreteras, que por falta de recursos económicos y escaso desarrollo de un mercado de capitales debió realizarse mediante el sistema de concesiones, se limitaban al ámbito del derecho privado¹⁴⁰. El sistema de concesiones, con el ánimo de hacer atractiva la inversión, estructuraba un contrato que ofrecía condiciones en extremo generosas para aquellos inversores nacionales y extranjeros. Por supuesto, en un ambiente de incertidumbre propio del siglo XIX, donde los pagos de deuda externa y la confianza se encontraban quebrantados, las expectativas de largo plazo no eran prometedoras. De esta manera, frente a la imposibilidad de construir la infraestructura del transporte necesaria, se optó por entregar subvenciones, garantías de rendimientos, extensiones importantes de tierras baldías e

¹³⁹ Diversos estudios sobre los obstáculos del desarrollo en Colombia apuntan en esa dirección. El déficit de inversión en infraestructura básica, es la variable que mejor explica el rezago de este país frente al crecimiento y desarrollo económico. Entre estos trabajos se encuentran, (Ospina, 2004, p. 1-85) y (Cárdenas, Gaviria, y Meléndez, 2005; 2006)

¹⁴⁰ Al respecto, señala José Antonio Ocampo, que la escasez de un mercado de capitales deriva de la permanente iliquidez desde épocas coloniales como producto de la tardía acuñación de moneda que permitiera un flujo adecuado de transacciones bajo un contexto colonial de exclusión de factores económicos esenciales del mercado. véase (Ocampo Gaviria, 2017, p. 13-46)

importación de insumos libres de aranceles, entre otros beneficios, para la construcción de las vías férreas¹⁴¹.

Sin embargo, «el sistema de concesiones no siempre fue provechoso para el país» (Pachón y Ramírez, 2006, p. 101-106). Por ejemplo, la construcción del ferrocarril de Santa Marta, aprobado mediante la Ley 53 de 17 de junio de 1881, no incluyó dentro de las especificaciones el término por el cual la compañía privada podía usufructuar los beneficios de la línea férrea. La situación implicó para el gobierno central, no solo constantes incrementos en los costos que afectaba el erario público, sino que también, el incumplimiento de contratos derivó en litigios costosos que con frecuencia fueron resueltos a favor de las compañías privadas. El gobierno no lograba comprobar el incumplimiento de cuestiones no especificadas en el contrato –como lo exigía el contrato del derecho privado-, ya que para esta época, la actividad del interventor en las obras públicas apenas comenzaba a aparecer entre las leyes -aunque no como parte del contrato-¹⁴². Los contratos desarrollados en aquella época tienen elementos comunes entre sí y reflejan de manera clara un escenario de contratos incompletos¹⁴³.

Por fortuna, los relativos auges de algunas regiones como Antioquia y Cundinamarca y el surgimiento de empresarios y banqueros desde la segunda mitad del siglo XIX, dieron lugar a un cambio institucional que favoreció el crecimiento económico en Colombia durante el siglo XX. El

¹⁴¹ Una mención sobre las reglas para la Concesión de privilegios exclusivos para obras públicas se halla en la Ley de 31 de Julio de 1823 (Cuerpo de Leyes de la República de Colombia, Tomo II).

¹⁴² La aparición de interventores en el marco de las obras públicas en Colombia, se dio alrededor de 1874, año en el cual se definen las responsabilidades del interventor del ferrocarril de Bolívar mediante la Ley 41 de 1874. Pero estos formaban parte de la nómina de los trabajadores de obras públicas nacionales. A diferencia de los inspectores, los cuales eran nombrados y sus funciones incluidas directamente en el contrato de obra, las funciones de los interventores no se incluían en el contrato, eran atribuidas después de la celebración del contrato mediante un decreto o resolución. Solo a partir de a partir de la segunda mitad de la primera década del siglo XX, las referencias al interventor o ingeniero interventor en las obras públicas ejecutadas en Colombia tuvo un aumento considerable con respecto a su frecuencia y aparición. Una investigación realizada para esclarecer los orígenes y evolución de la figura de la interventoría en Colombia puede leerse con claridad en (Romero Mera, 2014, p. 58-59).

¹⁴³ Otros contratos como el de la construcción del ferrocarril del Pacífico o el ferrocarril del Cauca son bastante ilustrativos. Sobre este último (Correa R, 2013) realiza un análisis detallado.

Estado multiplicó su presencia por medio de políticas monetarias y fiscales prudentes, en particular, ante la adopción de un intervencionismo moderno a mediados del siglo XX apoyado ideológicamente en la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Consigo, las instituciones y mecanismos que enmarcaban la construcción de obras públicas excedieron su tradicional campo de acción, dándose inicio a una segunda etapa en la evolución de la institución contractual pública colombiana. A partir de la Ley 53 de 1909 (Art. 5) y otras, el Estado adquiere un poder exorbitante o excepcional, a través de la figura de la caducidad, de dar por terminado los contratos de construcción de obras, ejecución de hecho, u otros análogos cuando los contratistas los incumplieran por faltas imputables¹⁴⁴.

Más adelante, el Código Fiscal Nacional (Ley 110, 1912), declara la obligatoriedad de la cláusula de caducidad para los contratos de obras públicas y prestación de servicios. En esta forma, la ley otorga a la administración pública un poder para tutelar el interés general de los ciudadanos ante el incumplimiento de los contratistas. Lo que entre otras cosas significa, que se incluyó en estas clases de contrato un asunto del derecho público en defensa del interés común, aunque los demás aspectos contractuales seguían regulándose por el derecho privado, que en general, conducía a aplicar el derecho civil a las controversias en los contratos de la administración pública. Existía, por tanto, una unidad de los contratos de la administración pública que se regía por el derecho civil y se confiaba a la jurisdicción ordinaria la resolución de problemas.

Poco tiempo pasó, para que la experiencia del control de cambios y la expansión monetaria durante la Gran Depresión de los años treinta -que pusieron en duda los mecanismos del mercado

¹⁴⁴ Por ejemplo, la Ley 110 de 1912(Código Fiscal Nacional), dispuso normas que se refieren a la licitación o concurso como procedimiento de selección de contratistas y sus excepciones; La Ley 130 de 1913, ratificó el concepto de actos de mero derecho privado de los contratos; La Ley 105 de 1931, otorgó el conocimiento de las controversias contractuales a la justicia común; y la Ley 167 de 1941, reiteró lo referente a la cláusula de caducidad y a la revisión administrativa de los contratos del Estado por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa y deja en manos del juez ordinario el conocimiento del contrato y sus controversias.

para propiciar crecimiento económico-, así como las intervenciones estatales impulsadas por las necesidades del país frente a las limitaciones a su comercio que impuso la Segunda Guerra Mundial, propiciaran un consenso político sobre la necesidad de tener instrumentos de planeación racional de la actividad económica (Kalmanovitz, 2001). La concepción del contrato estatal inspirado profundamente en el postulado de *Laissez Faire*, consecuencia de la tradicional administración pública liberal y abstencionista, cuyo papel se limitaba al mantenimiento del orden público y la preservación de las libertades de los individuos, sufre una gran transformación a causa de la nueva política decididamente intervencionista, que concibe configurar un «orden social justo».

En efecto, fueron sepultadas las ideas liberales e individualistas del contrato del siglo XIX¹⁴⁵. Aquellas que eran inclinadas hacia la construcción de obras mediante iniciativa privada -a todo riesgo- que predominaba hasta el momento en el sector público¹⁴⁶. El principio de riesgo y ventura se derrumba, a razón, de que la intervención estatal produce inexorablemente un aumento de los riesgos a los que se enfrentan los contratistas, derivados de la acción unilateral del poder público, de hechos o circunstancias sociales, económicas o políticas no previsibles al momento de la

¹⁴⁵ La concepción liberal del contrato que da luz a la teoría del riesgo y ventura, surge de los principios inherentes a esta corriente. En particular, por la conjunción de los postulados de i) autonomía de la voluntad privada, según el cual la voluntad privada deberá respetarse irrestrictamente; ii) El principio de la *lex contractus*, según el cual los convenios válidamente celebrados son una ley para las partes, por lo cual, el contratista deberá realizar la obra por el valor exactamente pactado; iii) La equivalencia subjetiva o formal de las prestaciones recíprocas, que defiende la satisfacción de los intereses que tuvieron en consideración las partes al momento de contratar; iv) La seguridad jurídica prevalece sobre la igualdad, lo que junto a la equivalencia subjetiva o formal de las prestaciones recíprocas, impide que una de las partes solicite la revisión de precios ante el advenimiento de situaciones no previstas.

¹⁴⁶ La expresión «a todo riesgo» hoy aplicada únicamente en contratos de obra civil del sector privado y contratos del sector público que la entidad determine, fue durante larga data obligación de la contratación administrativa, técnicamente distinguida como principio de riesgo y ventura. En la época en que imperó el principio de riesgo y ventura del contratista (última década del Siglo XVIII y todo el siglo XIX), como sistema de distribución de los riesgos, el contrato de obra pública y de concesión era considerado un contrato a precio alzado como se entendía en el Derecho Privado. Las partes determinaban la construcción de una obra por un precio fijo y el contratista tenía la obligación de entregarla sin que se le reconociera reajuste de precios o compensación alguna por cambios posteriores a la firma del contrato, con excepción del incumplimiento de una de las partes. El principio de riesgo y ventura se consagra en el artículo 2060 del Código Civil (Ley 84 de 1873).

celebración del contrato, o de fenómenos naturales que causan pérdidas materiales en obras, bienes o equipos, o, en fin, de las dificultades materiales imprevistas de la misma obra. En cambio, surgieron instituciones que dieron forma al contrato estatal entre la administración pública y contratistas privados, que en adelante considerarían el mantenimiento del equilibrio económico a lo largo de su ejecución como protección ante los riesgos producto de la intervención y otros imposibles de prever¹⁴⁷.

En el transcurso de este cambio, se propició una espectacular transformación del derecho administrativo. La influencia del intervencionismo moderno a través del servicio público y la doctrina francesa del derecho en la década de 1940, promulgaron un cambio legislativo que buscaba que la justicia administrativa tuviera la posibilidad de conocer y dirimir las controversias de los contratos administrativos, dejándole a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los demás contratos de la administración pública¹⁴⁸. El Decreto 528 de 1964, sentó las bases que permitieron el desarrollo de la dualidad de contratos del Estado a través de la dualidad de jurisdicciones

¹⁴⁷ Jurídicamente, la formación del principio de equivalencia económica del contrato administrativo surge en la década del sesenta a raíz de los problemas económicos derivados de la devaluación monetaria, ante lo cual, la legislación consagra las técnicas de revisión de precios (artículo 11 de la Ley 4 de 1964) y de los contratos adicionales (artículo 4 de la Ley 36 de 1966) en respuesta a los mayores costos que implicaba la situación económica sobreviniente durante la ejecución de los contratos ya pactados. Pero esta evolución del principio de equivalencia económica ya establecido se choca con la expedición del Decreto 150 de 1976, que en su artículo 74 tan solo consagra la revisión de precios para «las variaciones que ocurran en los factores determinantes de las obras», suprimiendo el mecanismo de los contratos adicionales. El decreto 808 de 1979 perfecciona la figura de revisión de precios, al prescribir la revisión de los precios y reajuste, no en la fecha de ejecución de la obra, sino un mes antes del pago efectivo de esta. Más adelante, la Ley 19 de 1982 (artículos 6 y 8), le otorga el reconocimiento de los costos derivados de la ejecución del poder unilateral de la Administración Pública al modificar el objeto del contrato y la indemnización por terminación unilateral. Finalmente, aunque no culmina ahí, el Decreto 222 de 1983, institucionaliza las fórmulas para el resarcimiento del equilibrio económico del contrato y las técnicas para garantizarlo. Este derecho es consagrado de manera general e imperativo en la Ley 80 de 1993.

¹⁴⁸ De acuerdo con Araújo Oñate *et al.*, (2011), en la doctrina francesa, solo a principios de siglo XX, el Consejo de Estado decidió reconocer la autonomía de los contratos públicos y la resolución de controversias por parte de la Administración sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria (tribunales civiles). Entre los fallos que dieron cabida a esta nueva tradición, destacan *Terrier* (6 de febrero de 1903), *Therond* (4 de marzo de 1910) y *Société Générale d'armaments* (23 de diciembre de 1921).

propuesta.¹⁴⁹ Así, se «distinguen» los contratos administrativos, en el que la administración pública poseía privilegios sobre los contratistas, de los contratos de derecho privado de la administración, donde la igualdad de las partes se preservaba. Comienza, de esta forma, una tercera etapa que se caracteriza por la falsa teoría de dos jurisdicciones para dos tipos de contratos del Estado, todo un enredo incluso para los mismos jueces.

El legislativo no había definido lo que se entendía por contratos administrativos, ni describió un proceso que los caracterizara. Ante la ausencia de técnicas propias del derecho administrativo, esta dualidad impuso a la administración pública la exigencia de utilizar las instituciones elaboradas en el derecho privado para la consecución de los fines estatales. Razón por la cual, la jurisprudencia declaró que la cláusula de caducidad distinguía los contratos administrativos al ser esta la única guía legal. El artículo 36 del Decreto-Ley 3130 de 1968 incluyó a la categoría, los contratos celebrados por los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del estado, ampliándose posteriormente para todos los contratos de la administración pública mediante el artículo 4 de la Ley 19 de 1982.

Como un intento de diferenciar los contratos, surge la Ley 19 de 1982 y el Decreto 222 de 1983, en una cuarta etapa, que se distingue por la confusión que terminó asignando una marcada regulación del derecho administrativo a ambas categorías de contratos. Pero en la práctica, la diferenciación del contrato administrativo del contrato de derecho privado de la administración, salvo en los contratos de compra venta, fue imposible. En el transcurso de este contexto de evolución institucional del contrato estatal, en el país se propiciaron efectos negativos sobre la moralidad en la gestión pública. El incremento de costos de transacción ante el exceso de

¹⁴⁹ La justicia ordinaria en Colombia está integrada por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los Juzgados. La jurisdicción contencioso administrativa está integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos, los Juzgados Administrativos.

reglamentación y la confusión doctrinal, desnaturalizó el contrato e incidió en la aplicación de múltiples controles y revisión, que, en buena medida «contribuyó a generar problemas de corrupción» (ESAP, 1993).

El decreto 222 de 1983 fue una espada de doble filo que en aras de limitar el daño al bienestar público facilitó la corrupción en la contratación estatal. En breve, el decreto establecía, con el fin de dar acceso a un número mayor de contratistas, que todo contrato estatal debía ser adjudicado mediante licitación pública, cuyo único factor de favorabilidad recaía infaliblemente en el precio y el cumplimiento inflexible de los requisitos del contrato¹⁵⁰. En el ejercicio, las disposiciones del decreto resultaron demasiado generarles y rígidas.

Los pliegos de condiciones llegaron a determinar incluso exigencias sobre el tipo de papel del contrato y, en última instancia, el incumplimiento de un requisito justificaba la eliminación del proponente (Cepeda, 1994, p. 32-34). Abriendo la posibilidad de que la entidad contratista se abstuviese de adjudicar el contrato (Decreto 222, 1983, art. 30 n.9) al declarar cierta la licitación dos veces y asignar el contrato de manera directa¹⁵¹. Esta rigidez constituyó un obstáculo para los funcionarios honestos y fue aprovechada por administradores deshonestos para la exigencia de sobornos a los contratistas, que, a su vez, influía en el precio final de la obra.

De otra parte, el (Decreto 222, 1983, art. 44) daba la posibilidad a las entidades de establecer un registro de proponentes, lo que significaba que solo quien aparecía en la lista podía participar

¹⁵⁰ La licitación pública en Colombia, ha sido por tradición normativa el proceso predilecto para la adjudicación de contratos. Es de recordar, que, por ejemplo, desde el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) en los artículos 2,9 y 13, se establecía la obligatoriedad de la licitación pública para contratos de arrendamiento y venta de bienes nacionales y para la adquisición de cosas indeterminadas de cierto género. También, la Ley 61 de 1921, artículo 8, dispuso igualmente la licitación en contratos de adquisición para diversos ramos como los de transporte y manuales que no pudiera hacer la administración y, luego, la Ley 106 de 1931, artículo 1, incluyó los contratos de conducción de correos nacionales.

¹⁵¹ Estos mismos criterios suscitaron posturas tan rígidas y radicales como las consignadas en el Código Fiscal Distrital (Acuerdo 6 de 19865), el cual establecía en el literal ñ del artículo 233, que, en la licitación pública, la entidad contratante se reservaba la facultad de adjudicar total o parcialmente, o no adjudicar y, de una vez adjudicado el contrato, de contratar o no contratar.

en el proceso de licitación. Como es evidente, constituía una razón más por la que se exigían «comisiones» y en conjunto con la aludida preferencia por los precios «se traducían, de manera generalizada, en el deterioro general de la calidad en la contratación» (Araújo Oñate *et al.*, 2011, p. 219).

El exceso de reglamentación y la confusión doctrinal en función de la jurisprudencia aplicable fue la constante que caracterizó la legislación anterior. Solo, a principios de la década de 1990, sobre la base de la apertura económica, la Constitución Política de Colombia de 1991 definió el acceso por parte de comunidades organizadas, o por particulares a la prestación de los servicios públicos (Const., 1991, art. 365). Con lo cual, la dualidad entre contratos comenzó a diluirse.

En desarrollo de la constitución, con la expedición de la Ley 80 de 1993, el artículo 32 define el contrato estatal como «todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad»¹⁵². De esta manera, surge un elemento que permite identificar el contrato estatal del contrato privado: la presencia subjetiva de la administración pública en asocio al interés general que busca esta, a diferencia del interés particular que prima en el contrato privado. Evento que marca el inicio de la quinta etapa en la evolución de la institución del contrato estatal, en la cual, se consagra la unidad jurisdiccional para conocer las controversias derivadas de los contratos estatales al juez de lo contencioso administrativo. La necesidad de esta regulación especial, distinta de los contratos privados en el derecho civil, se sustenta en tres aspectos propios de los contratos estatales.

1. La competencia y los procedimientos de celebración y formalización del contrato.

¹⁵² En particular, frente al Principio de libre concurrencia, según el cual debe promoverse la más alta concurrencia de candidatos posible a la adjudicación, en relación, a que la mayor competencia permite proteger los intereses económicos de la Administración Pública.

2. La presencia de privilegios y poderes exorbitantes en el Contrato Estatal y
3. La equivalencia económica de las prestaciones recíprocas

Entre estos poderes o facultades de actuación que técnicamente se denominan potestades se encuentran: el poder de dirigir, inspeccionar y vigilar la ejecución del contrato, la potestad del sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos, los poderes de interpretar, modificar, terminar unilateralmente el contrato y el poder de revertir los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado (Ley 80, 1993, art. 14), entre otros, que han resultado controversiales, como el poder de imponer sanciones y penas, en los que más adelante se profundiza.

Específicamente, destaca la exigencia que la ley impone al contratista de garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y la presencia de prerrogativas limitadas de poder público de que gozan las entidades para asegurar el logro de sus objetivos¹⁵³. Pues su uso produce inexorablemente un aumento de los riesgos a los que se enfrentan los contratistas. Con razón, la ley 80 de 1993, consideró al contratista colaborador en el logro de los fines estatales (Ley 80, 1993, art. 3), donde los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos que constituyen la «ecuación contractual» se mantiene en equilibrio de derechos y obligaciones (Ley 80, 1993, art. 27), siendo deber del contratante y derecho del contratista su sostenimiento a lo largo de la relación contractual¹⁵⁴. Lo quiere decir, que la legislación orienta a

¹⁵³ El ejercicio de las potestades públicas de dirección y control, de imponer sanciones, de modificar, interpretar o terminar unilateralmente el contrato, entre otras, solo será legítimo si se realiza dentro de lo que preestablece la ley. Así, las prerrogativas de poder público con que cuentan las entidades se hallan limitadas en función del interés público, la buena fe (en razón de los sujetos, el contenido y el tiempo), la equivalencia económica del contrato y el procedimiento (en especial frente a tres aspectos: el órgano competente, el régimen jurídico, y la forma).

¹⁵⁴ De acuerdo con la Ley 80, 1993, art. 4 n.8, si dicha relación se rompiera por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deberán adoptar medidas para su restablecimiento en el menor tiempo posible. Para ello, las partes suscribirán acuerdos y pactos necesarios y utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

la renegociación del contrato y al restablecimiento del equilibrio económico ante cuestiones no imputables al contratista.

No cabe duda, que la evolución de la institución contractual pública, es el cambio del contrato clásico tradicional, por uno íntimamente relacionado al pensamiento neoclásico. En concreto, este cambio se expresa en la ruptura del principio de riesgo y ventura y la adopción del mantenimiento del equilibrio económico. También, en la presencia de potestades por parte de las entidades estatales para garantizar el logro de sus objetivos que en la época del contrato regulado por el derecho privado no existían y, en la inclusión de un árbitro o tercero. Cambio este, que ha sido recepcionado en el derecho colombiano a raíz de la teoría hispano-francesa de los contratos administrativos.

Esta naturaleza y evolución ha presentado sus propias particularidades en los sistemas que tradicionalmente han reconocido la potestad en la contratación pública. Entre estos, España y Francia, y otros como Alemania, Italia, Inglaterra o Estados Unidos que se han acomodado paulatinamente a dicha autonomía, para cumplir con compromisos de orden supranacional e internacional como la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Banco Mundial o la Unión Europea (UE). (Araújo Oñate *et al.*, 2011, p. 98)¹⁵⁵.

Por ello, más que reglas rígidas, la evolución de la institución contractual pública ha concebido principios y reglas generales aplicables en cualquier legislación. Que, en Colombia, se consolidan con la expedición de la Ley 80 de 1993.

¹⁵⁵ Destaca, como aspecto fundamental de España, la formación de la jurisdicción contencioso administrativa y la remisión de los contratos relacionados a la Administración pública, a través de distintos decretos y leyes como el Real decreto de 1846 y el párrafo 3° del artículo 8 de la Ley de 2 de abril de 1845. Posteriormente, la Ley 198/1963, Ley 13/1995, la Ley 30 de 2007 y la actual Ley 9 de 2017 que se pone a tono con las disposiciones de la UE.

4.2 El «Estatuto» General de Contratación de la Administración Pública, de la Ley 80 de 1993 a la Ley 1150 de 2007

En Colombia, la Ley 80 de 1993 consagró lo aprendido hasta el momento y se basó en los principios de transparencia, economía y responsabilidad y los postulados de la función administrativa para disponer las reglas que rigen los contratos de las entidades estatales entre las partes que lo celebran (la administración pública y el contratista) ¹⁵⁶. Desde su expedición, la ley ha presentado cambios, que, sin modificar su esencia, dan muestra de los esfuerzos por mejorar la eficiencia en la contratación pública y de la lucha constante ante los comportamientos corruptos que evolucionan a la par de la institución contractual.

En esta sección, se aborda dicho cambio institucional, que atiende a los predicados de una asignación eficiente de bienes a través de la reducción de los costos de transacción, lo que promueve, la adjudicación al proponente que haga la mejor asignación de sus recursos en un mercado competitivo. Por ello, se enuncian a continuación brevemente los cambios que, a juicio de los autores de este trabajo, tienen mayor relevancia económica.

En este sentido, es memorable recordar, que Ley 80 de 1993 inspirada en los principios ya mencionados, con la madurez adquirida y, con la finalidad de proteger la buena fe, la seguridad jurídica, y la transparencia en la contratación estatal, expresó la necesidad de realizar estudios previos (art. 25.12) que permitieran tomar una decisión irrevocable (art. 30.11) del proceso de licitación¹⁵⁷. La consecuencia directa de esta disposición fue que la entidad contratista no contaría

¹⁵⁶ Al respecto, cabe recordarse que el artículo 209 de la Constitución política de Colombia establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de buena fe, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

¹⁵⁷ La elaboración de los estudios es una exigencia que se ha contemplado reiteradamente en la legislación colombiana, en las diferentes regulaciones de contratación administrativa. Por ejemplo, en el artículo 72 del Decreto 150 de 1976 y en el artículo 84 del Decreto 222 de 1983, en ambos casos, se establece la necesidad de elaborar planos, proyectos, presupuestos respectivos y la identificación de las especificaciones necesarias para la obra que se licita.

ya con la posibilidad de revocar la marcha de la contratación, volviéndose de esta manera un proceso definitivo, excepto cuando surgieran razones que impidieran la selección objetiva. Sin embargo, conforme a esta disposición, se creó un supuesto de irrevocabilidad de los actos administrativos, que «protegía hasta la ilegalidad provocada por el titular» (Sentencia 25750, 2014). Verbi gracia, si sobrevenía una inhabilidad o incompatibilidad dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, el acto no podía ser revocado. Situación que efectivamente cambió con lo dispuesto en el artículo 9 de Ley 1150 de 2007¹⁵⁸.

Por otra parte, a propósito de la selección objetiva, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 estableció los criterios y consideró que esta se da cuando se escoge el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y en general cualquier clase de motivación subjetiva¹⁵⁹. La historia reciente había demostrado que la favorabilidad no podía constituir un solo factor de selección, por ello, el artículo enumeró los factores de escogencia: experiencia, organización, equipos, plazo, precio y su ponderación precisa, detallada y concreta. Aunque en la práctica, la consideración de los atributos distintos al precio y el plazo, como parte de la evaluación para la selección del proponente, fueron objeto de afecto o interés por la imposibilidad de medirlos objetivamente, prestándose para que los procesos de contratación pública fueran dirigidos hacia proponentes específicos.

¹⁵⁸ El artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 menciona específicamente que «El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.»

¹⁵⁹ Mediante Concepto del Consejo de Estado 811 de 1996, se expresa que el artículo 29 descarta cualquier clase de documentación subjetiva, a razón del principio de economía (Art. 25) que persigue eliminar tramites, requisitos y en general procedimientos innecesarios. Así, en el numeral 15 se aclara que por (subjetivo) se refiere a la exigencia de documentos originales, sellos, autenticaciones, traducciones oficiales, y otras formalidades o exigencias rituales que sean innecesarias para el estudio comparativo de propuestas.

Lo anterior, puede evidenciarse en los procesos de contratación anteriores a la expedición de la Ley 1150 de 2007 y en los intentos por declarar inexequible los factores de escogencia distintos del precio y el plazo¹⁶⁰. En efecto, en un municipio (X) que adelantaba un proceso de licitación para la construcción de una obra pública (X Km de pavimentación de carretera) por determinado monto, señalaba en los pliegos de condiciones, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que se asignarían 200 puntos a la experiencia general, 200 puntos a la experiencia específica en pavimentación de carreteras, 200 puntos por la capacidad organizacional, y 200 puntos para quien demostrara la mayor solvencia. En este sentido, resulta que, en últimas el municipio X, más que calificar las propuestas estaba calificando los proponentes. Situación que ponía en un plano de desigualdad los proponentes, pues la empresa que tenía, por ejemplo, 40 años de experiencia, había pavimentado 100 Km de carretera y poseía veinte mil millones de pesos, ganaba en todos los aspectos frente a una empresa que hubiese pavimentado 50 Km de carretera, tuviera 20 años de experiencia y poseyera diez mil millones de pesos. Esta última, podría estar en igual capacidad de realizar el objeto social del contrato, pero con la ponderación establecida en el artículo en mención, se terminaba asignando el contrato a quien tuviera una empresa más grande, contara con mayor experiencia y tuviera más capital.

La regulación de la selección objetiva, es decir, la escogencia de la opción más favorable para las entidades públicas, se quedó corta, no solo por los problemas de corrupción, sino de aplicación de la misma norma. Pues, en los términos de la Ley 80 de 1993, era lo mismo contratar la

¹⁶⁰ Al respecto, puede leerse las pretensiones del demandante en la Sentencia C-400/99, donde desde su punto de vista, el artículo 29 conduce a la escogencia de un contratista y no de una oferta. También, la Sentencia C-932/07, en la que el demandante expresa que «si, como señalan las normas acusadas, sólo se selecciona al aspirante más favorable a la entidad pública, a la oferta que garantice la idoneidad para el cumplimiento del objeto contrato y a la persona que mayor experiencia, organización, equipos y ventajas comparativas ofrezca respecto de otras ofertas del mercado, es lógico que cada vez se forma una brecha más grande entre quienes tienen los recursos económicos y quienes no lo tienen». Sin embargo, en ambas ocasiones la Corte Constitucional resuelve declarar exequible el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

adquisición de un bien, que contratar la construcción de un túnel, ya que los términos de calificación eran los mismos. En este sentido, un gran cambio de la Ley 80 de 1993 germina con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que eleva a rango legal algunas disposiciones del Decreto 2170 de 2002. En concreto, las normas citadas, dispusieron una forma de selección objetiva distinta, que ya no considera como factores de escogencia (con ponderaciones de calificación) la capacidad jurídica, financiera, de organización, ni la experiencia de los proponentes, sino que los relega a la posición de requisitos habilitantes que deben ser mínimos, proporcionales y adecuados al objeto contratado, mientras que los factores técnicos y económicos (ponderados) se reconocen como elementos de evaluación de las propuestas¹⁶¹.

Por supuesto, esta ley es el centro de la telaraña normativa de los contratos estatales, que por diversas razones ha presentado una serie de modificaciones desde su expedición. Entre las que se destaca la formulación de 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. En el desarrollo de estas dos leyes, fueron estructuradas las etapas básicas del proceso de contratación. A saber, la contratación estatal se divide en cuatro etapas claramente definidas: 1) Etapa Preparatoria o de Planeación, 2) Etapa Precontractual, 3) Etapa Contractual y, 4) Etapa de Liquidación o Pos-contractual. La figura 10 presenta un esbozo del proceso en mención.

¹⁶¹ El artículo 5 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007 expresa que: En los procesos de selección en lo que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

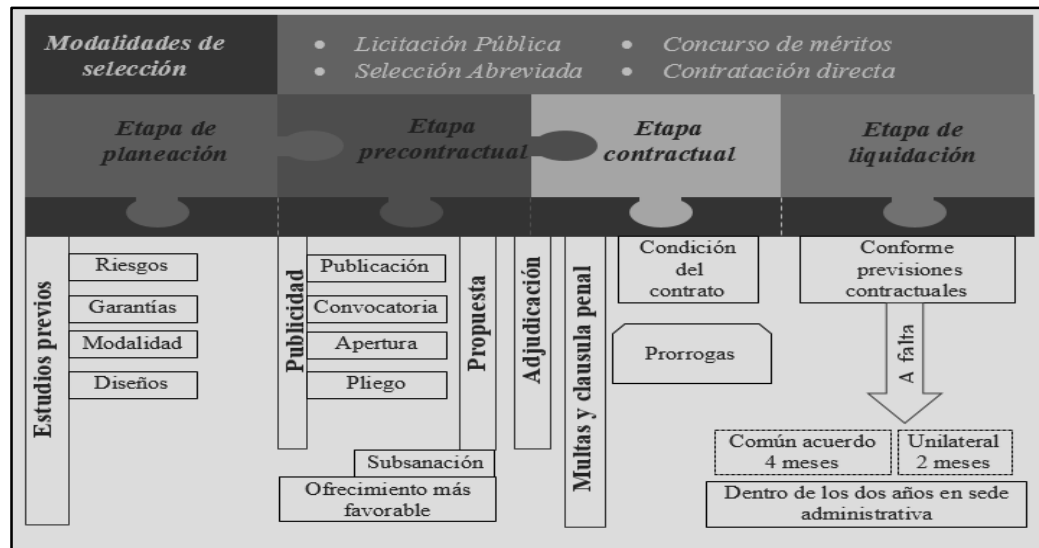


Figura 10. Etapas básicas dentro del proceso de contratación.

La intención de esta separación de las condiciones del proponente de las de la oferta es clara al presentar el Proyecto de ley 1150 (2007). Según este:

Busca evitar el direccionamiento de los procesos desde los propios pliegos de condiciones, dentro de la cual surge un elemento de vital importancia para la materialización de la estrategia, cual es la reforma al Registro Único de Proponentes (RUP), de manera que sea ese el único sitio en el que las condiciones mínimas de participación se acrediten, dándole valor agregado al esfuerzo ya realizado por el administrador del registro, que no se aprovecha en toda su extensión por una evidente miopía de la regulación vigente (Concepto 1992, 2010).

Sin embargo, y, a pesar de la intención manifestada en el sentido de conferir a las Cámaras de Comercio la verificación de los requisitos habilitantes de los proponentes, existen importantes excepciones en las cuales las entidades estatales contratantes tienen la obligación de verificar los requisitos habilitantes de los proponentes, entre las que se encuentran la contratación directa, los contratos de concesión de cualquier índole, entre otros¹⁶².

¹⁶² Contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se

Es evidente, que además de evitar el direccionamiento de los pliegos de condiciones, los beneficios de esta disposición se expresan en la reducción de costos de transacción de contratante y contratista. Por un lado, las entidades se ven libradas de realizar análisis de numerosas páginas que contenían las certificaciones de experiencia del proponente y de su equipo de trabajo, los estados financieros de los últimos años y toda clase de indicadores y, por otro lado, los contratistas ahorran en costos de elaboración de las propuestas y se enfocan en el manteamiento actualizado del RUP.

Como complemento a este cambio en los parámetros de calificación, la Ley 1150 adecuo las modalidades de selección a las diferentes naturalezas de los objetos contractuales. Así, se diferencian: i) la adquisición de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización, en los que una vez verificados los requisitos habilitantes, se adjudican mediante subasta inversa, teniendo en cuenta como único factor el precio. ii) los contratos de consultoría, en los que predomina la hoja de vida, experiencia e intelecto del consultor, poniéndose de esta manera mayor interés en la calidad del servicio y iii) los contratos de mayor complejidad como son los contratos de obra y concesión, en los que importa tanto aspectos técnicos como precio, siendo el proceso de selección realizado mediante licitación pública o selección abreviada de menor cuantía según corresponda.

Estas adecuaciones y las modificaciones al principio de selección objetiva, expresan la búsqueda de un mayor número de participantes en los procesos de selección abreviada (modalidad introducida por la ley 1150 de 2007). Que, por efecto de la competencia, pueden redundar en beneficio para el patrimonio público al reducirse los precios de adquisición de bienes y servicios

ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

de características uniformes, siempre que las entidades puedan garantizar que la calidad no se deteriore y que la categorización de productos o servicios técnicamente uniformes se ajuste a una clasificación precisa. Para ello, el artículo 20 del decreto 2474 de 2008, estableció que el bien o servicio adquirido mediante subasta inversa, debe tener una ficha técnica que especifique sus características en términos de calidad y desempeño. Sin embargo, la elaboración de la ficha técnica se dejó en manos de la entidad contratante hasta la promulgación del decreto 1510 de 2013, donde se reglamenta el sistema de compras y contratación pública y se define la elaboración de los Acuerdos Marco de Precios como parte de las funciones de Colombia Compra Eficiente.

Sin duda, la competencia entre proponentes ha sido la mayor preocupación del Estado en materia de contratación. Por ello, desde la expedición de la Ley 80 de 1993 se estableció como pilar la publicidad de los procesos de contratación, pero al ser expedida antes de la masificación del uso del computador personal o del acceso a Internet, en la práctica, la publicidad se vio reducida a una breve reseña en páginas interiores de los diarios, así lo destaca la «Mesa de trabajo transparencia en la contratación pública: retos hacia el futuro». Desde aquella mesa se hacía hincapié en que ajustar el texto de la ley 80 de 1993 al uso de medios electrónicos permitiría agilizar los procedimientos, generaría más transparencia y confianza en el proceso, y eventualmente permitiría reducir los costos de transacción. Por supuesto, la Ley 1150 de 2007 desarrolló aquella recomendación y creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, que integró el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal, el Portal Único de Contratación y el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Por razones obvias, el incremento de la base de proponentes aumenta la puja entre quienes compiten. Al crecer la participación de proponentes, se reduce la posibilidad de que se agrupen los

participantes mediante la conformación de carteles. Esto permite, que la entidad contratante cuente con una mayor oferta entre la cuales escoger y aplicar el procedimiento de selección objetiva. El incremento del número de participantes se logra mediante la publicidad, pues al darse conocimiento de los procesos de licitación disponibles por medios electrónicos, mayor acceso a dicho conocimiento habrá. Resultado de la mayor difusión se logra disminuir la asimetría de información, teniendo como consecuencia un mayor número de proponentes. También, incrementos en la publicidad permiten mayor transparencia, sobre todo cuando se hace difusión pública de la información con mecanismos como el SECOP. Además, la presencia virtual de los proponentes comprende un ahorro en costos de búsqueda y negociación, en tanto que evita el desplazamiento en físico para el acceso a la licitación, una de las razones por las que en municipios alejados se presentaban ofertas en condiciones monopólicas.

En el sentir de aquella modificación, se incrementó la base de posibles interesados y proponentes en el contrato a celebrar a través de los mecanismos de publicidad y de contratación electrónica mencionados. Para ello, la Ley 1150 de 2007 incluyó las universidades y las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, regidas anteriormente por el derecho privado. Estas, con anterioridad a la Ley 1150 de 2007, podían por disposición de la ley 80 de 1993, celebrar contratos en forma directa mediante convenios interadministrativos, lo que en algunos casos se prestó para que una entidad sometida al «Estatuto General de Contratación» pudiera celebrar un convenio con otra entidad pública sujeta a un régimen especial, y así eludir el cumplimiento de los requisitos y plazos fijados por la Ley 80 de 1993¹⁶³. Los contratos

¹⁶³ Esto se realizaba en concordancia con la Constitución Política. «El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, *celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo*» (Const., 1991, Art. 355) –cursiva fuera del texto-

interadministrativos son causales de contratación directa según el numeral 4, literal c, artículo 2 de la ley 1150 de 2007, el cual fue modificado por los artículos 92 y 95 del Estatuto anticorrupción (Ley 1474, 2011).

Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: a) Urgencia manifiesta; b) Contratación de empréstitos; c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo (Ley 1474, 2011, Art. 2).

Las modificaciones introducidas por el Estatuto anticorrupción establecieron nuevas restricciones para la celebración de esta clase de contratos, a pesar de que con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se había derogado el literal c), numeral 1), del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el cual solo estipulaba como excepción, el contrato de seguro para la celebración de contratos interadministrativos, como causal de contratación directa. Lo que sucede es que, se venían presentando, entidades que no tenían relación con el objeto a contratar, ejecutaban el contrato, pero por medio de la subcontratación, ya que estas en su mayoría estaban cobijadas por regímenes

especiales que contrataban bajo los parámetros del derecho privado, lo que les permitía prácticamente escoger a «dedo» el contratista, violando así, los principios de la función pública, contratación Estatal y gestión fiscal. Aunque se han definido con mayor claridad los momentos en que es válida la contratación directa, como mencionan Newman Pont y Ángel Arango (2017):

«la norma ha sido abusada, llegándose a contratar por este medio bienes, obras y servicios con entidades privadas sin ánimo de lucro que no son idóneas para estos y/o que han sido creadas específicamente para burlar la competencia y recibir la asignación directa. se logra ignorar la competencia por el mercado que pretenden las distintas modalidades competitivas de selección de contratistas, como lo son la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de mérito, y que garantiza la obtención de bienes o servicios de alta calidad a precios bajos.» (Newman Pont y Ángel Arango, 2017, p. 96)

En esencia, dos de los mecanismos más utilizados para burlar la normatividad en la contratación han sido los acuerdos anticompetitivos entre empresas privadas y los contratos interadministrativos. Con el estatuto anticorrupción (Ley 1474, 2011), también se buscó limitar otras prácticas que a lo largo de la historia se han reconocido como mecanismos a través de los cuales se burlan los procesos de contratación pública. Entre otras cosas, el estatuto buscó (i) establecer prohibiciones para contratar con el Estado por parte de quienes hayan financiado campañas políticas, como se ha visto, financiar políticos es un mecanismo que permite capturar el Estado; (ii) implementar medidas para que los servidores que estuvieron vinculados con entidades públicas no gestionen intereses privados por los próximos tres años ante la entidad donde se desempeñó, para así contrarrestar los efectos de la llamada puerta giratoria. Además, (iii) se buscó que los interventores de obras públicas sean sujetos disciplinables, además de establecer un

catálogo de faltas gravísimas en el desarrollo de sus funciones. Esto último, porque como h mencionado

En general, los interventores son permisivos con los contratistas en cuanto a plazos, calidad y cumplimiento de obligaciones ambientales y sociales; ejercen un inadecuado control y seguimiento técnico, administrativo, financiero y legal en la ejecución de las obras. Evitan recomendar al Estado medidas de apremio o sanciones y sólo las inician en casos excepcionales, cuando las fallas del contratista son demasiado visibles y de conocimiento público. (Gorbanef, González, y Barón, 2011, p. 423)

Todo esto muestra los esfuerzos realizados a lo largo del tiempo para tratar de limitar los comportamientos corruptos a través de la regulación de la institución contractual, como se ha visto en el capítulo anterior, no se puede decir lo mismo de la institución política. En línea con este desarrollo general, que ha dejado en evidencia algunos de los mecanismos a través de los cuales se burla la normatividad, el contrato específicamente de concesión que se incluye dentro de la Ley 80 de 1993, ha presentado un cambio característico. Se ha pasado por cuatro generaciones de concesión en Colombia.

La primera generación de concesiones comprende once proyectos adjudicados entre 1994 y 1997. Esta primera generación estuvo precedida de dos cambios institucionales fundamentales, con los cuales se pretendía darles solidez a los proyectos. El primero de ellos fue la creación en 1992 del INVIAS, como la entidad encargada de ejecutar políticas y proyectos de infraestructura vial. El segundo cambio fue la aprobación de un nuevo estatuto de contratación administrativa (Ley 80 de 1993), con el cual se pretendía darle un giro a la forma de contratar con el Estado. A pesar de esto, como ya se ha mencionado, la ley 80 de 1993 presento diversos problemas, las fallas de los contratos de concesión de la primera generación se hicieron evidentes desde el primer

momento. Como menciona Sánchez Acosta (2016) (i) Las concesiones fueron adjudicadas a través de una fórmula antitécnica que podía manipularse fácilmente, al incluir tarifas de peaje artificialmente bajas. Siete de los procesos fueron declarados desiertos y se adjudicaron posteriormente de manera directa (sin ningún tipo de concurso). (ii) el Estado otorgó garantías de ingreso mínimo y para cubrir los sobrecostos de construcción, las cuales fueron incorrectamente valoradas; (iii) los contratos no contemplaron disposiciones claras de asignación de los riesgos del proyecto, por lo que el Estado entró a reconocer riesgos que típicamente deben ser asumidos por el concesionario, y (iv) en la práctica, los proyectos de la primera generación no observaron varios de los elementos necesarios para ser considerados como verdaderas concesiones.

En efecto, nunca se tuvo en cuenta un análisis sobre la solvencia financiera de los concesionarios, por lo que:

«no solo no se les exigió efectuar aportes de capital a los proyectos, sino que tuvieron enormes problemas para conseguir la deuda necesaria para su financiación, lo que explica el elevado número de anticipos y adiciones al valor del contrato que se tuvieron que implementar para sacar adelante la fase constructiva» (Sánchez Acosta, 2016, p. 161)

Como resultado de la primera generación, en el país se empezó a concebir la importancia de la asignación del riesgo. La segunda generación buscó fundamentalmente realizar estudios de ingeniería y demanda más sólidos durante la estructuración y equilibrar la asignación de riesgos. Esto bajo un esquema de factores de fijación de un plazo variable del contrato asociado a la obtención por parte del concesionario de ingresos esperados. Los errores en la estructuración del proceso de selección se hicieron evidentes principalmente en el tramo El Vino —Tobiagrande— Puerto Salgar, adjudicado a la firma COMMSA, el cual constituye un antecedente en Colombia de declaratoria de caducidad de un contrato de concesión, debido a la imposibilidad del

concesionario de cumplir con los términos del proyecto bajo las condiciones económicas ofrecidas durante la licitación pública. Además, evidenció la facilidad con la que los concesionarios ofertaban un precio artificialmente bajo para efectos de resultar adjudicatarios del proyecto, para luego, vía adiciones y renegociaciones, intentar cubrir las pérdidas. Como recuerda Arenas Quintero (2014):

Durante el proceso, la concesión española COMMSA logró que le fuese adjudicado el contrato, debido a que logró reducir en unos 70 millones de dólares la inversión que tenía que realizar el gobierno colombiano. Meses después de la adjudicación del contrato, los representantes del grupo COMMSA presentaron unos planos del proyecto que contenían unos cambios en el trazado original, más específicamente en el tramo en mención; se proyectaron 15 túneles, el concesionario proponía construir sólo 2. En el año 2000, siendo Andrés Pastrana el presidente de Colombia, se da paso a la caducidad del contrato, debido a que el grupo Commsa no realizó los desembolsos de capital de los que se había hecho responsable, y adicional a eso, incumplió con la creación de una póliza, en caso que este actor incumpliera con el contrato. A partir de ese momento se dio paso a un litigio judicial, en el cual Commsa buscaba que no le fueran cobrados los recursos asignados por el Estado colombiano, y éste último, buscaba que le fueran devueltos los dineros aportados al proceso (Arenas Quintero, 2014, p. 32-34).

En efecto, se concibió una tercera generación de concesiones marcada nuevamente por cambios institucionales, normativos y de política pública. El primero de ellos fue la creación del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) mediante el Decreto 1800 de 2003. El segundo cambio fue la aprobación de la Ley 1150 de 2007, de la que ya se han dado detalles. Finalmente, el tercer cambio relevante fue la aprobación del Documento Conpes 3045 de 1999, que sirvió de base para la estructuración de los contratos de concesión de esta generación. Dentro de los cambios sustanciales

se encuentran (i) el establecimiento del ingreso esperado como única variable de adjudicación, (ii) la distribución de los riesgos del proyecto y (iii) la fijación de un alcance básico del proyecto. Sin embargo, como sus predecesoras, la tercera generación de concesiones continuó presentando falencias. Menciona Sánchez Acosta (2016) que:

Las tres generaciones de concesiones incurrieron en un error sustancial, que fue priorizar la intervención de tramos viales sin mayor valor estratégico y sin conectividad entre sí, en lugar de privilegiar las redes primarias para conectar las ciudades más relevantes del país. (Sánchez Acosta, 2016, p. 159)

De manera que, se continuó priorizando un esquema con ausencia de incentivos para finalizar la construcción en tiempo reagudizando el problema de la renegociación de los contratos de concesión. Ante la ausencia de resultados transformadores en materia de infraestructura, el Gobierno Nacional en el año 2010 se planteó como objetivo efectuar un cambio estructural en el esquema de concesiones y en la manera como se había venido desarrollando la infraestructura en Colombia.

Los cambios comprenden: (i) la transformación del INCO en la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), que es un órgano de carácter técnico, con la capacidad financiera, administrativa y operativa suficiente para estructurar, administrar y gestionar todos los proyectos de infraestructura de transporte y servicios conexos o relacionados del orden nacional. (ii) La aprobación de la Ley 1508 de 2012 (Ley de Asociaciones Público Privadas) y de la Ley 1682 de 2013 (Ley de Infraestructura) que han hecho modificaciones estructurales en el esquema de los contratos de concesión (Sánchez Acosta, 2016, p. 159). Por esto, se aprobó el Documento Conpes 3760 de 2013, en el cual se establecieron lineamientos fundamentales para la estructuración de las concesiones viales, tales como (i) la intervención de vías críticas para articular y conectar las

principales ciudades del país y (ii) la distribución de riesgos del proyecto. Es evidente, que, tal como se ha avanzado en el marco regulatorio del contrato estatal, se ha hecho con el contrato de concesiones específicamente. En este último, uno de los temas principales de cambio ha sido la asignación de los riesgos.

Los cambios en estas concesiones fueron un proceso de aprendizaje de buenas y de malas prácticas, que permitieron la evolución en los contratos de concesión para la construcción de vías en el país. Adicionalmente, los actores privados cada vez van han tomado más importancia en este proceso, asumiendo mayor cantidad de riesgos. A continuación, se muestran los cambios en la asignación de riesgos de las generaciones de concesiones uno, dos y tres (tabla 3).

Tabla 3

Distribución de riesgos en las tres primeras generaciones de concesiones

Riesgos	Primera Generación	Segunda Generación	Tercera Generación
Contractuales			
Obligaciones contractuales	Compartidos ⁽²⁾	Compartidos ⁽²⁾	Compartidos ⁽²⁾
Financiación de proyectos	Concesionario	Concesionario	Compartidos ⁽²⁾
Aportes y desembolsos estatales	Concesionario	Concesionario	Compartidos ⁽²⁾
Programas de trabajo	Compartidos ⁽²⁾	Compartidos ⁽²⁾	Compartidos ⁽²⁾
Conservación y mantenimiento vial	Concesionario	Concesionario	Concesionario
Caducidad y terminación anticipada	Concesionario	Concesionario	Compartidos ⁽¹⁾
Técnicos o de construcción			
Deficiencias en el producto	Compartidos ⁽²⁾	Concesionario	Concesionario
Mayores cantidades de obra	Compartidos ⁽²⁾	Concesionario	Concesionario
Obras complementarias	Estado	Concesionario	Concesionario
Obras adicionales	Estado	Estado	Estado
Compra de predios	Estado	Compartidos ⁽²⁾	Estado
Licencias Ambientales	Estado	Compartidos ⁽²⁾	Estado

Riesgos	Primera Generación	Segunda Generación	Tercera Generación
Comerciales			
Proyectos de tráfico	Estado	Compartidos ⁽²⁾	Concesionario
Estimación de tarifas	Estado	Compartidos ⁽²⁾	Compartidos ⁽²⁾
Garantías de ingreso	Estado	---	---
Económicos y financieros			
Riesgo soberano	Compartidos ⁽⁴⁾	Compartidos ⁽⁴⁾	Compartidos ⁽⁴⁾
Riesgo de solvencia	Inversionistas	Inversionistas	Compartidos ⁽³⁾
Políticos y sociales			
Conflictos de orden social y político	Estado	Estado	Estado
Seguridad interna y externa	Estado	Estado	Estado
Legislativos y regulatorios			
Legislación tributaria	Estado	Compartidos ⁽²⁾	Compartidos ⁽²⁾
legislación ambiental	Estado	Compartidos ⁽²⁾	Compartidos ⁽²⁾
Fuerza mayor			
Hechos de la naturaleza	Estado	Estado	Estado
Decisión de la autoridad competente	Estado	Estado	Estado

Nota. Adaptado de (Borda Ávila, 2005, p. 69). En los riesgos señalados como compartidos la notación al final representa:

- (1) Compartido por el Estado, concesionario e inversionistas
- (2) Compartido por el Estado y el concesionario
- (3) Compartido por el Estado y los inversionistas
- (4) Compartido por el concesionario y los inversionistas

De acuerdo con el Documento Conpes 3760 (2013), la cuarta generación de contratos de concesión establece una política de asignación de riesgos más rigurosa (tabla 4). Esta política se enfoca asignar los riesgos a quien este en mejor posición de administrarlos, y a quien esté en mayor capacidad de gestionar los diferentes mecanismos de mitigación (Documento Conpes 3760, 2013, p. 48). Esto porque, como se ha podido observar a lo largo de este capítulo, la institución

contractual ha evolucionado a la par de comportamientos oportunistas y corruptos. Como consecuencia, se ha enfocado en hacer más eficientes los procesos.

Tabla 4*Distribución de riesgos en las concesiones de cuarta generación*

	Tipo de riesgo	Asumido por
Predial	Gestión predial	Concesionario
	Mayores valores por adquisición predial	Compartido ⁽¹⁾
Obligaciones ambientales	Gestión licencias o permisos	Concesionario
	Mayores valores por compensaciones socio ambientales	Compartido ⁽¹⁾
	Obras no previstas por autoridades ambientales posteriores a la expedición de licencias, no imputables al concesionario	Estado
Político/sociales	Movimiento, reubicación o imposibilidad de instalación de casetas, por decisiones de la ANI	Estado
Redes	Invasión del derecho de vía	Concesionario
	Mayores valores por interferencia de redes	Compartido ⁽¹⁾
Diseño	Mayores valores derivados de los estudios y diseños	Concesionario
Construcción/operación y mantenimiento	Variación de precios de los insumos	Concesionario
	Cantidades de obra	Concesionario
Comercial	Menores ingresos por concepto de peaje	Estado
Financiación	Obtención del cierre financiero	Concesionario
	Condiciones (plazo, tasas) y liquidez	Concesionario
	Insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría por razones no atribuibles al concesionario	Concesionario
Cambiario	Variaciones del peso frente a otra monedas	Discreción Estado
	Compensaciones por nuevas tarifas diferenciales	Concesionario(*)
Regulatorio	Cambios en normatividad	Estado
	Cambios en especificaciones técnicas (tecnología de recaudo electrónico de peajes)	Concesionario(*)

Túneles	Mayores cantidades de obra	Compartido ⁽¹⁾
	Tipo de riesgo	Asumido por
	Eventos eximentes de responsabilidad en la adquisición predial	Estado/Compensable
	Eventos eximentes de responsabilidad por interferencia de redes	Estado/Compensable
Fuerza mayor	Fuerza mayor por demoras en la obtención de licencias ambientales, no imputables al concesionario	Estado/Compensable
	Costos ociosos por eventos eximentes de responsabilidad	Estado/Compensable
	Eventos asegurables	Estado/Compensable
	Eventos no asegurables	Estado/Compensable

Nota. Adaptado con información de (Documento Conpes 3760, 2013, p. 49-58). En los riesgos la notación al final representa:

⁽¹⁾ Compartido por el Estado y el concesionario. El estado otorga una garantía parcial por parte de la ANI y serán cubiertos por el Fondo de Contingencia.

^(*) En caso de que en la actividad influya alguna normatividad o actos administrativos que modifiquen el esquema contractual o de que este riesgo se materialice por la ausencia de una norma, el Estado otorga una garantía a través del Fondo de Contingencia.

En el caso de las concesiones, este manejo eficiente de riesgos contractuales se traduce en la minimización de los costos de mitigación, seguimiento y control de los mismos. Tal como bien lo afirma Fernando Cepeda Ulloa (2011) «difícilmente se encontraría otro país en el mundo que ofrezca más instrumentos legales, una verdadera inflación legislativa, con instituciones que dejarían perplejos a los más audaces cruzados en la lucha contra la corrupción» (p. 7).

Aun así, en el marco de la contratación estatal uno de los mecanismos más utilizados para burlar la normatividad se conoce como los «pliegos sastre». En que, sin infringir abiertamente normas o disposiciones legales, se fabrican pliegos de condiciones hechos a la medida de contratistas específicos para favorecer sus intereses excluyentes.

Son estas condiciones y estos mecanismos que se han descrito en este y el anterior capítulo, las que favorecen los procesos sistemáticos de corrupción. A modo de conclusión del capítulo se resumen a continuación: (i) Falta de implementación de las herramientas de lucha contra la corrupción en las zonas periféricas del país; (ii) Falta de coordinación de la Fiscalía General de la Nación y los órganos de control; (iii) Fallos en los mecanismos de incentivos para la denuncia como el principio de oportunidad y ausencia del mecanismo de delación premiada. Mecanismos institucionales de abuso de autoridad y discrecionalidad como (iv) el Lobby sin reglamentación; (v) la captura del estado, RcdE y RCI, a través de mecanismos como soborno, extorción y amenaza; (vi) la financiación privada de campañas electorales que facilita la captura del Estado; (vii) el proceso electoral como escenario monopólico de generación de rentas económicas; mecanismos propios del sistema contractual como (viii) los pliegos sastre; (ix) los contratos interadministrativos; (x) los problemas en la asignación de riesgos en las concesiones; (xi) en la estructuración del contrato; (xii) en la renegociación. Sobre este último hay que recordar algunos de los problemas que incentivan el desarrollo de prácticas corruptas como (xiii) congestiónamiento del sistema contencioso administrativo y penal que ha originado (xiv) elevada percepción negativa del sistema de justicia y sus órganos de investigación, control y sanción. Todo esto, sobre la base de una cultura del rompimiento de reglas.

En efecto, tal como se ha planteado en la hipótesis de este trabajo, la corrupción presente en la contratación pública se relaciona con la estructura institucional que define y regula el comportamiento de las partes. Esto quiere decir, como se ha visto, que existen fallos institucionales que generan problemas de eficiencia, falta de cooperación, fracturas en el monitoreo, control y regulación de los casos de corrupción. El riesgo con estos tipos de contratación es que son vulnerables a grupos de presión como en el caso de Odebrecht, que en el siguiente capítulo se

ilustra. Un caso de estudio que muestra el actuar de los corruptos frente a los fallos que se han tratado. Estos problemas, como se ha discutido anteriormente, son consecuentes de un determinado (des)orden político, económico y social resultado de una estructura anómala de poder político, económico y social.

5 El caso Odebrecht. Tipología de fallos institucionales.

5.1 La historia detrás de «Lava Jato», donde empezó todo.

Lo que se distingue como caso de corrupción Odebrecht en Colombia es parte de una red de macrocorrupción del orden transnacional, que se conoció desde el 17 de marzo de 2014 gracias a la denuncia presentada por Hermes Freitas Magnus, propietario, junto con María Teodora Silva, de la empresa Dunel en Brasil. En 2008, Hermes Freitas Magnus y María Teodora Silva buscaron capitalizar su empresa, lo que permitió al exdiputado José Janene invertir en ella y formar parte de la junta ejecutiva. El exdiputado aprovechó su posición como inversor para lavar dinero producto de actividades ilícitas de la empresa petrolera Petrobras. Pero cuando los propietarios de Dunel encontraron sospechas sobre aquella práctica, no tardaron en removerlo de su posición y en informar a las autoridades sobre las operaciones ilícitas que se estaban llevado a cabo en Dunel (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 259-260).

La investigación pronto se centró en el exdiputado José Janene y en Alberto Yousef, banquero brasileño del mercado negro y operador de cambio de divisas de Paulo Roberto da Costa (gerente de suministros de Petrobras), a quien el mismo Janene había patrocinado desde el partido progresista. En contraprestación por dicho apoyo, Paulo Roberto Da Costa devolvió el favor

otorgando facilidades de contratación a empresas elegidas por estar vinculadas, no solo al partido progresista, sino también al partido del movimiento democrático brasileiro, al partido da social democracia brasileira y al partido dos trabalhadores (Garay Salamanca *et al.*, 2018, p. 95). Gracias al testimonio de Alberto Youssef, un hombre acorralado hacia 2014, de 50 años de edad y que sufría de cardiopatía crónica, la justicia federal supo que detrás de una red que usaba como fachadas estaciones de gasolina y lavaderos de carros (*lava jato*, en portugués) se ocultaban operaciones multimillonarias que beneficiaban ilegalmente a altos funcionarios y partidos políticos de Brasil (González J. , 2018, p. 12).

Los primeros resultados de la investigación dieron paso al hallazgo de una estructura ilícita, liderada por cuatro grupos delictivos de «*doleiros*» u operadores de cambio de divisas: Alberto Youssef, Carlos Habid Chater, Nelma Mitsue Penasso y Raul Henrique Srour. Estas cuatro estructuras delictivas operaron entre 2005 y 2014 a través de un sistema corrupto de participación en licitaciones públicas para proyectos de inversión y prestación de servicios en la empresa Petrobras. Dicho esquema consistía en el pago de sobornos sistemáticos a través de un grupo de compañías conocido en las fuentes judiciales como «El Club» (Garay Salamanca *et al.*, 2018, p. 96).

El sistema del club, un cartel de compañías, consistía en la coordinación de la participación en proyectos de Petrobras, estableciendo precios para la provisión de servicios y el pago de sobornos¹⁶⁴. Los sobornos eran pagados a expensas del presupuesto de Petrobras. Poderosas constructoras como Odebrecht, OAS y Andrade Gutiérrez, entre otras, se hacían a contratos con la petrolera estatal, que, luego, multiplicando los factores de sobre costos en cada proyecto,

¹⁶⁴ De acuerdo con Garay Salamanca *et al.* (2018) algunas de las empresas multinacionales que participaron en este esquema ilícito/criminal fueron *Odebrecht*, OAS, Galvao Ingenieria, Engevix, Iesa, Camargo Correa, Utc, Médez Junior, Setal, Mitsui Toyo, Skankas, Andrade Gutiérrez. Así como empresas medianas, Jaragua equipamientos, Construcap, Engesa, Delta y Thoshiba.

contaban con recursos para cumplir con los sobornos pactados con intermediarios, funcionarios y dirigentes políticos (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 260). Este sistema garantizaba el acceso directo de los participantes «elegidos», las cuales desde antes de la participación en la licitación ya conocían quien obtendría el contrato con Petrobras, aunque el seleccionado cumpliría a cabalidad con los requisitos de la licitación pública.

Los sobornos generalmente se encontraban entre el 1% y el 3% del valor del contrato. Un ejemplo es documentado por (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 260-261). De acuerdo con estos autores la empresa de construcción dirigida por Dalton dos Santos, Constructora Camargo Correa, resultó ganadora de una de las licitaciones de Petrobras a través de sobornos. Para hacer el pago de un soborno por el 1% a Paulo Roberto Costa, ambas partes simularon contratos para transferir dineros a través de la empresa Costa Global, a nombre de Roberto Costa (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 260). La constructora Camargo Correa, realizó contratos de suministro, por cuenta propia, con las empresas Sanko Sider y Sanko Servicios, estas fueron sus «proveedoras» (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 260-261). La forma de sustentar financieramente el dinero de los sobornos, es común y conocida, se hicieron registros de suministros sobrevaluados y de esta manera se ocultó el dinero irregular.

Los sobornos también se destinaban a partidos y agentes políticos. La estrategia consistía en entregar el dinero de sobornos en las campañas políticas, por ejemplo, a senadores como Jorge Alfonso Argueyo, del Partido laborista brasileño, quien solicitó pagos indebidos a cambio de proteger dichas compañías durante las investigaciones. Los pagos fueron registrados como «donaciones» electorales (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 262).

No obstante, las transacciones corruptas no se limitaban al pago en efectivo. Otra estrategia para lavar el dinero ilícito, consistía en pagos en especie a través de productos y bienes de lujo

tales como apartamentos, automóviles y obras de arte. Evitando de esta forma el seguimiento legal de sus fuentes financieras. Además, las transacciones financieras eran disfrazadas con contratos simulados entre compañías fachada o préstamos fraudulentos entre compañías legales, nacionales, extranjeras o instituciones financieras. De esta manera, se realizaban operaciones entre compañías con apariencia de legalidad y sin levantar sospechas entre las autoridades (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 263).

Según datos revelados por la Fiscalía de Paraná a cargo de las principales investigaciones de Lava jato, en el sur de Brasil el número de sobornos registrados habría alcanzado los 2 billones de dólares. Sin embargo, se estima que los daños totales a Petrobras por el desvío de fondos y sobreprecios pagados a las constructoras podría superar incluso 13 billones de dólares (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 264).

El caso de la empresa Odebrecht ha sido quizás el más cubierto por los medios de comunicación latinoamericanos. En noviembre de 2014, cuando «el club» fue presentado en Brasil, Odebrecht tenía a su cargo diecinueve contratos con Petrobras por \$5.084.949 de dólares (Garay Salamanca y Salcedo Albarán, 2018, p. 287). En junio de 2015, Marcelo Odebrecht fue capturado y, posteriormente condenado en marzo de 2016 a 19 años y cuatro meses de prisión, por los delitos de corrupción pasiva, lavado de dinero y asociación para delinquir. Aunque en realidad, como sostiene el juez Sergio Moro (encargado de la condena de Marcelo Odebrecht) mientras defiende la «justicia premial» o de delación que permitió la investigación de la estructura de corrupción en Brasil:

Alguien me dirá – comenta Moro- que Marcelo Odebrecht duró tan solo dos años y medio preso en la cárcel de Curitiba y se marchó después para su casa, bajo vigilancia. Y yo le responderé con algunas preguntas: ¿Cuándo alguien como él tuvo que pagar indemnizaciones por los

inmensos daños causados a través de una red de sobornos que afectó al país, a Colombia, a Perú, a Ecuador y a países de tres continentes (González J. , 2018, p. 17)

La investigación del juez federal Moro, determinó el 12 de julio de 2017, que el expresidente de Brasil, Lula da Silva, dirigió una trama corrupta para conceder a OAS contratos con el Estado en condiciones preferenciales y con ventajas que descalificaron a los demás proponentes. Un tribunal de segunda instancia confirmó la sentencia de Moro en enero de 2018 y aumentó la pena, de nueve años y seis meses de prisión a doce años y un mes.

El destape de Alberto Youssef fue clave para ubicar un apartamento de lujo que la compañía OAS le regaló a Lula en el municipio de Guarujá en Sao Paulo, a cambio de los beneficios en Petrobras. Por las confesiones de Youssef, se logró determinar la evidencia para condenar a 130 personas, detener preventivamente a 149 y dar impulso a 1.433 procesos relacionados con la investigación de Lava Jato. Su cooperación dio cavidad a que se pudieran firmar 150 acuerdos de colaboración eficaz, entre ellos los directivos de Odebrecht (González J. , 2018, p. 13-14). De las investigaciones sobre Odebrecht también derivaron señalamientos sobre la financiación de la campaña a la expresidenta Dilma Rousseff, pero los procesos penales llevados a cabo por Moro no la involucraron, pues esta posee un foro especial por prerrogativa de función y deben ser investigados en el Supremo Tribunal Federal (STF).

Así como Youssef accedió a la delación, Marcelo Odebrecht, para disminuir los años de condena que se le habían impuesto, optó por hablar ante las autoridades estadounidenses respecto al «departamento de operaciones estructuradas» dedicado principalmente al soborno y actividades ilícitas de la empresa. Esta división utilizaba dos sistemas informáticos para realizar sus operaciones: el sistema «*My web day*», con que realizaban las transacciones para pagos y contabilizaban el presupuesto oculto y el sistema de comunicaciones «*Drousys*», que permitía a

los miembros comunicarse entre sí y con operadores financieros externos y otros conspiradores sobre los sobornos, a través del uso de correos electrónicos seguros y mensajes instantáneos, utilizando nombres codificados y contraseñas (United states district court eastern of New York, 2016, p. 8).

A raíz de esto, el gobierno de los Estados Unidos decidió iniciar investigaciones y seguimientos a los pagos millonarios en calidad de sobornos de la empresa Odebrecht para quedarse con concesiones en Latinoamérica y el mundo, en total se identificaron 788 Millones de dólares para tener por lo menos 100 proyectos en diferentes países incluidos: Angola, Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela. (El País, 2017).

Además de la información producto de esta investigación, de acuerdo con el Juez Sergio Moro, «Colombia recibió información que le permitirá, con decisión, saber cuánto de las gratificaciones de Odebrecht les tocó a las campañas políticas» (González J. , 2018, p. 13-14). Sin embargo, hay que tener en cuenta que el caso de Lava Jato y consecuentemente de Odebrecht en Brasil, ha sido exitoso porque engloba varias claves en una investigación. Primero, con jueces fiscales altamente especializados y con gran autonomía política, Brasil logró tomar una decisión que llevó a revelar la estructura ilícita de corrupción. Segundo, el juez Moro contó con el mecanismo adecuado, la justicia brasileña maneja los beneficios judiciales por delatar y no por confesar como sucede en Colombia. En este sentido, no basta con que el acusado admita que cometió un delito y se comprometa a colaborar –como se entiende en el principio de oportunidad-, sino que tiene que entregar a los integrantes de la red de corrupción.

En aquella estructura de corrupción conocida como Lava Jato, como se ha dicho, la empresa Odebrecht ha sido la más determinante y renombrada en los medios de comunicación. La razón es

que esta compañía alcanza un área extensa de lo que Luis Jorge Garay Salamanca, Eduardo Salcedo Albarán y Guillermo Macías Fernández han denominado «la red Lava Jato» en su libro «Macro corrupción y cooptación institucional». En aquel estudio, la estructura de la red Lava Jato ha sido ilustrada a través del análisis social de redes(ARS), una colección de procedimientos que facilita la comprensión de interacciones sociales entre individuos y grupos. A través de algoritmos complementarios, el ARS permite identificar los agentes relevantes que intervienen en la red, las sub-redes y las estructuras emergentes. De esta manera, (Garay Salamanca *et al.*, 2018, p. 75-168) identifican 6 sub-estructuras, de las cuales Odebrecht es la más extensa¹⁶⁵. El panel A en la figura 11 ilustra la sub-estructura de la red de Odebrecht a nivel internacional, el panel B, muestra la sub-estructura de Odebrecht extraída de la estructura Lava Jato.

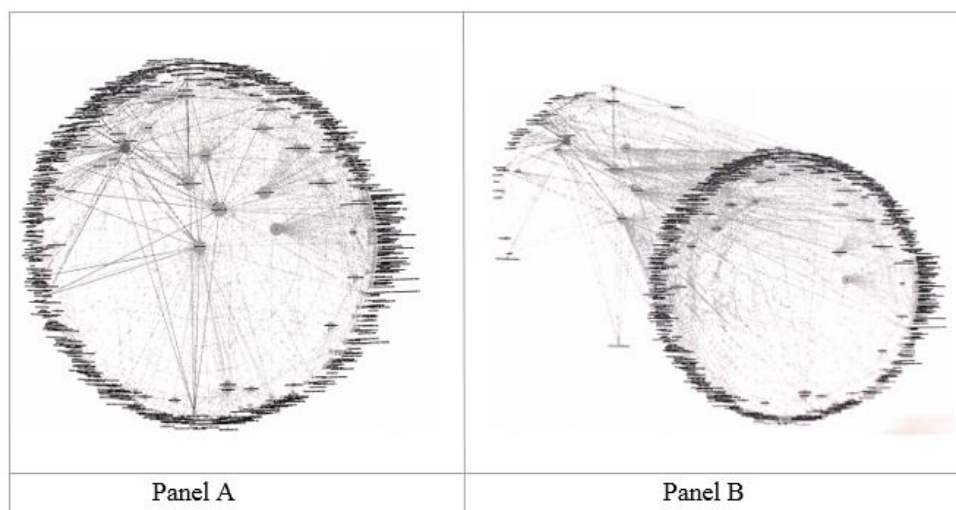


Figura 11. Sub-estructura de corrupción Odebrecht. La sub-estructura de la red de corrupción Odebrecht en el panel A, la sub-estructura Odebrecht extraída de la estructura Lava Jato. Adaptado de (Garay Salamanca *et al.*, 2018, p. 73)

¹⁶⁵ Las sub-estructuras han sido denominadas por los autores del libro como Electronuclear, Grupo J&F, Sergio Cabral, Marco Antonio, JB, y Odebrecht.

Las conexiones corruptas de aquella estructura llegaron a 12 países de dos continentes, en Perú a cuatro presidentes del Estado peruano. La siguiente sección aborda el caso de dos de estos, con ellos, se empieza a observar la tipología del actuar corrupto.

5.2 El caso Odebrecht en Perú.

5.2.1 Alejandro Toledo. El 13 de diciembre de 2016, Jorge Enrique Simões Barata, exdirector de Odebrecht en Perú, aseguró inicialmente a la fiscalía de ese país que la constructora le pagó US\$20 millones a Alejandro Toledo (Presidente de Perú 2001-2006), monto que sería cambiado en otra declaración de Barata a la suma de \$35 millones de dólares (BBC News, 2019). El contrato en mención es la construcción y asfaltado del corredor vial interoceánico que une el sur de Brasil con Perú, una obra de 4.233 millones de dólares. Alejandro Toledo, acompañado de Josef Arieh Maiman Rapaport, empresario peruano-israelí, amigo de siempre del presidente y consejero financiero del mismo, se reunieron el 4 de noviembre de 2004 con Marcelo Odebrecht, acompañado a su vez por Jorge Barata. La reunión, organizada por Avrahan Dan On (jefe de seguridad de Toledo), tuvo lugar en la suite presidencial del hotel Belmont Copacabana Palace de Rio de Janeiro, reservado para la comitiva peruana en la «XVII Reunión de jefes de Estado y gobierno del mecanismo permanente de consulta y concertación política del grupo de río». Ahí, Avrahan Dan On, saltándose protocolos de seguridad exigidos por él mismo, garantizó el encuentro de las partes, haciendo entrar a Odebrecht y compañía por una puerta auxiliar sin dejar registro en las bitácoras. En ese lugar, el mandatario peruano, según afirma Barata, le propuso la adjudicación de la obra a cambio de una comisión de 35 millones de dólares, deseos que con anterioridad le había hecho saber a través de Dan on (González J. , 2018, p. 25).

El encuentro en Rio de Janeiro tenía una justificación clara, los representantes de la compañía Odebrecht querían asegurarse de que fuera el propio presidente quien hiciera la propuesta del

contrato. El jefe de Estado peruano, demostraría su compromiso y su avance. Los empresarios querían que el proceso de adjudicación estuviera garantizado y que el plazo para la misma no tuviera dilaciones. Alejandro Toledo Manrique se encargaría de que los plazos proyectados en el proceso no se postergaran; así como también modificar las bases de la licitación para dificultar o impedir la participación de otras empresas¹⁶⁶ (Auto de requerimiento judicial de extradición del investigado Alejandro Toledo Manrique, 2017, p. 4). Sin embargo, sola la primera de estas promesas se cumplió, por lo que el soborno quedó en \$20 millones de dólares.

En ese momento, Toledo ya contaba con la copia de la ley 28214, sancionada por su gobierno, en la que se declaraba la necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente de la construcción y el asfaltado del corredor vial interoceánico. Mientras el pacto se concertaba, Josef Maiman pidió la presencia de quienes se encargarían de darle apariencia de legalidad a los movimientos de dinero producto del pago del soborno. A saber, Gideon Weinstein y Sabih Saylan, colaboradores más cercanos de Maiman, especialistas en movimientos financieros y transferencias internacionales de fondos (González J. , 2018, p. 27-28). Los detalles de aquel encuentro quedarían ocultos durante doce años. Solo hasta 2013 iniciaron las sospechas.

¹⁶⁶ Para ello, como consta en (Auto de requerimiento judicial de extradición del investigado Alejandro Toledo Manrique, 2017, p. 5). Alejandro Toledo « En abril de 2004 promulgó la Ley N° 28214 que declaró de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente la construcción y asfaltado del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú-Brasil. Suscribió la Resolución Suprema N° 044-2004-EF de fecha 10/05/2004, por la cual se designó a Sergio Bravo Orellana (Presidente) y a Alberto Pascó-Font Quevedo (Miembro Permanente) como integrantes del Comité de Proinversión en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos, que llevó a cabo el proceso para la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú-Brasil. Suscribió la Resolución Suprema N° 156-2004-EF de fecha 21/12/2004, que ratificó el acuerdo del Consejo Directivo de Proinversión, de fecha 3/12/2004, que encargó de la conducción del proceso de selección para la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú Brasil, al Comité de Proinversión en Proyectos de Infraestructura, así como la entrega al sector privado de las obras y el mantenimiento involucrados en el referido Proyecto, bajo los mecanismos y procedimientos establecidos en el Decreto Supremo 059-96-PCM y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 060-96-PCM. Participó en la Sesión N° 87 del Consejo Directivo de Proinversión, de fecha 22/12/2004, en la que se aprobó el Plan de Promoción de la Inversión Privada para la entrega en concesión del Proyecto tantas veces mencionado. Suscribió el Decreto Supremo N° 022-2005-EF de fecha 09/2/2005, mediante el cual fueron exceptuados los tramos incluidos en concesión del tantas veces mencionado Proyecto, de la aplicación de normas del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) referidas a la fase de preinversión.»

Las pistas iniciaron por investigación de Óscar Libón, periodista galardonado con los premios más importantes en su especialidad. En 2013, en el diario «el correo» de Lima, revelaron la sospechosa compra de una casa avalada en 3.7 millones de dólares a nombre de Eva Fernenbug, de nacionalidad belga y ascendencia judía, suegra del entonces expresidente Alejandro Toledo González J. , 2018, p. 30-38). Al consultar los registros notariales, el periodista encontró que como única compradora aparecía una ciudadana belga de 84 años de nombre «Rose», el segundo nombre Eva Fernenbug. Este hallazgo, condujo a una serie de operaciones de compra inmobiliaria de lujos apartamentos y oficinas, y con ello, al indicio de que en aquellas operaciones no se incluía información sobre los pagos, una obligación que la notaria había pasado por alto y tratado de corregir con una «fe de errata» en que informaba el pago había sido hecho con un préstamo del ScotiaBank en lima. Desde entonces se empezó a formar la idea de que había un lavado de activos.

De acuerdo con las investigaciones, Alejandro Toledo, utilizó, en el período comprendido entre el año 2006 y el 2010, varias cuentas bancarias (cuentas beneficiarias) de las empresas offshore de Josef Maiman (Trailbridge Ltd., Warbury and. Co., Merhav Overseas Limited) con el fin de realizar operaciones financieras complejas por un monto de US\$ 9'626,010.00. Transacciones que, a través de contratos simulados, irían a dar a las cuentas de la empresa Ecoteva Consulting Group S.A, la cual, hasta 2014 se encontraba a nombre de Eva Fernenbug. Desde esta empresa se habían canalizado los recursos para las adquisiciones de las millonarias propiedades. En testimonio, el notario Melvin Rudelman Wohlstein, declaró que la empresa Ecoteva Consulting Group fue constituida en su despacho en Costa Rica por el mismo Alejandro Toledo, a quien conoció entre el 19 y 20 de enero de 2012. Los socios constituyentes de la empresa, endosaron posteriormente sus acciones a nombre de la suegra del Expresidente, (expediente judicial N° 7091, 2014).

Hubo, además, una cuarta empresa que en últimas se prestó mejor para los fines de triangular fondos entre Panamá, Costa Rica y Perú. Se trataba de Confiado International Corp, compañía suiza comprada en 2003 por Maiman (González J. , 2018, p. 37). Confiado International Corp transfirió el dinero que recibió de Warbury and Co a la cuenta de las empresas Ecostate Consulting S.A. y Milan Ecotech Consulting S.A., formadas en Costa Rica, en las dos empresas inicialmente aparece como Presidente el señor Avraham Dan O. Ecostate Consulting S.A. y Milan Ecotech Consulting S.A. transfirieron el dinero de procedencia ilícita que recibieron de Confiado International Corp a la cuenta de Ecoteva Consulting Group S.A (Auto de requerimiento judicial de extradición del investigado Alejandro Toledo Manrique, 2017, p. 35).

Todo esto comenzó a salir a la luz cuando en 2016 Marcelo Odebrecht buscó la reducción de su condena, sabía que solo la cooperación con la justicia podría lograr su objetivo. Por ello, instruyó a todos los ejecutivos de Odebrecht destacados en los países que actuó corruptamente, para que se sujetaran a los parámetros de confesión y delación disponibles.

En Perú, como ya se ha mencionado, fue Jorge Enrique Simões Barata. Cuando él habló y aportó las pruebas, las sospechas sobre el crecimiento patrimonial de Toledo y las adquisiciones inmobiliarias tomaron sentido. El 5 de septiembre de 2017, Josef Maiman, el amigo de Toledo, decidió declarar en su contra, aunque según este, siempre confió en su amigo, por lo menos, hasta que en la reunión reservada con Odebrecht en Rio de Janeiro se llevó a cabo.

Maiman explicó el manejo de los fondos entre las firmas Confiado International Corp, Trailbridge Ltd, Warbury and. Co, y Merhav Overseas Limited. De acuerdo con este:

«Alejandro Toledo le comunica que ya llegarían las primeras “donaciones” y que los brasileños se comunicarían con él, para que les indicase las cuentas donde debían realizarse las transferencias, luego de lo cual debía mantener los fondos hasta recibir nuevas instrucciones. Las empresas de

Joseh Maiman que recibirían las transferencias serían Trailbridge Ltd, Merhav Overseas Limited y Warbury and Co»

Las compañías de Maiman se comprometían a ejecutar recursos que decían haber recibido de Odebrecht por prestación de servicios, de esta manera, a través de contratos privados quedaba disfrazada con aparente legalidad el dinero proveniente de Odebrecht, que más tarde sería transferido a Confiado International. Las transferencias a Confiado se iniciaron aproximadamente en la segunda mitad de 2007 y se prolongaron hasta el año 2010. Confiado recibió aproximadamente US\$ 17.5 millones de dólares provenientes de los sobornos pagados por Odebrecht. Estos fondos fueron transferidos a tres empresas en Costa Rica: Ecostate Consulting SA, Milan Ecotech Consulting SA. mediante contratos simulados y después, ambas empresas transfieren el dinero a la empresa propiedad de la suegra de Alejandro Toledo, ultimo beneficiario de los sobornos de Odebrecht (Auto de requerimiento judicial de extradición del investigado Alejandro Toledo Manrique, 2017, p. 19-20).

Pero el espectro de los pagos de Odebrecht no se quedó en el presidente Alejandro Toledo, su estructura abarcó a tres presidentes de Perú posteriormente investigados. A saber, Alan García, Ollanta Humala y Pedro Pablo Kuczynski, nos referiremos solo al primero de estos por la tipología de mecanismos utilizados y el actuar corrupto.

5.2.2 Alan García. García, que gobernó de 1985 a 1990 y luego de 2006 a 2011, era uno de los cuatro expresidentes peruanos vinculados con el escándalo de corrupción de la constructora brasileña Odebrecht. Su nombre salió a la luz, en especial, cuando Jorge Simões Barata decidió hablar en diciembre de 2016. La fiscalía lo acusaba de recibir sobornos de Odebrecht en su segundo gobierno para adjudicarle la ejecución de los tramos 1 y 2 de la línea 1 del metro de Lima y para

beneficiar a la empresa brasileña durante la construcción de la carretera Interoceánica¹⁶⁷ (BBC News Mundo, 2019).

De acuerdo con declaraciones de Barata, en las elecciones de 2006, Odebrecht aportó, de acuerdo con Barata, solo a una campaña, la de Alan García, que fue la que ganó. La persona que coordinó la donación y recibió el dinero fue, según Barata, Luis Alva Castro, exministro del interior y veterano líder del partido Apra. El monto total de la donación fue, de acuerdo con el testimonio, de \$200.000 dólares de recursos no contabilizados aprobados por Luiz Mamerí, su jefe inmediato en Odebrecht. Los dineros fueron entregados de manera diferida por él mismo a Alva Castro, parte en el local del partido aprista y parte en el departamento de este último (IDL-Reporteros, 2018).

La investigación sobre la financiación de la campaña de Alan García aún está en proceso. El 11 de abril de 2019, a pedido del fiscal José Domingo Pérez, el juez Richard Concepción Carhuancho dio impedimento de salida del país por 18 meses para Luis Alva Castro, por presunto lavado de activos (El Comercio, 2019). Sin embargo, esta no fue la única acusación que se le hizo al expresidente Alan García. Su nombre también estaba asociado al flujo de coimas que, rodeo el proceso de construcción del metro de Lima.

La fiscalía sostenía que, en su calidad de funcionario público, Alan García habría realizado actos colusorios agravados con funcionarios de la empresa Odebrecht con la finalidad que se le adjudicara el proyecto del sistema eléctrico de transporte masivo de Lima y Callao, tramos 1 y 2. Estos actos se habrían materializado con la elaboración y dación de un marco legal particular, en

¹⁶⁷ La obra de la Línea 1 del Metro de Lima se realizó en el segundo periodo de gobierno de García Pérez, aunque se trató de una construcción frustrada que inició en su primer periodo (donde la empresa Odebrecht no tuvo intervención). El contrato en mención es el N° 146-2009-MCT/20 otorgado al Consorcio Tren eléctrico Lima, conformado por GYM S.A y Constructora Norberto Odebrecht S.A. sucursal Perú, a través del proceso de licitación pública: LP N° 003-2009-MTC/20 por un valor referencial de \$455.783.334 dólares.

especial, con la emisión de los Decretos de Urgencia N° 32-2009, 34-2009, 42-2009, 63-2009, 107-2009, 117-2009, y los Secretos Supremos N° 081-2010-EF y 262-2010-EF, que habrían generado un procedimiento especial, el cual habría permitido contratar a Odebrecht (Comisión Investigadora Multipartidaria, 2019, p. 389)

De acuerdo con la (Comisión Investigadora Multipartidaria, 2019, p. 438), Alan García Pérez tuvo hasta 15 reuniones registradas con Jorge Henrique Simões Barata. De esas 15 reuniones, tres fueron en compañía de Marcelo Odebrecht, una en compañía de Emilio Odebrecht (padre), y otra en compañía de Luiz Mameri. De esta relación de reuniones, destaca la reunión del 11 de septiembre de 2008 donde participaron Alan García, Jorge Henrique Simões Barata, Marcelo Odebrecht, Emilio Odebrecht y Luis Mameri, altos directivos de la constructora brasileña Odebrecht. Dos meses después de la indicada reunión, Enrique Cornejo es designado como Ministro de Transportes y Comunicaciones, el 29 de noviembre de 2008. Y posteriormente, Jorge Cuba Hidalgo fue convocado por Enrique Cornejo como su asesor en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Tres meses después del anterior nombramiento, fue designado como viceministro de comunicaciones, cargo que ejerció desde el 2009 al 2011. Además, Enrique Cornejo lo designó como miembro de la Comisión Sectorial encargada de realizar coordinaciones con consorcios y diversas entidades públicas y privadas en relación con el Tren Eléctrico. (Comisión Investigadora Multipartidaria, 2019, p. 345). Es por esto que, Enrique Cornejo era el hombre indicado. Como recuerda en su declaración Luiz Mameri:

En abril de 2008, asumí la función de vicepresidente de Odebrecht para America Latina y Angola. Dentro de los países bajo mi supervisión estaba Perú. Existía un determinado sistema, que cuando los directores superintendentes demandaban hacer pagos indebidos, yo los autorizaba. En este caso específico, autoricé el pago a Jorge Cuba, viceministro de Perú para la

línea 1 del metro, tramos 1 y 2. Un ajuste específico para el Tramo 1, con el valor de 1.4 millones de dólares y un segundo para el Tramo 2, del valor de 6.7 millones de dólares (IDL Reporteros, 2017)

«Ajuste» era el eufemismo empleado por Mamerí para referirse al pago de sobornos. El mecanismo a través del cual se habrían hecho los pagos, una vez más, fue la transferencia entre cuentas de empresas *offshore*. En este caso específico, como menciona (González J. , 2018, p. 60-61), se trataba de la compañía Hispamar International Corp la receptora de los pagos. La cuenta en Banca Privada de Andorra fue abierta por encargo de Jorge Cuba a su sobrino Víctor Enrique Muñoz Cuba, quien se dirigió a Panamá como socio estratégico y consultor de Odebrecht para crear una red de contratos ficticios con dineros provenientes precisamente de Odebrecht. Por ejemplo, se simuló entre *offshore* Klienfeld Services Limited e Hispamar International Corp (IDL Reporteros, 2017).

Para favorecer a Odebrecht en la adjudicación de la Línea 1, Jorge Luis Cuba Hidalgo requirió de la ayuda de personas de su entera confianza que participarían como miembros del Comité de Selección: Santiago Andrés Chau Novoa y Edwin Martín Luyo Barrientos. Este último, además, habría constituido la cuenta Oblong International INC, el 21 de diciembre de 2011 y cerrada el 14 de enero de 2015, que pertenecería a él y a Mariella Huerta. Además, a esta cuenta le habrían realizado tres depósitos que en total ascendieron a US\$ 1'200,000 dólares, dinero que finalmente fue depositado solo a favor de Edwin Luyo por US\$ 1'230,840.08. Por su parte, Santiago Chau recibió US \$ 400 mil a través de una cuenta en la BPA abierta a favor de la empresa Ulton Finance Limited (Observatorio Anticorrupción, 2019, p. 10).

El día 16 de abril de 2019 se supo que, a solicitud del fiscal José Domingo Pérez, quien sigue la investigación por los presuntos delitos vinculados al Caso Odebrecht, el Juez Juan Carlos

Sánchez Balbuena del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, había emitido una orden de detención preliminar por 10 días contra el ex mandatario Alan García y otros funcionarios, además de un allanamiento y registro domiciliario. De acuerdo con el requerimiento:

Se le atribuye ser presunto autor, en su calidad de Presidente de la República, entre los años 2006 al 2011, como miembro de una organización criminal, haberse concertado con los representantes de la empresa brasileña Odebrecht, específicamente con el Director Superintendente en el Perú, Jorge Enrique Simoes Barata, empresa interesada en los procesos de contrataciones del Estado (...) defraudando patrimonialmente de esta forma al Estado y en su perjuicio, puesto que habrían existido sobrevaloraciones en las obras que fueron significativamente mayores a su valor referencial, recibiendo a cambio dádivas por parte de la empresa Odebrecht (...) Que, de las declaraciones brindadas por el Colaborador Eficaz N° 01-2018-01 se desprenden elementos de convicción para sostener que Alan García Perez se concertó con Jorge Barata, para que se hiciera la adjudicación de la obra del Proyecto de la Línea 1 del Metro de Lima (...) (Corte superior de justicia especializada en delitos de crimen organizado y de corrupción de funcionarios, 2019, p. 5-35)

Ante tal decisión, el miércoles 17 de abril de 2019, miembros de la fiscalía y agentes de la policía sacudieron a la vivienda del ex presidente para ejecutar la detención. Sin embargo, cuando iba a ser detenido, Alan García subió a su habitación y se encerró afirmando que llamaría a su abogado, momento en el que procedió a darse un disparo en la cabeza (El Peruano, 2019).

En esencia, del caso de corrupción Odebrecht de Perú, tal como se ha puesto en evidencia, se puede identificar: (i) la participación de múltiples agentes privados y públicos que realizan actividades que se funden entre la legalidad y la ilegalidad; (ii) El uso de empresas fachada y

mecanismos financieros, que, mediante la simulación de contratos privados o las transferencias a través de terceros, logran disfrazar el movimiento del dinero ilícito; (iii) La participación de agentes políticos, que logran a través de procesos sistemáticos, la modificación del marco legal con la finalidad de garantizar el inicio de un proceso de licitación con carácter de urgencia. Con ello, posteriormente, (iv) a través de funcionarios específicos encargados de la adjudicación, favorecen los intereses de proponentes seleccionados a priori, en este caso, Odebrecht.

Además, es evidente, (vi) el uso de eufemismos para minimizar la carga moral, (vii) los ofrecimientos de dinero en especie (bienes inmuebles), en cargos privados (puerta giratoria) o en efectivo para evitar ser identificados por los mecanismos de control y (viii) el uso de entidades bancarias nacionales que permiten transacciones con países donde la regulación mantiene mayor privacidad de las transacciones que se realizan, los llamados paraísos fiscales.

Un esquema de corrupción y lavado de activos, similar al que se estableció con Petrobras en Brasil, o al que se estableció alrededor de los dos jefes de Estado de Perú, se ha reproducido en otros países latinoamericanos y en dos africanos, para un total de 1 billón de dólares en sobornos pagados entre 2001 y 2016 (Folha de Sao Paulo, 2016). En Colombia, particularmente, a través de la Constructora Norberto Odebrecht S.A y Constructora Norberto Odebrecht de Colombia S.A, en consorcio con las firmas Estudios y Proyectos del Sol Episol y CSS Constructores S.A, se ha desarrollado un caso de corrupción que ilustra el tipo de fallos que ha tratado este trabajo¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Cabe mencionar desde este momento, que el caso de corrupción se desarrolla sin la participación de CSS Constructores, quienes no tenían conocimiento de los acuerdos ilícitos, pues su participación porcentual era irrelevante en las decisiones del consorcio. (Resolución 67837, 2018).

5.3 Odebrecht en Colombia

La constructora Odebrecht se conoció en los medios de Colombia cuando estalló el caso de corrupción en que se halla inmerso. Sin embargo, esta constructora llevaba operando en el país más de dos décadas. La constructora Norberto Odebrecht S.A incursionó en Colombia hacia el año de 1992, al ganar la licitación para la construcción de la ampliación de la capacidad de bombeo de las estaciones el Porvenir, Miraflores y Vasconia en Casanare. Algunas de las obras en que esta compañía participó, presentaron problemas en la adjudicación (en línea Troncal del Gasoducto Sebastopol-Medellín), en los estados financieros (proyecto de la central termoemcali) y en la puesta en marcha (planta de aguas residuales de El Salitre) (El heraldo, 2017). Entre sus contratos de mayor envergadura se encuentran la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena y el proyecto vial Ruta del Sol sector II (Tabla 5). El análisis en este capítulo se realiza sobre este último.

Tabla 5
Contratos Odebrecht Colombia

Número	Año	Nombre de la Obra	Costo
1	1992	Ampliación de capacidad de bombeo de las estaciones el Porvenir, Miraflores y Vasconia, Casanare	600 millones dólares
2	1994	Estación de bombeo de Caucasia, Antioquia	500 millones dólares
3	1994	Puerto Drummond, Magdalena	180 millones dólares
4	1995	Ferrovía la Loma-Santa Marta, entre Cesar y Magdalena	150.000 millones pesos
5	1996	Línea troncal del gasoducto Sebastopol-Medellín	50.000 millones pesos
6	1997	Central Termoeléctrica - TermoEmcali, Valle del Cauca	156.000 millones pesos

7	1997	Planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo, Valle del Cauca	75 millones dólares
8	1997	Planta de tratamiento de aguas residuales de Bogotá - El Salitre	250.000 millones pesos

Número	Año	Nombre de la Obra	Costo
9	1997	Proyecto hidroeléctrico La Miel I, Caldas	600 millones dólares
10	1999	Ampliación del complejo carbonífero Cerrejón, La Guajira	--
11	2009	Diseño, construcción para el sistema de alcantarillado Troncal Tunjuelo Canoas - Río Bogotá, Bogotá	243.000 millones pesos
12	2010	Proyecto vial ruta del Sol sector 2, entre Cundinamarca y Cesar	3.6 billones de pesos
13	2012	Proyecto transversal de Boyacá fase II, Boyacá	184.000 millones pesos
14	2014	Recuperación de la navegabilidad del río Magdalena, entre Cundinamarca y Atlántico	2.5 billones de pesos

Nota. Adaptado de (El heraldo, 2017)

La importancia estratégica del proyecto vial «Autopista ruta del sol» se estableció en el documento Conpes 3571 el 9 de marzo del 2009, cuya responsabilidad recayó sobre el Ministerio de Transporte y del Instituto Nacional de Concesiones (INCO). Sin embargo, se trataba de un proyecto abierto desde el año de 1997, cuya adjudicación quedó a nombre del Consorcio del Magdalena Medio (COMMSA) conformado por 12 empresas que terminaron demandando al estado en el año 2000 y no iniciaron la obra.

En tal sentido al INCO se le solicitó desarrollar la estructuración de los contratos y de los procesos precontractuales de dichos proyectos. En efecto, se abre la licitación Pública identificada con número de proceso SEA LP 001 2009, con el fin de seleccionar las propuestas más favorables

para el otorgamiento de tres (3) contratos de Concesión en diferentes sectores. De los cuales, por medio del contrato No. 001 de 2010 se entabla la relación contractual con el Consorcio Ruta del Sol para el sector 2, integrado por la empresa brasilera Constructores Norberto Odebrecht S.A con una participación del 25.01% dentro del consorcio, las empresas Colombianas Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S con un 37% de participación, Estudios y Proyectos del Sol Episol con un 33% de participación, esta última haciendo parte de la empresa matriz Corficolombiana que pertenece al Grupo Aval de Luis Carlos Sarmiento Angulo, y CSS Constructores S.A. con un 4.99% de participación dentro del consorcio. El objeto a desarrollar del proyecto, tal como aparece en el Conpes 3571 fue:

- i) Mejorar la infraestructura vial para incrementar la competitividad, promover el crecimiento económico y mejorar la calidad de vida de los colombianos, ii) Crear un modelo de concesión replicable que atraiga financiamiento de largo plazo, iii) Optimizar el uso de recursos públicos y asignación de riesgos, iv) Consolidar mejores prácticas en los procesos de licitación y v) Ejecutar un proceso de licitación que sea ágil, eficiente y transparente (Documento Conpes 3571, 2001).

Hasta entonces, todo indicaba un proceso claro y ajustado, con ejecución del contrato en marcha, que había sido adjudicado a «estructura plural promesa de sociedad futura concesionaria ruta del sol S.A.S», por ser la única admitida en el proceso licitatorio en el tramo adjudicado (Tabla 6). Este sector comprende una extensión de 528 Km desde Puerto Salgar, en el departamento de Cundinamarca, hasta San Roque, en el departamento de César. El valor del contrato fue de \$2,094,286,000,000. Más adelante \$799.647.416.266 serían adelantados a través de otrosíes para el tramo de Transversal Rio de Oro/Aguaclara/Gamarra en el año 2014.

Tabla 6*Proponentes y calificación del sector II del proyecto Ruta del Sol*

Sector	Proponente	Calificación
	VIAS DEL SOL AUTOPISTA S.A. PSF	No admisible
	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S	Admisible
2	UNION TEMPORAL CONCESIÓN RDS	Rechazado

Nota. Adaptado de (Resolución 641, 2009, p. 2)

La oferta de «Vías del sol autopistas S.A.» fue considerada como no hábil en virtud de lo dispuesto en el apartado 10.2.2 del pliego de condiciones¹⁶⁹. En este se indicaba que solo serían habilitadas aquellas ofertas que cumplieran con los requisitos habilitantes indicados en el pliego de condiciones, según el sector por el que cada estructura ofertara. Debido a que Vías del sol autopistas S.A realizó una oferta para los sectores 1 y 2 en economía de escala y no acreditó la experiencia en construcción conforme al capítulo vii «Requisitos habilitantes aplicables a las propuestas por varios sectores» fue considerada como no admisible¹⁷⁰. En este capítulo, la experiencia que se debía acreditar era específicamente de carreteras, el proponente en mención presentó experiencia en vías férreas. Cabe resaltar que el valor de su propuesta fue de \$1.919.000.000.000, que corresponde a un 85.7% del valor del presupuesto oficial y, en consecuencia, \$ 175.286'000.000 más baja que la propuesta de quienes fueron los adjudicatarios. Por lo que, de haber sido hábil, en la eventual subasta habría sido la seleccionada.

En este mismo sentido, para el caso del oferente «Unión temporal concesión RDS», pues el valor de su propuesta fue de \$ 1.519.687.472.063 que corresponde a un 67,8% del presupuesto

¹⁶⁹ El aparte en comento indicaba «Las Propuestas cuya evaluación de los Requisitos Habilitantes contenidos en el sobre No. 1 cumpla con todos los requisitos será considerada "admisible" las Propuestas "no admisibles" serán aquellas que no cumplan con los Requisitos Habilitantes y por lo tanto no se evaluarán ni la Oferta Técnica ni el sobre No. 2 Pliego de Condiciones, conforme a las modificaciones introducidas en la Adenda 12, publicado en el SECOP el 22 de octubre de 2009.» (Ministerio de transporte [Instituto nacional de concesiones - INCO], 2009, p. 81)

¹⁷⁰ De acuerdo con el documento (Aclaración resumen pendientes sector 1, 2 y 3, 2009), donde respecto del proponente Vías del sol autopistas S.A. se lee en la Columna «Experiencia» lo siguiente: «Los contratos de los numerales 1 y 2 corresponde a la modalidad férrea, razón por la cual no cumplen las exigencias del Capítulo VII»

oficial y, en consecuencia, \$574.598.527.937 más baja que la propuesta de la concesionaria ruta del sol II¹⁷¹. La propuesta de Unión temporal concesión RDS, fue rechazada debido a que no allegó la información solicitada por el INCO en el informe de evaluación preliminar que fue publicado el 24 de noviembre de 2009, esto con fundamento en lo dispuesto en el apartado 10.11.15 del pliego de condiciones (Resolución 67837, 2018). En efecto, «mediante comunicación remitida al INCO, el 30 de noviembre de 2009, el representante de la Unión temporal concesión RDS indicó que “con respecto del tramo 2 de dicha licitación pública, será imposible subsanar las solicitudes requeridas en el informe de evaluación”» (Documento adicional: Unión Temporal Concesión RDS - 2, 2009)

La poca competitividad que se hace evidente en el valor ofertado por la Concesionaria ruta del sol, podría indicar que las diferentes conductas desplegadas -que se analizarán en la siguiente sección-, en busca de quedarse con la adjudicación del sector 2 del proyecto ruta del sol, a través del pago de sobornos, le brindaron a este consorcio cierta confianza *ex ante* de que sería la única oferente habilitada, como en efecto ocurrió. De allí que, el proceso de licitación le acarreó al Estado colombiano, el haber adjudicado un contrato a quien ofertó la obra por un mayor valor y bastante superior al que estaban dispuestos sus competidores (Resolución 67837, 2018).

¹⁷¹ De la Unión Temporal Concesión RDS hacían parte las compañías colombianas MNV S.A. con una participación del 30%, Gas Kpital Gr S.A con 25%, Inversiones Grandes Vías e Ingeniería LTDA con una participación del 20% y la compañía extranjera China Railway Shisiju Group Corporation con 25%. Cabe recordar que las empresas colombianas hacían parte del Grupo empresarial Nule, conocido popularmente por los sobrecostos, cambios en los diseños, atrasos y anticipos no ejecutados en un grupo de obras que los medios denominaron «carrusel de contratación» al ser identificado tras de todo esto hechos de corrupción. Guido Alberto Nule Mariño, era el representante legal de Unión Temporal Concesión RDS. Esto, aunque para entonces, todos los indicativos sobre el Grupo empresarial Nule eran pésimos. Tenían demoras en sus obras, y que ya habían sido señalados por el entonces concejal Carlos Fernando Galán y el senador Gustavo Petro, de ser piezas clave en el carrusel de la contratación. Ni la Fiscalía, ni la Procuraduría, ni la Contraloría los tuvieron en su lupa cuando se presentaron a la licitación de la ruta del sol sector II. De haber ganado la licitación el Grupo Nule, es muy probable, como menciona María Jimena Duzán, que «iban a utilizar el dinero de los anticipos no para construir las obras sino, para tapar sus huecos y sobreaguar otro tiempo más, como ya lo habían hecho con la doble calzada Bogotá-Girardot y con el tramo de la 26» (Revista Semana, 2017, p. 31). Por esa misma razón, aunque los Nule dijeron en los medios de comunicación que en la adjudicación había sobornos, poco caso se le hizo.

5.3.1 Transacciones corruptas en el contrato *ex ante*. Entre intermediarios, funcionarios y empresarios. A finales de noviembre de 2016, los representantes de Odebrecht S.A atendieron puntualmente una cita con ocasión del cumplimiento del *plea agreement* (acuerdo de culpabilidad) ante la corte del en distrito este de Nueva York. A raíz de esta citación se conocieron los hechos de corrupción de dicha empresa en Colombia. De acuerdo con la información suministrada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, en Colombia Odebrecht entregó 11 millones de dólares entre el 2009 y el 2014 con un beneficio de más de 50 millones de dólares gracias a esos pagos (United states district court eastern of New York, 2016, p. 18).

La Fiscalía General de Colombia encontró pagos por US\$6,5 millones a Gabriel García Morales y por US\$4,6 millones al exsenador Otto Bula (El Espectador, 2017). Entre los principales señalados también se encontraban los senadores Bernardo Elías, Plinio Olano y el exdirector de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) Luis Fernando Andrade, quien solicitó ante la Corte Suprema de Justicia el relevo de los fiscales delegados a su caso (Semana, 2019). Los hallazgos se dieron inicialmente por la denuncia penal instaurada por Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares en contra de Gabriel Ignacio García Morales y Jose Elías Melo Acosta.

El pago a Gabriel García Morales se habría realizado para asegurar la adjudicación de la concesión de la ruta del sol sector II, cuando este se desempeñaba como director encargado del Instituto Nacional de Concesiones (INCO). Por esta razón se le imputaron cargos por los delitos de cohecho, interés indebido en la celebración de contratos y enriquecimiento ilícito (El Espectador, 2017). Delitos que fueron aceptados por Gabriel García Morales con anticipación (Resolución 67837, 2018).

Con base en esto, en enero de 2017 la jueza 26 de control de garantías legalizó la captura del ex viceministro de Transporte, Gabriel García Morales. A 62 meses de cárcel fue condenado el ex viceministro de transporte, -pupilo del expresidente Álvaro Uribe Vélez- (Fiscalía General de la República, 2017). Según la Fiscalía General de la Nación, adicional a este primer soborno, Odebrecht pagó aproximadamente US\$11,1 millones para ser favorecida en procesos de contratación de obras públicas con la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI (El Espectador, 2017).

Otro investigado por las irregularidades en la obra «Ruta del Sol II», es el exdirector de Corficolombiana (filial del grupo Aval). José Elías Melo, fue señalado por su presunta participación en los sobornos que pagó la constructora Odebrecht para obtener el contrato de la ruta del sol II. Las principales declaraciones provienen, como se ha dicho, de Luiz Antonio Bueno Junior (expresidente de Odebrecht en Colombia), Luiz Antonio Mameri (vicepresidente de Odebrecht para America latina, siendo su jefe inmediato Marcelo Odebrecht), Luiz Eduardo Da Rocha Soares (encargado de la oficina de operaciones estructuradas de Odebrecht). Además, de Gabriel Ignacio García Morales (Gerente general encargado del INCO) y Enrique Jose Ghisays Manzur (representante de Lurion Trading Inc).

En primer lugar, Luiz Antonio Bueno Junior, testigo directo, indicó desde un primer momento que sostuvo reuniones con Gabriel Ignacio García Morales para que se le otorgara la adjudicación del contrato, además, que José Elías Melo conocía de los pagos hechos a Gabriel Ignacio García Morales por la adjudicación del contrato y permitió que se realizaran.

Los pagos indebidos al doctor Gabriel Ignacio Garcia Morales por adjudicación del contrato sector II de la Ruta del Sol(...)contando además que las razones por las cuales menciona a Jose Elías Melo Acosta es(...)”el conocimiento del doctor José Elías Melo de las reuniones con el

doctor Gabriel Ignacio García Morales y también de la aprobación de pagos de Corficolombiana al doctor Gabriel Ignacio García Morales(...)” y respecto de los pagos indebidos y relacionados con Gabriel Ignacio García Morales refiere que estos ascendieron a “(...)seis punto cinco millones de dólares(...)” (Sentencia José Elías Melo Acosta, 2019, p. 50)

Además, dijo que la etapa pre-contractual, Gabriel Ignacio García Morales, le solicitó de antemano para poder adjudicar el contrato con tranquilidad, un concepto jurídico. Como Luiz Antonio Bueno estaba recién llegado a Colombia, fue el mismo Morales quien le proporcionó una lista de abogados del que seleccionaron a Hugo Palacios (fallecido), que tenía una relación cercana con Corficolombiana.

Por otra parte, Luiz Antonio Mameri, dio autorización para el pago de la solicitud que Luiz Antonio Bueno Junior le hizo acerca de sobornar a Gabriel Ignacio García Morales. Mamerí dijo haber escuchado a través de la denuncia de Luiz Antonio Bueno Junior, la existencia y participación de José Elías Melo (Sentencia José Elías Melo Acosta, 2019, p. 56). Así mismo, el testimonio de Luiz Eduardo Rocha Suarez (conocido como Tushido), ratificó lo declarado por Mamerí y por Bueno Junior.

Luiz Eduardo Rocha Suarez afirmó que, por solicitud de Luiz Antonio Bueno Junior, viajó a Colombia para contactar a Enrique Jose Ghisays Manzur, con quien se reunió posteriormente en Miami en una oficina de abogados «Akerman Center City». Desde esa reunión, Enrique Jose Ghisays Manzur acepta la presidencia de «Lurion Trading Inc». Fue a través de esta empresa que se realizó las transacciones para el pago de sobornos a Gabriel García Morales. Para ello, se utilizó una cuenta en el Banco de Andorra (Panamá) que fue creada por Andrés Sanguinetti a título de Ghisays Manzur. Además, Luiz Eduardo Rocha Suarez enfatizó no conocer de las operaciones de

Corficolombiana (José Elías Melo), porque esas eran relaciones de Luiz Antonio Bueno Junior (Sentencia José Elías Melo Acosta, 2019, p. 59).

Por su parte, Gabriel Ignacio García Morales, destacó que en una oportunidad asistió a una reunión en calidad de suplente Ministro de transporte con el presidente de la república Álvaro Uribe Vélez, Marcelo Odebrecht y Luiz Antonio Bueno Junior, entre otros. El interés de aquella reunión legal, de acuerdo con García Morales, fue presentarle al Presidente de la República de entonces, un portafolio relacionado con proyectos de inversión en Colombia, tales como la Ruta del Sol, Hidrohituango y el Ferrocarril de Carales.

De acuerdo con la sentencia, al final de esa reunión, Luiz Bueno le pidió una reunión informal a Gabriel García Morales para ratificar lo que se había presentado en esa reunión. Le dijo a García Morales, que esos proyectos eran de su interés y que querían plantearle preocupaciones que tenían frente a los proyectos de licitación tales como los cambios que se daban a los pliegos en los procesos licitatorios, pues estos generaban inseguridad jurídica. En esa misma reunión, al término de la misma, como comenta Gabriel García Morales, Luiz Bueno Junior se quedó atrás de los demás y:

Empezó a hablar que tenía muy buenas referencias mías, de que era conocido en el sector, que había participado en otros proyectos (...) me planteó en ese momento que ellos en su entidad en Odebrecht estaban acostumbrados a que funcionarios que tenían buen desempeño hacerles contratos de consultoría o vincularlos profesionalmente con unas remuneraciones mucho mejores que las del Estado antes eso...le dije que yo tenía una inhabilidad pero tengo que reconocer que no fui contundente ante una propuesta(...)que siempre supe era indebida, cuando yo le planteé lo de la inhabilidad me dijo que no me preocupara que sería una vinculación en Odebrecht en un proyecto en el exterior para que no me aplicaran inhabilidad, insisto ya esa

conversación pasó de un plano profesional e institucional a un tema personal en donde considero que fue cuando crucé la línea y empecé a (...) y comenzó mi degeneramiento moral(...) (Vanguardia Liberal, 2019)

En efecto, se trataba de una proposición tacita, maquillada, cuyo único fin era hacer un ofrecimiento ilegal. Luego de eso, Luiz Antonio Bueno Junior contactó a Gabriel García Morales y le propuso una reunión con él fuera del ministerio, reunión que tuvo lugar en un apartamento de un amigo de Gabriel García Morales (Juan Manuel Barraza) (W Radio, 2019)¹⁷². En aquella reunión le comentó sobre la relación con Corficolombiana y su comunicación a través de un funcionario de la corporación financiera internacional (empresa que se encargaría de la estructuración del proyecto Ruta del Sol II y los pliegos). Se trataba de María Victoria Guarín, esposa de un alto funcionario del Grupo Aval de nombre Diego Solano, con el que ya habían tratado los temas relacionados con el pliego, pero que no tenían comunicación con el Ministerio. La función de Gabriel García Morales al respecto era persuadir al Ministro de transporte Andrés Uriel Gallego Henao para que aceptara la participación de la corporación financiera internacional (IFC). Es por esto que, Gabriel García Morales (entonces Viceministro de Transporte) en su declaración afirmó lo siguiente:

El DNP propone que se tercerice la actividad de estructuración del proyecto para que quede un modelo y se haga un intercambio de conocimientos. Gallego está opuesto a esta idea y entonces me encargan que convenza el Ministro de hacer la tercerización y que fuera el IFC el estructurador (Resolución 67837, 2018).

¹⁷² Al respecto, Juan Barraza dijo que «nunca se ha dicho que yo haya participado de esas reuniones. Cuando esos encuentros se adelantaban, yo estaba en Estados Unidos haciendo una maestría y prestaba el apartamento» (W Radio, 2019)

Al soborno ofrecido a Gabriel García Morales, según cuenta este mismo, le llamaban «lobby», de gestión y promoción. De acuerdo con su declaración, un primer ofrecimiento monetario luego de su negación por inhabilidad fue de 2 millones de dólares que serían entregados a través de una oficina de emprendimiento que era la encargada (división de operaciones estructuradas). Luego, como relata Gabriel García Morales, habiéndose él preocupado de la influencia de Odebrecht sobre el comité evaluador y ante posibles pleitos que pudieran venir, se comunicó con Luiz Bueno y le pidió un concepto jurídico para él, para su seguridad futura y que debía hacerse por parte de un abogado de Corficolombiana. José Elías Melo Acosta entonces escogió a Hugo Palacios Mejía.

Luego, la noche del 14 de diciembre de 2019, un día antes de la adjudicación del contrato, Gabriel García Morales se reunió con Luiz Bueno Junior y este le ofreció una mejora en el soborno, que sería realizado a través del mecanismo «indetectable» con que contaba Odebrecht. Así, el 15 de diciembre, Luiz Bueno llegó con el concepto jurídico en el que se indicaba que se avalaba la posición del comité evaluador en donde decía que la propuesta de Vías del sol autopistas S.A por unas razones específicas durante el proceso debía ser rechazada¹⁷³. Seguidamente se hizo la adjudicación del contrato Ruta del Sol II (Sentencia José Elías Melo Acosta, 2019, p. 61-63). Según Gabriel García Morales, el soborno que le fue entregado después de la adjudicación –sin saber el monto antes-, fue en total de 6.5 millones de dólares. En palabras de Luiz Bueno, «Corficolombiana asumía el porcentaje que ellos tenían en la sociedad que era como del 30 o 32%» y respecto a la participación de José Elías Melo dijo que:

¹⁷³ En este concepto jurídico, elaborado por el abogado para Corficolombiana, básicamente se exponía: «(i) la validez de la experiencia en construcción de vías férreas; (ii) la consecuencia de que el comité evaluador determinara que un proponente que se presentara para los sectores 1 y 2 no cumpliera la totalidad de los requisitos habilitantes exigidos para el número de sectores para los cuales se postuló; y (iii) si era posible que un proponente interesado tanto en el sector 1 como en el sector 2 pudiera participar por medio de una modalidad diferente de la unitaria para los sectores 1 y 2, así como determinar cuáles serían los efectos para el sector 2 en caso de que no pudiese acreditar la experiencia requerida para el sector 1» (Resolución 67837, 2018). Los temas expuestos en este concepto tuvieron incidencia en la no habilitación de los demás proponentes.

Cuando el señor Luiz Bueno me hablaba del compromiso del soborno siempre me mencionaba a su jefe y hablaba de Marcelo odebrecht y mencionaba al señor José Elías Melo en representación de Corficolombiana (...) que ellos habían aprobado el monto (...) y que él había sido la persona que había comunicado esa aprobación (...) con el que él se entendía al interior de sus socios (...) (Sentencia José Elías Melo Acosta, 2019, p. 64)

Sobre el pago del soborno, puso de presente que ello ocurrió a través de una empresa constituida cuando el señor Enrique Jose Ghisays Manzur tuvo la reunión con Luiz Da Rocha en Miami, según el testimonio de Gabriel García Morales, fue el quien puso en contacto a las dos partes. Además constato que los 6.5 millones de dólares se repartieron así: \$750.000 dólares para Enrique Jose Ghisays Manzur y el resto para él, de los cuales devolvió a la fiscalía aproximadamente dos millones seiscientos mil dólares (\$2.600.000)¹⁷⁴. Sobre esto, Enrique José Ghisays Manzur, narró que era amigo de infancia de Gabriel García Morales, constatando que fue García Morales quien lo contactó y que su único vínculo fue con Tushido (Luiz Darrocha). De acuerdo con su declaración, en aquella comunicación vía email, Tushido le comentó que:

Cuando llegara a las oficinas de Akerman preguntara por Pablo Miranda, pregunté por él cuando llegue allá al edificio y me subieron a una sala de juntas, estaba un señor de acento brasileño y me dijo que él era la persona encargada de concretar el asunto del pago después de una conversación corta social que tuvimos me comentó que si yo estaría dispuesto a aperturar una cuenta de un banco de preferencia de ellos en la banca privada de Andorra y que se hiciera a nombre de una compañía nueva...Lurion Trading Ing. En ese momento él se levanta de la sala de juntas y busca dos personas que entran, una se presenta como Beting, la otra como Cristina

¹⁷⁴ Hagamos cuentas: 6.5 millones de dólares fue el total, 750.000 dólares para Enrique Manzur, 2 millones en acciones, 2.6 millones recuperados ¿Dónde está el 1.150.000 de dólares restante? Quedan algunas notas de amargura ¿Gabriel García fue el único alto funcionario que recibió el soborno, lo hizo él todo solito?

Lozano, él después se retira de la sala de juntas. (...) me había dicho Da Rocha, que lo hiciera en los bancos de servicios de ellos ya que así se facilitaba el traslado del pago de los dineros (...) el destinatario final de los pagos era Gabriel García Morales.» (Sentencia José Elías Melo Acosta, 2019, p. 66-67)

Lurion Trading Inc comenzó a recibir los giros de sobornos en marzo de 2010, cuando García todavía estaba en el gobierno, los dineros provenían de Kleinfeld Service Ltda., la misma firma que sirvió para aceitar la corrupción en Ecuador (González J. , 2018, p. 141). Además del efectivo mediante compañías *offshore*, a Gabriel García le pagaron 2 millones dólares mediante títulos al portador de acciones en Pacific Infrastructure Venture Inc (El Espectador, 2019). Esto puso en la mira de la fiscalía a Ricardo Noero, en su condición de presidente de Pacific Infrastructure Venture Inc, aunque hasta el momento no ha habido noticia de su investigación.

En concreto, se ha mencionado que la participación de Gabriel García Morales fue fundamental para la adjudicación del contrato sector II de la ruta del sol otorgado al consorcio ruta del sol II (Odebrecht y Episol –Corficolombiana-). Fue a través de Gabriel García Morales, en su puesto de viceministro de transporte y gerente general encargado del INCO, que se introdujo la participación de la corporación financiera internacional (IFC), encargada de la elaboración de los pliegos de condiciones del contrato. IFC se encargó de la confección de los pliegos hechos a la medida e imposibilitó la flexibilidad de los mismos.

Además, que a través del concepto jurídico exigido por Gabriel García Morales a Luiz Antonio Bueno Junior, que sería proporcionado mediante abogado de Corficolombiana, se «sustentó la no habilitación de los demás proponentes» aunque esta sería más una salvaguarda. La relación de Gabriel García Morales fue con Luiz Antonio Bueno Junior de Odebrecht, pero este siempre tuvo al tanto a José Elías Melo Acosta de Corficolombiana. Los montos de los sobornos como se ha

tenido ocasión de mencionar, fueron pagados, parte en acciones al portador y, parte efectivo. El dinero en efectivo fue canalizado por medio de la compañía *offshore* que, Enrique José Ghisays Manzur, amigo de infancia de Gabriel García Morales, creó luego de reunirse con Luiz Da Rocha en Miami. A esta compañía la llamaron Lurion Trading Ing.

Aún quedan algunas preguntas por resolver: ¿Cómo fue que Gabriel García Morales llegó al cargo de Gerente general encargado del INCO en el que duró solo 7 meses, tiempo en el cual el proceso de licitación y adjudicación del contrato ruta del sol sector II se llevó a cabo? Además, en relación a lo que sucedió con el contrato de la ruta del sol II. ¿Cuál fue el proceso para su terminación? La primera pregunta se quiere abordar inmediatamente, la segunda se responde al final de una sucesiva sección.

Como se verá, del primero de estos temas, solo se pueden hacer algunas anotaciones sobre las relaciones sociales que podrían haber llevado a Gabriel García Morales al cargo en el INCO. Podría sospecharse de una asignación nepotista, pero la relación no es completamente directa y no se trata de alguien sin los méritos para el cargo, por lo que legalmente no cumple con lo que se conoce como nepotismo. Del segundo tema, podrá observarse que en el trasegar de aquel camino jurídico, la captura institucional se ha hecho evidente.

5.3.1.1 La jugada para poner a Gabriel García Morales en el INCO. Gabriel Ignacio García Morales fue designado gerente general encargado del INCO mediante la resolución de este organismo No. 3666 del 23 de septiembre de 2009, un mes antes de que finalizara el plazo para la presentación de ofertas del contrato del sector II ruta del sol (27 de octubre de 2009). El cargo que ocupó Gabriel García se encontraba disponible porque el ministro de transporte Andrés Uriel Gallego le pidió la renuncia al director del INCO Álvaro José Soto –quien ya había intentado

renunciar- cuando se revelaron unas grabaciones que mostraban su presunta corrupción en la licitación del sistema ferroviario central (Revista Semana, 2017)¹⁷⁵.

Aquellas grabaciones, según se entiende, de posteriores confesiones de Gabriel García Morales, habrían sido reveladas por Mateo Restrepo Villegas, entonces Alto consejero para la política anti cíclica del presidente Álvaro Uribe Vélez (El espectador, 2017) Ese, pudo haber sido el movimiento para dejar libre el puesto. Sin embargo, ¿quién se encargó de que quedara precisamente Gabriel García Morales? De acuerdo con el actual senador Álvaro Uribe Vélez, entonces presidente de la República de Colombia, «en el marco de la búsqueda de un profesional para ser nombrado como viceministro de Transporte, en lugar de hacer “clientelismo”, le pidió a la Cámara de Comercio de Cartagena que le enviara la mejor persona de esa ciudad para ocupar ese cargo» (La FM, 2017). Uribe indicó que:

La Cámara de Comercio le recomendó al Gobierno el nombre de Gabriel García Morales, por su "formación académica, su trayectoria profesional y la estructura moral que conocía de su familia", como ya lo explicó la doctora Silvana Giaimo, anterior directora ejecutiva de la Cámara Comercio de Cartagena (La FM, 2017).

Al respecto, Silvana Giaimo había dicho que:

«Presenté la hoja de vida de Gabriel García Morales, basada en su formación académica, su trayectoria profesional y en la estructura moral que se conocía de su familia. Gabriel García Morales es egresado del colegio Gimnasio Cartagena, Economista de la Universidad de los Andes y Master en Transporte, Infraestructura y Logística de la Universidad George Mason de

¹⁷⁵ El gerente del INCO Álvaro José Soto ya había pasado renuncia desde Julio de 2008 (Portafolio, 2008). Sin embargo, su destitución se llevó a cabo porque, tal como mencionó Andrés Uriel Gallego, la que reveló las grabaciones fue la Casa de Nariño, esta fue la que denunció el posible caso de corrupción en el proceso licitatorio del Sistema Ferroviario Central, tras analizar unas grabaciones (Caracol Radio, 2009). Esta declaración parece coincidir con las confesiones de Gabriel García Morales acerca de Mateo Restrepo Villegas, al menos es cuestión de lugar de procedencia de la denuncia.

los Estados Unidos. Como bien es sabido, la decisión de los nombramientos corresponde al Gobierno Nacional y la responsabilidad de los actos corresponde a cada persona en particular» (RCN Radio, 2017)

Es claro que, el nombramiento de Gabriel García Morales no se trata de un delito tipificado en la normatividad vigente como el relacionado con el nepotismo, comúnmente llamado clientelismo. A saber, porque no parece haber una violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (véase los apéndices a, b, c y d). Sin embargo, sí parece tratarse de clientelismo en lo que se atañe al concepto expresado en el marco teórico de este trabajo, en específico, al clientelismo de mercado, predominantemente local en el que partidos políticos se ven involucrados. La razón de la ausencia de tipicidad del clientelismo ya se ha explicado en otros lugares en este documento, falta un concepto de corrupción amplio se ha dicho. Para mostrarlo, hay que indagar un poco en las relaciones que llevaron al puesto a Gabriel García Morales y a quien lo recomendó, Silvana Giaimo. ¿quién es? ¿de dónde es? ¿cómo llegó a su posición en la cámara de comercio de Cartagena?

Silvana Giaimo Chávez se había desempeñado como directora de planeación de la alcaldía de Cartagena, fue asesora de la Sociedad Portuaria Regional de la misma ciudad y presidente ejecutiva de la Cámara de Comercio de Cartagena. Además, posteriormente, fue viceministra de la cartera de minas y energía del segundo gobierno de Álvaro Uribe Vélez (Intereléctricas, 2009). Cargo desde el que, en algún momento, se mencionó en los medios que ella posiblemente había autorizado irregularmente al Gobernador de Bolívar a otorgar títulos mineros, pero que posteriormente fue rectificado. La silla vacía aclaró que mientras ella fue viceministra no se realizó dicha delegación, la cual había sido otorgada antes y se mantuvo después (La Silla Vacía, 2012). Sin embargo, el mismo medio sostuvo que, aunque la ministra negó también cualquier relación

política con la senadora Piedad Zuccardi, ese tema no merecía ser desmentido, porque «además de que la relación de Giaimo y Zuccardi es vox populi en Cartagena, la actual asesora del alcalde pertenece al Partido de la U, que en el Departamento de Bolívar lidera Zuccardi» (La Silla Vacía, 2012). Esto último porque Silvana Giaimo aspiró a obtener el aval del partido de la U como candidata a la Alcaldía, pero no lo obtuvo porque el partido decidió avalar a otro candidato (El Universal, 2011).

Es un hecho, según los medios, que, Silvana Giaimo Chávez antes ser presidente de la cámara de comercio de Cartagena, fue directora de planeación de Cartagena durante la alcaldía de Carlos Díaz Redondo, como cuota de los ex senadores Juan José García y Piedad Zuccardi (Metro, 2017). Además, que fue asesora de la Sociedad Portuaria Regional. Su relación con los García Zuccardi, tiene sentido en la medida en que Juan José García y Piedad Zuccardi tuvieron parte en las acciones de la Sociedad Portuaria de Cartagena¹⁷⁶. Fue a través de esta que Silvana Giaimo Chávez llegó a la Cámara de Comercio en representación de esta misma sociedad con gran poder en aquella ciudad. Pero, además, es un hecho que Silvana Giaimo Chávez fue militante del partido de la U, como también lo ha sido desde la creación del mismo Piedad Zuccardi y lógicamente el expresidente Álvaro Uribe Vélez hasta 2014.

Entonces, parece ser, que la carrera administrativa en el Estado –de lo local a lo nacional- de Silvana Giaimo Chávez ha tenido siempre una influencia del partido político de la U. No se trata, como se dijo, de un delito, pues no se encuentra tipificado. Sin embargo, por lo menos sí debería ser un asunto de responsabilidad política, el hecho de que entre sus militantes se haya recomendado

¹⁷⁶ El periódico «La silla vacía» recuerda que la forma como Piedad Zuccardi obtuvo las acciones, junto a su esposo Juan José García Romero (exsenador) fue gracias a una decisión de un primo de Juan José (Gabriel García Romero) quien fue alcalde de Cartagena. De acuerdo con el diario, «El mandatario dijo que la ciudad no tenía plata para comprar las acciones de la Sociedad y recomendó venderlas a una lista de firmas privadas. Entre ellas, a una empresa en la que luego apareció como socia una empleada del servicio de los García. Las acciones de la mujer terminaron en manos de Juan José y su esposa Piedad Zuccardi, a través de una de sus sociedades.» (La silla vacía, 2016)

a Gabriel García Morales y se haya nombrado como director del INCO. Como se ha dicho, fue a través de Gabriel García Morales que se «confeccionó» el contrato ruta del sol II. Ahí es cuando tiene sentido lo declarado por el senador Jorge Robledo: «Colombia no podrá salir adelante si cuando el alto funcionario hace cosas aparentemente buenas, todo el mundo publica de qué partido es. Pero cuando la persona incurre en un acto de corrupción, entonces se oculta el nombre del partido.» (Robledo J. , 2017)

De lo que se ha expresado hasta el momento, es evidente que el esquema de corrupción mediante el cual Odebrecht accedió a los contratos públicos de manera privilegiada, eliminando la competencia a través del pago de sobornos a funcionarios con alta discrecionalidad, es reproducido desde Brasil, pasando por Perú hasta Colombia. Sin embargo, aún no se han observado todos los elementos de aquella tipología. Por ahora, no cabe duda que la adjudicación del contrato de la ruta del sol II fue dirigida hacia los intereses de Odebrecht. Agentes públicos y privados participaron en función de sus propios intereses de manera individual y fueron tejiendo una red de comunicación de canales múltiples al seleccionar sus contrapartes de manera estratégica. Su participación no es para nada irracional, por el contrario, es sistemática y coordinada entre múltiples agentes. Como se ha visto, estos agentes incluyen individuos especializados en (a) el lavado de activos a través de operaciones financieras nacionales y transnacionales (b) el manejo de artilugios legales oportunistas, (c) el establecimiento de compañías «fachada» y la colocación de recursos en centros financieros *offshore*, los llamados «paraísos fiscales».

Esto último, permite aceitar las transacciones corruptas, facilitando la captura de instituciones mediante el financiamiento de partidos políticos y campañas de sus líderes. A través de los políticos, los corruptos logran la modificación de las normas y procedimientos, tales como los procesos de contratación pública. Además, a través de los políticos, es que, se mantienen a los

funcionarios de alto rango en empresas estatales o instituciones estratégicas, permitiendo que un caso de Macrocorrupción se empiece a gestar.

5.3.2 Las transacciones corruptas del contrato *ex post*. Las transacciones de corrupción y las que no son abiertamente ilegales, descritas en la anterior sección, garantizaron la adjudicación del contrato No. 001 de 2010 a nombre de la concesionaria Ruta del Sol para el sector 2. Pero la corrupción no solo se desarrolla de manera *ex ante*, sino también *ex post* a la firma del contrato. En efecto, además de los involucrados que ya se han mencionado, aparecen otros en el escenario. El exsenador Otto Bula recibió aproximadamente 4.6 millones de dólares entre 2013 y 2014, cuando la ejecución del contrato ruta del sol sector II ya estaba en marcha. A Otto Bula le fueron imputados cargos por cohecho (soborno) y enriquecimiento ilícito.

Según la Fiscalía General de la Nación, Odebrecht contrató al exsenador para que la adición No. 6 al contrato tuviera condiciones que favorecieran a la compañía, aumentando el número y valor en los peajes vigentes, y anticipando vigencias futuras (El Espectador, 2017) En este sentido, Bula habría sido entonces el intermediario encargado de negociar las condiciones económicas del ajuste al contrato, respetando todas las condiciones propuestas por la empresa, es decir, el otrosí No.6.

Un otrosí, es una forma de renegociación del contrato de concesión, a través de la cual se podrían adicionar apartados, artículos, conceptos o extensiones al contrato original de concesión con el límite legal –hasta antes del 10 de enero de 2012- de que no se modificara el objeto contractual o de que las adiciones estuvieran directamente relacionadas con el objeto del concesionario. Esta posibilidad se dio con la modificación de la ley 80 de 1993 a través del artículo

número 28 de la Ley 1150 de 2007, que, de entrada, ya representaba una captura del Estado ¹⁷⁷. Como ha mencionado León Pineda (2018)

Esta modificación a la ley, tal como quedó definida, constituyó una oferta de captura del Estado que tuvo como consecuencia una enorme demanda de renegociación de contratos y solicitud de anticipos. Se esperaba que la condición de soportes técnicos y económicos previos, así como la necesaria revisión del CONPES constituyeran un disuasor de las renegociaciones, pero solo un año después, en julio de 2008, el propio gobierno, a través del ministro de Transporte, Andrés Uriel Gallego, y el gerente del INCO, Álvaro José Soto, presentó ante el CONPES una solicitud para renegociar la totalidad de las concesiones existentes -incluyendo las recientemente adjudicadas, lo que demandó un total de adiciones por 1,8 billones de pesos. El resultado fue los documentos CONPES 3535 y 3563 por los cuales se aprobó la multimillonaria partida que iría al bolsillo de los contratistas sin que mediaran estudios técnicos ni económicos (p. 22).

Son dos los otrosíes en la mira de la contraloría, el No. 3 y el No.6. En estos, específicamente, se trata de la adjudicación y financiación de la vía Ocaña-Aguaclara-Gamarra, transversal a la ruta del sol, a través de 2 adiciones al contrato anteriormente mencionado, el otrosí No. 3 y 6, que fueron firmados el 15 de Julio de 2013 y el 14 de marzo de 2014 respectivamente, por el director de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) Luis Fernando Andrade Moreno.

Como se ha mencionado, el otrosí No. 3 se firmó el 15 de Julio de 2013, cuando ya se había derogado la posibilidad de adicionar los contratos de concesiones. En contraposición con esto, y bajo su interpretación, la ANI declaró que aplicaba en este caso el artículo 38 de la ley 153 de

¹⁷⁷ Al respecto dictaba la norma. «En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial» (Ley 1150, 2007, Art. 28). Resaltamos, dicatba, porque aunque fue declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-300-12 de 25 de abril de 2012, fue derogado, posteriormente, por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012 promulgada el 10 de enero de ese año.

1887, según el cual, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Como sea el caso, tenía que sujetarse entonces a que «se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos»» (Ley 1150, 2007, Art. 28).

En efecto, si el corredor vial que se va a hacer formaba parte del objeto inicial del contrato, se podía hacer. Por ejemplo, en el transcurrir del contrato se derrumba un puente en la carretera y hay que contratar uno nuevo, en ese caso no hay necesidad de una nueva licitación. O se materializa un riesgo ambiental, un derrumbe, y por ello hay que hacer una variante al contrato, no hay necesidad de hacer una nueva licitación. En el otrosí No 3, la adjudicación de la obra quisieron justificarla con que la vía se conectaba al proyecto a través de la intersección aguacalara (Agencia Nacional de Infraestructura, 2013). La figura 12 muestra la ubicación de la ruta del sol sector II (panel a) y la adición de la vía Ocaña-Gamara (panel b). Es evidente, que la vía Ocaña-Gamarra no tiene nada que ver con el objeto del contrato, es una vía adicional.

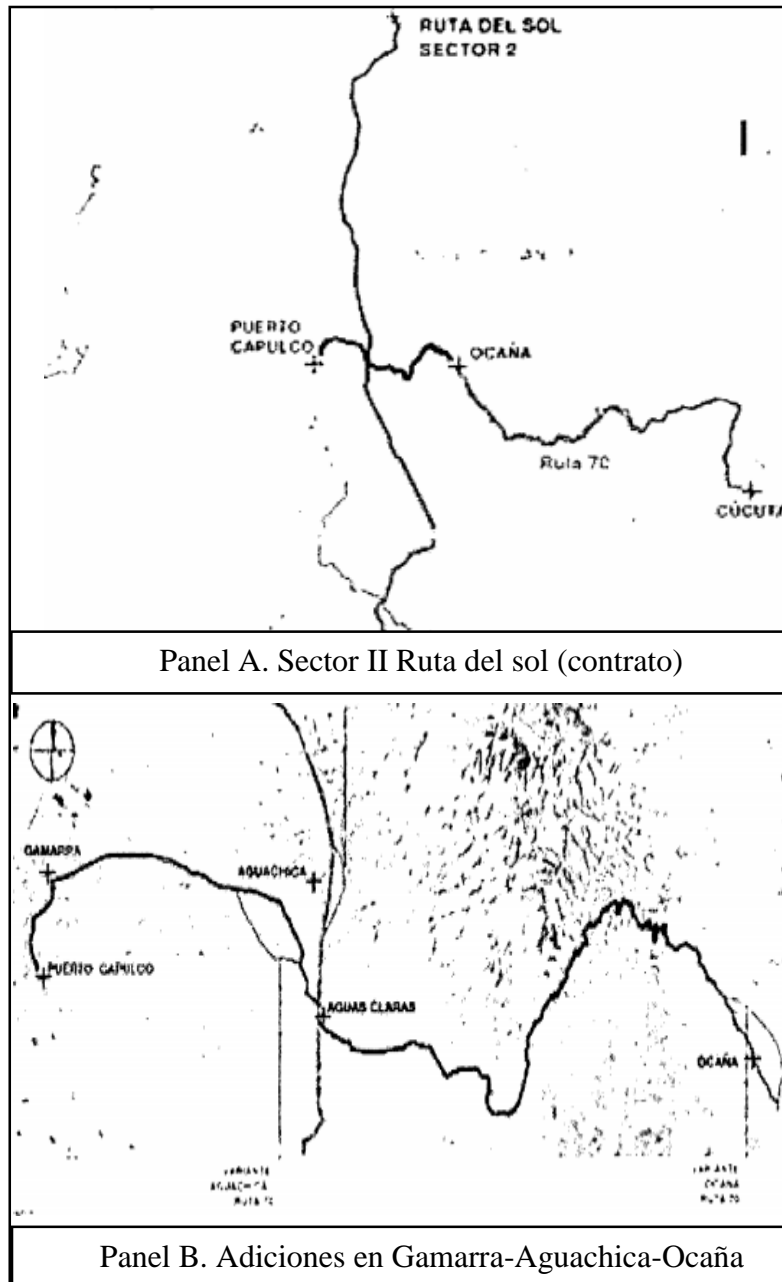


Figura 12. Ubicación sector 2 ruta del sol y adenda otrosí No. 3 Adaptado de (Agencia Nacional de Infraestructura, 2013).

En torno a esto, como menciona Jorge Enrique Robledo en el debate que denominó «La verdad total sobre Odebrecht» lo primero es establecer si ese segundo contrato para la vía Ocaña-Gamarra, fue legal o ilegal. En este sentido, media un detalle muy importante. «El otrosí no se habría podido

hacer sin un documento Conpes que lo autorizara. ¿En qué radica la anomalía? En que primero se firmó el otrosí No 6, de la manera más sospechosa, y después se aprobó el documento Conpes 3817, siete meses después.» (Robledo J. , 2017).

De acuerdo con (Robledo J. , 2017), Néstor Humberto Martínez, antes de ser Fiscal General de la Nación, realizó contratos de asesoría para el consorcio ruta del Sol a través de las firmas «Martínez Neira Abogados» y «MNA Martínez Abogado». En uno de sus conceptos, Martínez consideró que «la construcción de esas obras (adicionales) debe hacerse bajo licitación privada, bajo las reglas allí consignadas. Está llamada a respetar los principios de libre competencia y de igualdad entre proponentes»¹⁷⁸ (El tiempo, 2017). La cuestión es que detrás de todo esto, es que lo que Néstor Humberto Martínez advertía era que, de no ser así, se trataría de una celebración indebida de contrato. Sin embargo, después como ministro de la presidencia aprobó el otrosí, y aprobó el contrato a dedo mediante el (Documento Conpes 3817, 2014).

Así, por el otrosí No. 6 le redituó elevadas ganancias al consorcio. El primer contrato de la Ruta del Sol dio un promedio de costo por kilómetro de 5 mil millones. Como menciona Robledo:

«El otrosí, la vía Ocaña-Gamarra, les da 17 mil millones. El plazo de la concesión, antes a 20 años, quedó en 25. Las vigencias futuras, calculadas para el año 24 y 25, las pasaron para el 16, 17 y 18. Los peajes, antes 5, se volvieron 7, todos con un sobrecosto del 3 por ciento hasta lograr un 15 por ciento de sobrecarga. Y las utilidades son del orden del 23 por ciento, de acuerdo con los análisis» (Robledo J. , 2017)

Detrás de la aprobación del otrosí No. 6 estuvo siempre Otto Bula, quien usó su posición social y cercanía con varios congresistas de las comisiones tercera, cuarta y sexta del Senado de la

¹⁷⁸ Este sería el motivo por el que Néstor Humberto Martínez se declaró impedido en el proceso a la exministra de Transporte Cecilia Álvarez, indagada por firmar las resoluciones para dar vía libre a los peajes que permitían que la adición se volviera realidad y por participar en la aprobación de un documento Conpes que era necesario, también, para que se pudiera ejecutar la adición. Al final, su proceso terminó archivado (El tiempo, 2017).

República para que el contrato se estableciera directamente a Odebrecht sin necesidad de licitación pública. Entre estos estaba su amigo el senador Bernardo Elías, a quien Otto Bula había apoyado financiando su campaña. Gestionar y agilizar el otrosí No 6, era la función de Bula y en esto, dijo Eleuberto Martorelli –otro de los responsables del manejo de Odebrecht en Colombia-:

El señor Bula era muy eficiente y llegó a anticiparme que las comisiones permanentes del congreso convocarían al presidente de la ANI Luis Fernando Andrade Moreno y al ministro de hacienda Mauricio Cárdenas para reuniones de control político en el congreso y discusión del presupuesto, y que, en estas ocasiones en el congreso, ellos serían presionados para dar celeridad al otrosí que viabilizara el proyecto Ocaña-gamarra. Pude confirmar por internet que entre agosto y octubre de 2013, los citados altos funcionarios fueron convocados al congreso por lo menos seis veces, no necesariamente para tratar el tema Ocaña-Gamarra, sino para temas generales de control político, ocasiones que fueron aprovechadas para hablarles del tema de la adición del tramo (González J. , 2018, p. 134).

Sin el ejercicio de «lobby» en el congreso colombiano a través del exsenador Otto Bula, no se hubiesen logrado obtener los beneficios del otrosí No.6. Los directivos de la compañía Odebrecht supieron de la influencia de Bula en las comisiones tercera, cuarta y sexta del Senado y su relación con el senador Bernardo Elías por referencia de Federico Gaviria Velásquez –ejecutivo del sector de telecomunicaciones- quien también participó en el manejo de políticos de estas comisiones¹⁷⁹ (Fiscalía General de la Nación, 2017). La influencia habría surtido tal efecto que algunos funcionarios de la ANI habrían pedido cesar las presiones (La FM, 2018).

¹⁷⁹ «El grupo de parlamentarios reclutado fue denominado por parte de los funcionarios brasileros como el grupo “Los Buldozer”, “un poco describiendo la característica que esta máquina tiene, lo que aparezca lo tumba”- según afirmación que emana de uno de los testimonios recogidos.(...) Del denominado Grupo habrían formado parte los siguientes senadores: Armando Benedetti villanada, Mussa Besaile Fayad, Bernardo Miguel Elías Vidal, Antonio Guerra de la Espriella, Álvaro Ashton (...) Además, los congresistas Sandra Villadiego, Martín Morales, Ape Cuello y Plinio Olano» (Fiscalía General de la Nación, 2017).

El valor de los sobornos para las adendas, de acuerdo con las declaraciones de Martorelli sería del 4% del valor total de las obras, distribuidos así: 2% par Elías y su grupo de senadores, 1% para Otto Bula y Federico Gaviria y 1% restante para los contactos de este último. Este sería entregado una vez firmado el otrosí con las condiciones de la compañía, que buscaban anticipar las vigencias futuras de los años 2024 y 2025, incrementar en 15% las tarifas de los cinco peajes existentes, crear dos nuevos peajes, y garantizar por parte del Estado un valor mínimo de recaudo de los peajes. Cuando la Agencia Nacional de Infraestructura le dio el visto bueno, el lobista Otto Bula se ganó 4.6 millones de dólares que debía repartir (La FM, 2018) ¹⁸⁰.

Sobre la forma de pago a Bernardo Elías el mejor informado era Gabriel Alejandro Dumar Lora, empresario y amigo de infancia de Elías. Cuenta Gonzáles J. (2018), era Dumar quien llevaba dinero a Elías a su casa en Sahagun, un pueblo en el departamento del Córdoba. Llevaba billetes en maletines y bolsas sin sospecha ni requerimientos de los agentes de la policía que custodian la mansión de Elías. Pero sus funciones no fueron solo esas, Dumar Lora participó en el montaje empresarial de empresas fachadas encargadas de dar legalidad a aquellos dineros. Gabriel Alejandro Dumar Lora, hizo parte de consorcios con los que el consorcio ruta del sol subcontrató. Su primer negocio fue un contrato con Engineering Procurement Construction, de Odebrecht, a través del consorcio Sion, al que se integró –por recomendación de Otto Bula- junto a su padre Luis José Dumar Perdomo (Gonzáles J. , 2018, p. 125).

En aquel contrato privado firmado a ojo cerrado, el 26 de febrero de 2014, se pactó la realización de un tramo comprendido entre los Km 10 y 20 de la Lizama-San Alberto. Dumar, padre e hijo, recibieron 20% de anticipo (2.000 millones de pesos). Cuando acudió a verificar las condiciones

¹⁸⁰ Según las investigaciones de la Fiscalía , que difieren un poco, « para el efecto y a título de comisión de éxito, siempre que el resultado se obtuviera a más tardar el 31 de diciembre de 2012, “quedó pactado un valor de gestión de dos millones de dólares para el grupo de senadores gestionados por el señor Otto Bula, quinientos mil dólares para el señor Otto Bula y quinientos mil dólares para Federico Gaviria» (Fiscalía General de la Nación, 2017).

del terreno, se encontró con que era imposible realizar lo pactado. Para su sorpresa, su amigo Otto Bula y el director de obra Marcio Marangoni, le propusieron usar el contrato para hacer unos pagos, a Bula y a su otro amigo Bernardo Elías. En la sentencia de Bernardo Elías se lee que: «En marzo de 2014, el porcentaje correspondiente al anticipo (20%) se lo reclamaban con urgencia porque era época electoral y lo requerían para la campaña “Santos Presidente”. El 80% restante lo entregó el año siguiente, en la misma forma.» (Robledo J. , 2018)

Por otra parte, la forma de pago al ex senador Otto Bula habría sido mediante transferencias. También precisó que, por pedido de Otto Bula, los pagos se realizaron a cuentas de empresas en el exterior. Específicamente, el contrato celebrado para justificar y ejecutar los pagos de sobornos se firmó el 5 de agosto de 2013. El contrato para hacer los pagos se firmó el 5 de agosto de 2013. Para justificar los pagos se usaron las empresas CT ASIA HK LTD (un pago de US\$487.945), TexFab International HK LTD (dos pagos por US\$500.000), TexFab International HK LIMITED (un pago por US\$500.000 y otro por US\$499.674) y TexFab International HK (un pago por US\$500.000 y otro por US\$499.674). Estos pagos suman en total US\$3.4 millones. Así lo explicó Yezid Arocha Alarcón, director jurídico de Odebrecht (El Espectador, 2017). Como puede observarse, los mecanismos de Odebrecht en Colombia coinciden con lo desarrollado en el caso Lava Jato y el caso Odebrecht en Perú.

La corriente no tardó en arrastrar a Luis Fernando Andrade, exdirector de la ANI, a quien se le acusa por haber favorecido a Odebrecht en los temas relacionados con una adición presupuestal en la construcción de la vía Ocaña-Gamarra y la navegabilidad del río Magdalena. A favor de este «atestiguó Rafael Merchán Álvarez, exsecretario de Transparencia del gobierno de Juan Manuel Santos, quien fue encontrado sin vida el 27 de diciembre de 2018, 16 días después de que fuera avalado su testimonio.» (Salcedo-Albarán y Garay-Salamanca, 2019, p. 10)

Sin embargo, este no es el único testigo que en medio de la investigación ha fallecido. Debe recordarse la muerte de Jorge Enrique Pizano, ingeniero, auditor y controller de la obra Ruta del Sol II, encargado de auditar y verificar que el uso de los recursos y los contratos establecidos por la compañía cumplieran los requisitos legales. De acuerdo con la información divulgada por «El Colombiano» Pizano habría notado irregularidades en la acción contractual de Odebrecht. Como era su labor, contrastó los contratos con los pagos reales reportados en tesorería y encontró diferencias por más de \$24 mil millones; diferencias que no encontraban justificación (El colombiano, 2018)

De acuerdo con audios de Pizano, el entonces fiscal general de Colombia, Néstor Humberto Martínez, conocía las irregularidades en el proceso de la Ruta del Sol II. En aquella conversación de 2015, Pizano le advierte a Néstor Humberto Martínez, quien para entonces era abogado del Grupo Aval, conglomerado bancario que controla Corficolombiana, sobre las irregularidades en la Ruta del Sol II, temiendo que los dineros inconsistentes hubiesen sido destinados al paramilitarismo. En el momento en que Néstor Humberto Martínez se desempeñaba como Fiscal general desde 2016, no informó el conocimiento de aquellos hechos ilícitos, la justificación siempre fue el silencio del «secreto profesional» (El País, 2018) Por estos hechos, el Fiscal general fue investigado por la comisión de acusación de la Cámara de Representantes (El Colombiano 2018).

Además de todos los agentes mencionados, la red Odebrecht en Colombia se coló entre las campañas políticas. De acuerdo con la Fiscalía, todos los elementos probatorios permiten concluir certeramente que con relación a la campaña presidencial 2014-2018, Odebrecht asumió costos relacionados con la misma. En la documentación enviada al Consejo Nacional Electoral, la Fiscalía confirmó que Odebrecht destinó US\$1.610.740 a la campaña de Zuluaga que fueron pagados por

medio del publicista brasileño Duda Mendonça, que lo asesoró. Fue el propio Duda el que lo reveló a la justicia brasileña. De hecho, gracias a aquella declaración, se confirmó que Zuluaga viajó en 2014 a Sao Paulo para reunirse allí con Mendonça. Llegó en compañía de su hijo David, asesor de campaña, y el senador Iván Duque su jefe programático. Mendonça trazo sus servicios en más de 4 millones de dólares (González J. , 2018, p. 157-158).

Pero no fue esta la única campaña. Según la Fiscalía General de la Nación, la empresa Odebrecht habría aportado a la campaña política de Juan Manuel Santos en 2014. Como el primer nombre mencionado por el caso Odebrecht había sido el de Gabriel García Morales, el presidente Juan Manuel Santos no dudo en decir que si «la corrupción, existía, había sido en el periodo del expresidente Alvaro Uribe Velez» Esto porque el contrato había sido adjudicado hacia 2009, en periodo de gobierno de su sucesor. Sin embargo, como lo confirma el informe enviado al presidente del Consejo Nacional Electoral (CNE), el magistrado Alexander Vega Rocha declaró que «los dineros se pagaron desde el Departamento de Operaciones Estructuradas creado por la compañía brasileña» (Dinero, 2017)

De acuerdo con la revista Dinero, para la campaña de Santos se realizaron dos transferencias de US\$500.000 cada una, correspondientes a un contrato firmado el 2 de febrero de 2014 con la sociedad panameña Paddington, vinculada a la empresa colombiana Sancho BBDO, para realizar una encuesta de opinión (Dinero, 2017). A su vez, el ex congresista Otto Bula declaró haber recibido un millón de dólares destinado a financiar la campaña de la reelección del presidente. A pesar de los señalamientos, Roberto Prieto, gerente de la campaña presidencial de Juan Manuel Santos, aclaró que en marzo de 2017 hubo «una operación irregular» en la financiación de la campaña de 2010, en la que se recibió dinero de la firma Odebrecht; No obstante, afirmó que el expresidente Santos no tuvo conocimiento de dichos pagos (Dinero, 2017).

De las declaraciones de Prieto quedan muchos sin sabores. Declara la irregularidad de la campaña de 2010, de la que por vencimiento está absuelto, pero niega cualquier otra posterior. Además, ¿si el beneficiario (candidato) no se entera de quién es el donante, para qué una compañía como Odebrecht va a dar dinero? El actuar de esta Odebrecht en Perú como se ha visto, no es de hacer obras de caridad. Si le van a financiar la campaña a un político, este tiene que saberlo. No se trata de solidaridad, son sobornos.

En efecto, de acuerdo con la Ley estatutaria electoral de Colombia, en los casos de financiaciones desbordadas o irregulares de las gestas políticas el competente para imponer sanciones es el Consejo Nacional Electoral. En los casos mencionados, ambos procesos de investigación fueron archivados, pues ya habría caducado la facultad del Consejo Nacional Electoral para sancionar las posibles irregularidades que Prieto admitió, al haber sucedido los hechos en 2010 y 2014 (El país, 2017). Sin embargo, en agosto de 2019 el Consejo Nacional Electoral abrió una indagación preliminar como resultado de información proporcionada por la Fiscalía General de la Nación. Decisión que fue adoptada por la Comisión Especial integrada por los magistrados, Dra. Doris Ruth Méndez Cubillos, el Dr. Renato Rafael Contreras Ortega y el Dr. Luis Guillermo Pérez Casas (Consejo Nacional Electoral, 2019).

El problema con el Consejo Nacional Electoral (CNE) es que es un organismo capacidad de investigar o de aplicar controles y sanciones por la violación a las reglas electorales, menos aún, cuando hace parte de un caso de Macrocorrupción como el de Odebrecht.

A pesar de que actualmente el CNE tiene funciones de veeduría para regular las actividades electorales— ej. distribuir los aportes estatales a la financiación de campañas, y revocar la personería jurídica de partidos y movimientos políticos—, el mecanismo y composición partidista de los miembros que conforman esta entidad ha generado que se considere como una

autoridad electoral poco independiente y, por lo tanto, una baja confianza en la imparcialidad de la toma de sus decisiones (Fedesarrollo, 2018, p. 137).

El problema, además de la incapacidad de investigar por parte del CNE, es que se trata de un instrumento absolutamente politizado. Allí, es el congreso quien tiene la facultad de elegir a los individuos que tienen como una de sus funciones principales vigilar y sancionar a los partidos políticos. De eso se trata el consejo electoral, que además permite la reelección de sus miembros¹⁸¹.

Como se puede apreciar en el caso de corrupción Odebrecht Colombia, como en Perú, como el caso Lava Jato, las redes ilegales/delictivas de macrocorrupción se han vuelto lo suficientemente sofisticadas para desarrollar ciertas actividades según el contexto institucional. Por ejemplo, pagando sobornos y accediendo a la contratación estatal en un país como Colombia, pero realizando las transacciones en bancos en Panamá o Suiza, a través de intermediarios o terceros.

Como resultado, como ha sucedido en Colombia, es imposible revelar los objetivos finales de toda la red, identificar los grados de responsabilidad y las conexiones. Cuando se logra, lastimosamente los tiempos para sancionar o condenar se han vencido. En el caso de Colombia, no ha sido posible aún identificar todos los congresistas que recibieron dinero por ejercer presión para el otorgamiento del otrosí No. 6. Tampoco se logró sancionar a los beneficiarios de los dineros pagados por Odebrecht para la financiación de sus campañas políticas y, aún, no se conoce gran parte de las conexiones entre las personas relacionadas con el caso (para una lista detallada véase el apéndice g).

¹⁸¹ Por eso, la casi totalidad de los consejeros, o son de la Unidad Nacional, o del Centro Democrático. Como ratificó Robledo en debate al referirse a los miembros del CNE: «El único ajeno a ellos, el doctor Armando Novoa, fue inhabilitado por el mismo Consejo Nacional Electoral para actuar en este caso. El señor Fiscal no se inhabilita después de tantas acusaciones, y Armando Novoa, el único ajeno a la Unidad Nacional y al Centro Democrático en el Consejo Nacional Electoral, no tarda en ser apartado de la investigación. Y nos dicen que es ahí donde se va a saber por fin toda la verdad.» (Robledo J., 2018)

En consecuencia, en el caso de Odebrecht en Colombia, respecto a la adjudicación del contrato de la Ruta del sol II y los otrosíes No. 3 y 6, se han relacionado 58 personas –sin ser una lista exhaustiva-. De las cuales, 4 se encuentran condenadas, 3 tienen orden de captura, 4 aún están en juicio, 2 han aceptado cargos y a 4 se les ha archivado el proceso. Para estos resultados penales, la fiscalía hasta el momento, ha otorgado principio de oportunidad a las 5 personas y 2 más están a la espera, en la tabla 7 se relacionan sus nombres, actividad y beneficios otorgados a través del principio.

Tabla 7

Principios de oportunidad otorgados y en espera

Nombre	Actividad	Beneficios
Bernardo Elías	Senador de gran poder político, ejerció presión en el congreso.	Obtuvo una sentencia anticipada por cohecho y tráfico de influencias en febrero de 2018, por poco más de 6 años y 8 meses de cárcel.
Luis Mamery	Antonio Vicepresidente de la Constructora Norberto Odebrecht y presidente de Odebrecht Infrastructure - Latin America,	La Fiscalía suspende toda acción penal en su contra por un término de dos años. Los ex directivos deberán hacer una reparación en tres pagos hasta 2020, de más de \$18.000 millones, equivalentes a la coima de US\$6,5 millones entregada a García Morales por la adjudicación de la Ruta del Sol 2.
Luis Eduardo Rocha	Da Funcionario del departamento de operaciones estructuradas de Odebrecht, que era la oficina encargada de repartir sobornos	
Luiz Antonio Bueno Junior	Director Superintendente de Odebrecht Brasil, lo fue en Colombia entre 2009 y enero de 2013. En ese papel fue el apoderado principal del consorcio que lideraba Odebrecht para quedarse con el segundo tramo de la Ruta del Sol.	

Nombre	Actividad	Beneficios
Juan Sebastián Correa Rodríguez	Enlace en el congreso con Luis Fernando Andrade (Director ANI)	La Fiscalía congeló los procesos por tres delitos (va a juicio por abuso de cargo público) durante un año, a cambio de servir de testigo contra otros implicados, especialmente su ex jefe Luis Fernando Andrade.
Mauricio Flórez	Vergara Lavado de dinero a través de empresas fachada	En espera
Yesid Arocha	Jefe jurídico Odebrecht	En espera

Adaptado, recopilación de información de (La silla vacía, 2019)

Cabe mencionar que los procesos archivados han sido los correspondientes a las campañas presidenciales de Juan Manuel Santos y Oscar Iván Zuluaga, pero han sido reabiertos nuevamente por el CNE. Caso que ha sido similar es el de la ministra de transporte y comercio de Juan Manuel Santos, Cecilia Álvarez Correa y, el de la ministra de educación del mismo gobierno Gina Parody. A estas ministras, las posterior al archivo de su proceso, la Procuraduría las llamó a juicio disciplinario. Además, debe mencionarse, que las tres órdenes de captura vigentes para Amilton Ideaki Sendai (representante legal suplente Odebrecht en Colombia), Eder Paolo Ferracuti (gerente de la concesionaria de la Ruta del Sol 2) y Marcio Marangoni Marangoni (director de contrato de la concesionaria Ruta del Sol 2) no han surtido efecto porque los solicitados se dieron a la fuga del país.

En efecto, los resultados de la Fiscalía no han sido los mejores, los esfuerzos han estado enfocados principalmente en la vinculación de un mayor número de personas de rangos burocráticos medios-altos a los procesos, gran parte de la investigación aún se encuentra entre los procesos de declaración y diligencia. Los resultados han derivado en tan solo 4 condenas. Los altos directivos o han adquirido principios de oportunidad o se han fugado. Además, la fiscalía se ha

encontrado limitada institucionalmente para la investigación y sanción de los altos dirigentes. Es difícil ser optimista con los antecedentes del Consejo Nacional Electoral.

Aún quedan algunas preguntas por resolver en relación a lo que sucedió con el contrato de la ruta del sol II. ¿Cuál fue el proceso para su terminación? Como podrá observarse que en el trasegar de aquel camino jurídico, la captura institucional nuevamente se ha hecho evidente.

5.3.2.1 La jugada para los beneficiar los financiadores de «buena fe» que no salió bien.

Todo comenzó en enero de 2017, cuando el entonces senador Iván Duque le envió un derecho de petición al Superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo, para que este investigara acerca de «las prácticas y responsabilidades de la empresa Odebrecht por la eventual violación del régimen de libre competencia (...) y traslade los hallazgos a los que hay lugar a las autoridades penales en el evento de encontrarse la comisión de conductas punibles» (El Heraldo, 2017). Es decir, como para entonces ya se conocían los hechos de corrupción (sobornos) de la empresa Odebrecht en Colombia, a saber, el confeso exviceministro Gabriel Garcia Morales y Otto Bula ya estaban presos por recibir 11 millones de dólares, la solicitud pedía se abriera una investigación para determinar las responsabilidades administrativas y penales.

En esas circunstancias, el gobierno tenía dos alternativas: dar por terminado anticipadamente el contrato o decretar la caducidad del mismo¹⁸². Ambos tienen consecuencias totalmente diferentes.

¹⁸² Para el cumplimiento del objeto contractual, las entidades pueden dar por terminado el contrato de manera unilateral (Ley 80, 1993, Art. 14), en los términos del (Ley 80, 1993, Art. 17). A saber: «1°. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2°. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. 3°. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista. 4°. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.»

Por otra parte, la caducidad es, de acuerdo con la (Ley 80, 1993, Art. 18): «la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de *incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista*, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. *La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra* o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando

Cuando se decreta la caducidad, la concesionaria señalada es declarada responsable de los hechos que dan lugar al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y tiene que pagar las sanciones a que haya lugar, siendo inhabilitada para contratar con el Estado por un tiempo entre 5 y 10 años¹⁸³. Esto implica, además, que no hay lugar a indemnizaciones, denuncias nacionales o internacionales en contra del Estado.

Por otra parte, la terminación del contrato es una alternativa menos rígida que no involucra una acción represiva por parte del Estado¹⁸⁴. Aunque el Estado considera que una de las partes incurrió

a ello hubiere lugar. *Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.»*

¹⁸³ Acerca de las sanciones, la (Ley 80, 1993, Art. 58), declara que: «Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a: « 1°. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente. 2°. En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución. 3°. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, *los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.* 4°. En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administración pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria. 5°. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se informará de tal circunstancia a la respectiva Cámara de Comercio, que procederá de inmediato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes. El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta. 6°. *En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia.* A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual.»

¹⁸⁴ La nulidad del contrato tiene aplicación cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente, de conformidad con el inciso 2° del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 «La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.» Estas causales son descritas la (Ley 80, 1993, Art. 44). A saber, «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1°. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2°. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3°. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4°. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5o. *Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre*

en un acto irregular, cuando se aplica este mecanismo, las dos partes tienen abierta la posibilidad de emprender reclamos judiciales tanto a nivel nacional como internacional. Se deberá reconocer y pagar las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las partes, aplicando los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a fin de que se mantenga el equilibrio inicial pactado. En este sentido, cuando un contrato se termina unilateralmente, no hay lugar a inhabilidades.

En efecto, el Superintendente de Industria y Comercio ordenó mediante la Resolución No. 5216 de 16 de febrero de 2017 una medida cautelar en la que ordenó la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) -Antes INCO-: dar por terminado el referido contrato de concesión; (ii) proceder a su liquidación; y (iii) estructurar y adelantar una nueva licitación pública que garantice la libre competencia económica mediante la participación plural de agentes de mercado (Resolución N° 5216, 2017). El superintendente Robledo argumentó que, en su opinión, la caducidad no procedía porque faltaba un elemento clave para imponer esa sanción: el incumplimiento de las obras (Dinero, 2019).

No obstante, lo anterior, el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 suscrito entre el INCO – hoy ANI- y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. para la construcción del Sector 2 de la Ruta del

tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley» . Sobre este último numeral, «Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional. Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica. En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales. PARÁGRAFO 1°. El Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales. PARÁGRAFO 2°. El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional.»

Sol, no terminó por causa de la medida cautelar decretada por la superintendencia de industria y comercio, sino por mutuo acuerdo entre la Entidad pública contratante y el contratista, tal y como consta en el documento denominado «Acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de concesión no. 001 de 2010, celebrado entre la agencia nacional de infraestructura y la concesionaria ruta del sol S.A.S.», suscrito el 22 de febrero de 2017.

Para entonces, la concesionaria Ruta del Sol II ya había convocado, en abril de 2016, a un tribunal de arbitramento en Bogotá. En este exigía a la ANI pagar por sobrecostos \$798.000 millones de pesos y ampliar el plazo del contrato por dos años, por supuestos problemas con las comunidades y la compra de terrenos (Revista Semana, 2016). Cuando se suscribe el acuerdo, el 22 de febrero de 2017, la ANI anunciaba que, hasta diciembre de 2016, la obra ruta del sol II registraba un avance del 52%, y tras varias semanas de negociaciones, se había logrado un acuerdo para la terminación y liquidación del contrato de concesión con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

En aquel acuerdo se estipuló: (i) la reversión de la infraestructura vial del proyecto pactado con la concesionaria, así como la liquidación final del contrato. (ii) que la concesionaria renunciaría expresamente a sus pretensiones económicas formuladas ante el tribunal de arbitramento. Así mismo (iii) contemplaba la retención de dineros que resultasen a favor del concesionario luego de la liquidación, para cubrir futuras demandas o reclamaciones. Sin embargo, el acuerdo no tuvo lugar, porque la ANI, en represalia a las acciones de la concesionaria había solicitado la nulidad del contrato en enero de 2017 (Dinero, 2017). Esto implicaría no que el gobierno tuviera que reconocer el pago de los sobrecostos, sino al revés. Entonces, las pretensiones de Odebrecht subieron a 3.8 billones de pesos (US\$1.149 millones) con el argumento de que ya no se trataba solo de sobrecostos, sino del costo de la liquidación a la que se veía obligado (El Espectador,

2018). Este pleito ha sido financiado por Luis Carlos Sarmiento, quien se ha dicho, es propietario del Grupo Aval y Corficolombiana, empresa matriz de Episol, una de las compañías que hace parte del consorcio Ruta del Sol II.

En el proceso de la resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio hubo tres señalamientos en los medios, el primero hacia el superintendente Robledo, que dijo su decisión de terminación unilateral se debió a que no creía procediera la caducidad. El segundo, surgió por el conocimiento del acuerdo entre la concesionaria y el gobierno, en el que se le pagarían 1.2 billones de pesos al concesionario. Ante estas especulaciones la ministra de transporte, Ángela María Orozco indicó que: (i) el acuerdo era real y que nunca ha sido clandestino, que entre 2017 y 2019 el Estado pagó a los bancos y terceros de buena fe un total de 1.4 billones de pesos. (ii) Que el propósito era ahorrarle al país los intereses que los bancos pedían (250.000 millones de pesos). (iii) Que ella no tuvo que ver en la decisión de acordar la terminación del contrato. (iv) Que el acuerdo tenía el aval de la procuraduría y del propio tribunal de arbitramento. Al respecto, la Procuraduría ya había intervenido en el asunto al formular una acción popular ante el tribunal administrativo de Cundinamarca, el cual impuso una multa por \$801.156.144.362 a la Concesionaria Ruta del Sol¹⁸⁵ (Medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos., 2018).

Un tercer señalamiento fue directamente hacia el expresidente Juan Manuel Santos. La periodista Vicky Dávila transcribió algunos audios en los presuntamente el expresidente y Luis Fernando Andrade (exdirector del INCO), conversan sobre una solución «amigable» al escándalo

¹⁸⁵ Según la Contraloría General de Colombia, las obras inconclusas de la Ruta del Sol II le cuestan anualmente al país entre \$568.000 y \$808.000 millones; es decir, entre US\$198 y US\$282 millones anuales. De acuerdo con Agencia EFE (2018), la primera cifra resulta de analizar el efecto en el crecimiento económico, equivalente a \$1.556 millones por día (aproximadamente US\$540.000), comparando la relación costo-beneficio, la estimación de la inversión y el avance de la obra. El segundo monto se estima del beneficio anual que deja de recibir el país en operaciones de comercio exterior, que llegan a los \$2.215 millones diarios, unos US\$774.000. La situación, añade la Contraloría, afecta la competitividad del país, el turismo, el relacionamiento entre importantes regiones y la confianza de los inversionistas para participar en la ejecución de proyectos con capital privado (Agencia EFE, 2018)

Odebrecht en Colombia. Las revelaciones de la periodista mostraron que el expresidente no quería que el sector Bancario –encabezado por el Grupo Aval- fuera afectado por el hecho de macrocorrupción y que Odebrecht saliera del caso «a la mayor brevedad posible». Explícitamente dice Juan Manuel Santos a Andrade: «Usted sabe cuáles son los principios: los intereses del Estado, los intereses del sector financiero que no podemos, no podemos hacer algo que ponga en peligro al sector financiero (...) Y todo lo que pueda hacer para acelerar el proyecto» (Revista Semana, 2019). Eso habría dicho Santos a Andrade. Vicky Dávila quiso dar a entender con estas grabaciones que, el gobierno de Santos presuntamente buscaba soluciones para, primero, anular «amigablemente» el contrato a través del tribunal de arbitramento, pero debido a que los árbitros renunciaron, terminar el contrato unilateralmente influyendo en el superintendente Pablo Felipe Robledo ¹⁸⁶ .

Como se ha dicho reiteradamente, el consorcio ruta del sol estaba integrado por Odebrecht, Episol (Corficolombiana) y Css constructores del grupo Solarte. En efecto, y en contraste con las grabaciones mencionadas, detrás de todo esto estaban los intereses del Grupo Aval. A propósito, Episol no solo negó categóricamente tener conocimiento de los sobornos, sino que se declaró víctima de su socio mayoritario, Odebrecht. Decretar la caducidad del contrato habría implicado extender la responsabilidad al hombre más rico de Colombia del cual no había pruebas. Aunque se condenó a Jorge Elías Melo (presidente de Corficolombiana) la responsabilidad no se podía extender a Luis Carlos Sarmiento Angulo, pues este nunca lo ha reconocido. Sin embargo, lo que si se ha logrado fue la vinculación de Luis Carlos Sarmiento Gutiérrez (presidente Grupo aval

¹⁸⁶ En otra de las grabaciones de la conversación dicen las partes: «Andrade: Yo creo que sería bueno que la superintendencia no se fuera a acelerar, ¿no? Santos: Lo de Robledo OK. Andrade: Vamos en ese sentido (la nulidad), ahora, ¿quién habla con Pablo Felipe? Santos: No, No, tranquilo. Andrade: ¿Usted lo llama? Santos Sí, yo hablo con pablo Felipe, ¿Ok? Perfecto.» (Revista Semana, 2019)

acciones y valores s.a.) que hizo el superintendente Pablo Felipe Robledo a través de la (Resolución N° 5216, 2017).

En relación con «los principios» que Juan Manuel Santos menciona y para mantener los intereses del sector financiero, dentro de la Ley 1882 de 2018 impulsada por su gobierno, se introdujo el artículo 20. De acuerdo con el citado artículo:

Parágrafo 1. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos! las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el índice de precios al consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación. (...) (Ley 1882, 2018, Art. 20)

Una explícita captura del Estado, que se da en el momento más oportuno para el sector financiero en cabeza del Grupo Aval, participe a través de Corficolombiana (Episol) de uno de los escándalos de corrupción más grandes de la historia. En efecto, los resultados esperados eran; (i) que la concesionaria podría recibir 2.4 billones de pesos con los cuales pagaría 1.4 billones de pesos a los bancos y quedaría un billón, considerado parte del costo de la obra. (ii) Que los bancos aspiraban que el tribunal ante el que se había solicitado la nulidad dijera expresamente que ellos eran terceros de buena fe, ajenos a los sobornos. Bajo esta premisa los siete bancos que financiaron la obra buscaban recuperar 1.2 billones de pesos que le había prestado a la concesionaria y la devolución de \$229.000 millones (véase la tabla 8).

Tabla 8*Créditos de los bancos al consorcio Ruta del Sol 2*

Entidad	Capital	Intereses	Total
Bancolombia	\$ 332.603.350.435	\$ 62.591.995.587	\$ 395.195.346.022
Banco de Occidente	\$ 117.125.880.241	\$ 21.030.811.409	\$ 138.156.691.650
Banco de Bogotá	\$ 366.818.238.550	\$ 64.092.271.940	\$ 430.910.510.490
Banco Popular	\$ 88.416.981.349	\$ 18.174.807.387	\$ 106.591.788.736
Banco Av-Villas	\$ 40.920.613.954	\$ 7.350.204.670	\$ 48.270.818.624
Banco Davivienda	\$ 203.452.056.346	\$ 36.617.234.023	\$ 240.069.290.369
Banco Itaú	\$ 100.731.916.091	\$ 17.204.405.374	\$ 117.936.321.465
Total deuda	\$ 1.250.069.036.966	\$ 227.061.730.390	\$ 1.477.130.767.356

Nota. Adaptado de (Revista Semana, 2019, p. 19)

No obstante, aun ante las pretensiones del consorcio, de los bancos, de la captura del estado evidente y de las estimaciones de la ministra de transporte Ángela María Orozco que decían que el Estado tendría que pagar 2.3 billones de pesos ahorrándose los intereses, el tribunal de arbitramento determinó que el Estado solo tendrá que aportar 24.000 millones de pesos para redondear los 211.000 millones que debe. Esto, porque se habían congelado 187.000 millones de pesos en un fideicomiso que ahora el tribunal dispuso para el pago de la deuda (Revista Semana, 2019, p. 16).

Para llegar aquella decisión, el tribunal de arbitramento tuvo en cuenta la Sentencia C-207/19 que había proferido la Corte Constitucional ante la demanda del ex contralor Edgardo Maya, en este se establecen una serie de exigencias para la aplicación del artículo. De acuerdo con la revista semana, (i) el monto a pagar no podía exceder el valor de la obra. Como el tribunal cuantificó ese valor en 5.7 billones de pesos, de los cuales el estado ya había pagado 5.5 billones, el saldo eran 211.000 millones. (ii) el árbitro determinó que el dinero que los bancos desembolsaron no termino todo en la ejecución de la obra, y ese es un requisito para admitir el reconocimiento del pago. Además, (iii) la decisión se tomó basada en el peritaje de Duff y Felps, descartando otros peritajes realizados por el mismo consorcio (FTI y BDO) y uno adicional de la ANI. Los primeros por ser

realizados con la contabilidad del consorcio, el de la ANI porque el perito tenía conflicto de interés al ser interventor de la obra y asesor a la vez.

Ahora, luego de haber explicado *grosso modo* el funcionamiento de la red de corrupción Odebrecht en Colombia, es claro el paralelo con el caso en Brasil y Perú. Las similitudes y diferencias de casos nos dejan al entendimiento que en los procesos de macrocorrupción como el que acá se ha ilustrado, intervienen un número elevado de agentes que participan de manera sistemática, planeada y coordinada. Estos agentes tienen diferentes tipos de poder, político, económico, social y discrecional en la toma de sesiones de interés sobre la asignación de contratos de obras públicas. Son agentes públicos y privados, son individuos y organizaciones tales como empresas con poder monopólico, legal, y aunque no evidente del todo aún en este caso, también agencias criminales-recuérdese las sospechas sobre la muerte de Pizano-. Son agentes con poder para político o con influencias sobre este para manipular normas y procedimientos. Son empresas ilegales o legales que tienen la capacidad de lavar dinero o servir como empresas fachadas. En efecto, a través del caso Odebrecht, se puede observar la tipología de fallos institucionales que se han puesto sobre el papel a lo largo de este trabajo. La próxima sección, presenta a modo de conclusión, algunos de los fallos ya tratados, la necesidad de realizar cambios sobre estos y algún avance que a la par de «micos» se ha logrado.

6 Conclusiones

En este trabajo, se han discutido algunas cosas que merecen ser recordadas. A saber, que para combatir eficazmente las redes de macrocorrupción como la aquí estudiada, no se puede partir de

una definición estrecha como aquella que cree que la corrupción en la contratación de obras públicas y concesiones es la interacción entre dos partes (una pública y una privada) que al margen de la ley establecen acuerdos para burlar el proceso de licitación y obtener ganancias ilícitas mutuas. La definición estrecha de la corrupción no solo limita el asunto a una relación muy pequeña que puede dejar un gran margen de partes involucradas fuera del concepto, sino que también excluye la práctica cada vez más reciente de establecer estrategias de cooptación de instituciones estatales específicas en asocio con redes ilícitas con el fin de alcanzar intereses ilegítimos. Solo en la medida en que avancemos hacia la reforma de legislación penal, administrativa y civil partiendo de un concepto de corrupción que abarque la macrocorrupción y su complejidad sistémica, será posible obtener resultados visibles. Un resultado de esto, es que los mecanismos como el principio de oportunidad, sean entregados a quienes propician la corrupción.

Mientras en las leyes actuales se entiende la corrupción como acciones ilícitas y corruptas aquellas cometidas por un agente en contra de otro, con intereses propios o de un tercero, que abarca el sector público y el privado y que puede ser transnacional, se exime la relación, la acción o la influencia de un gran número de partes involucradas. Los casos como el que se ha estudiado en este trabajo comprenden una tipología que se sale de esa definición tradicional. Son sistemas criminales de redes que alcanzan la descentralización y mantienen el control y planeación a través de mecanismos como «la división estructurada» de Odebrecht. No se trata de casos esporádicos, piramidales sino de redes, por tanto y como se ha tratado de ilustrar en el caso colombiano, las transacciones y las relaciones no siempre son directas y no siempre involucran dinero. La fiscalía, como se ha mencionado, ha dado un paso en distinguir las formas de corrupción. Sin embargo, no

cuenta con los mecanismos institucionales para analizar, investigar y buscar la sanción, sencillamente, sus facultades se encuentran limitadas por el marco regulatorio.

Debe recordarse que la lucha integral contra la corrupción no puede partir de estrategias pensadas con el único fin de incrementar las sanciones e inhabilidades. Hemos visto que en Colombia esa ha sido la tendencia. La introducción de la Ley 2014 de 2019, producto del caso Odebrecht tiene un mejor enfoque. La ley en mención amplía las inhabilidades hacia los contratos privados que involucran recursos públicos, y hacia los socios, miembros de junta directiva matrices, subordinadas o sucursales extranjeras, que en el caso hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas 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.

También, regula las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la administración pública, la Ley 2014 de 2019 se refiere a la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción. «Cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato», indica la norma. Agrega que «la entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil» (Ley 2014, 2019, Art. 9).

Por otra parte, la misma ley, elimina la «casa por cárcel» «a los servidores o ex servidores públicos condenados por cometer delitos de peculado por apropiación, concusión, cohecho propio, cohecho impropio, cohecho por dar u ofrecer, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimientos de requisitos legales, acuerdos restrictivos de la competencia, tráfico

de influencias de servidor público, enriquecimiento ilícito, prevaricato por acción, falso testimonio, soborno, soborno en la actuación penal, amenazas a testigo, ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, o delitos que atenten el patrimonio del Estado, quienes deberán ser reclusos en pabellones especiales para servidores públicos dentro del respectivo establecimiento penitenciario o carcelario.» (Ley 2014, 2019, Art. 5. Párr. 2).

En efecto, (Ley 2014, 2019) amplía las sanciones e inhabilidades a nuevos agentes y prohíbe el beneficio de casa por cárcel. Sin duda, una mayor rigidez que puede constituir desincentivos para el comportamiento corrupto. Sin embargo, no puede considerarse un avance serio en la medida en que no está acompañado de mecanismos de delación eficientes. La impunidad como se ha sustentado, altera la percepción de las personas y las induce a una estimación de costos y beneficios que ninguna pena mayor será suficiente. No puede olvidarse que el aculturamiento a la ilegalidad de la sociedad Colombia, es el reflejo de las condiciones históricas por las que ha atravesado. La violencia de grupos guerrilleros, paramilitares, su asociación con el narcotráfico, la injusticia, el desempleo, la informalidad han incidido gravemente en la conducta. Las personas perciben un entorno de miedo y eso frena la denuncia. La delación tiene que ser protegida y premiada, a la vez que se protege al denunciante y a su familia si es el caso. Fue precisamente esto lo que produjo resultados significativos en países como Estados Unidos y es el mecanismo que dio origen a las investigaciones del caso Odebrecht.

Los motivos de esta senda de dependencia que ha conformado una cultura de ilegalidad han estado fuertemente ligados al (des)orden político, económico y social resultado de una estructura anómala de poder político, económico y social. Como se ha dicho, la historia de Colombia ha estado marcada por la influencia de grupos de poder político, por la irrupción de actividades muy rentables y poderosas como la actividad criminal por parte del narcotráfico y por la consolidación

de empresas con gran poder económico. Todos ellos han debilitó la operación de los instrumentos disuasorios, perjudicado la eficiencia de las instituciones y su credibilidad al ampliar las oportunidades de corrupción a través de la captura del estado, y finalmente, han ejercido una influencia significativa sobre la cultura ciudadana, tanto directamente en quienes se involucran en actividades corruptas e ilegales, como indirectamente en quienes deciden que es mejor no denunciar o que hay que enriquecerse rápidamente.

En este sentido, vale decir, que las instituciones informales de la sociedad pueden contribuir al control de este fenómeno. Una reducción de la corrupción a largo plazo requiere mecanismos de denuncia premiada, pero también educación en la denuncia a temprana edad. Aunque este último componente no fue abordado a profundidad, es lógico desde el análisis de la senda de dependencia que la sociedad colombiana requiere cambios profundos en materia de educación y cultura de la legalidad. En términos coloquiales, no se puede seguir creyendo que «ser sapo» está mal. La educación en este sentido debe ir de la mano de la mejora de mecanismos de protección y la promoción de los mismos.

Precisamente, el documento Conpes 167 de 2013 llamó la atención sobre los escasos resultados de la promoción de la integridad y la cultura de la legalidad en el Estado y la sociedad. De acuerdo con este documento, la debilidad se manifiesta en las insuficientes herramientas que promuevan el comportamiento acorde a la ley de los funcionarios públicos, la ausencia de herramientas para identificar conflictos de interés para prevenir la corrupción y la debilidad en la promoción y oferta de programas de cultura de la legalidad en el sistema educativo. El Conpes 167 de 2013 ya ha dado un primer paso al respecto, por ello, planteó acciones dirigidas tanto a los servidores públicos como a la ciudadanía.

Entre las acciones que el Conpes 167 de 2013 ha planteado se destacan: (i) La creación de premios de alta gerencia; (ii) La articulación de la oferta de capacitación que ofrecen las diversas entidades públicas a través de un Plan Unificado de Capacitación; (iii) La aplicación de herramientas para identificar conflictos de interés, en particular en lo que se refiere a las declaraciones de bienes y rentas de funcionarios (iv) La promoción de la cultura de la legalidad y la integridad en los funcionarios públicos y (v) su extensión hacia el sistema educativo formal; (vi) El aumento de la oferta de información ciudadana en estos temas, a través de la creación de campañas de comunicación masiva, de contenidos anticorrupción para programas de radio y televisión y la promoción de iniciativas como la producción de cortometrajes sobre cultura de la legalidad. Sin embargo, el programa tenía vigencia de 2017 y ya ha finalizado. Se considera necesario retomar estas acciones, pero, sobre todo, sostenerlo en el tiempo.

El gobierno actual ha impulsado además de la citada (Ley 2014, 2019), la (Ley 2013, 2019), en esta se hace un esfuerzo por mejorar la transparencia y publicidad. De acuerdo con esta ley todos los funcionarios públicos de alta dirección están obligados a hacer pública anualmente sus declaraciones de renta, bienes y de conflicto de interés. Esto incluye a los servidores electos mediante voto popular, es decir, presidente y vicepresidente de la República, congresistas, alcaldes y gobernadores. Así mismo, los magistrados de las Altas Cortes, Tribunales y de la Justicia Especial para la Paz, JEP, el fiscal General de la Nación, entre otros. Aunque es un primer paso en la búsqueda de transparencia para «evitar» la corrupción, desde la visión de este trabajo es fácil objetar la eficiencia de la norma.

Dos aspectos claves del análisis del caso lo comprueban. (i) El conjunto de transacciones corruptas no se realizan, por lo regular y en especial cuando se trata de políticos, en el mismo momento en que se realiza el acto corrupto. Se trata de una red de «favores» que involucra pagos

a lo largo de años, realizados de manera sistemática. En efecto, (ii) la corrupción involucra terceros, intermediarios, testaferros, empresas fachada y mecanismos de transacción que a través de contratos privados simulados logran legalizar o lavar el dinero proveniente de actividades ilegales. Por tanto, cuando un corrupto presenta una declaración de renta, la legalización proveniente de sus actividades ilícitas ya se ha realizado. El problema de la formulación de este tipo de mecanismos es que no tiene en cuenta una de las raíces de los fallos institucionales, la mala definición de lo que se entiende por corrupción.

De acuerdo con el documento «Bases del plan nacional de desarrollo 2018 – 2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad», el DNP con el acompañamiento de la Vicepresidencia, avanzarán en la estandarización y divulgación de un único concepto de corrupción, que permita la armonización de las acciones de las instituciones del Estado, el sector privado y la ciudadanía. Una revisión en la página del Departamento nacional de Planeación dice que aún se sigue concibiendo la corrupción como « el fenómeno que atenta contra la dignidad de una persona, grupo o nación, que se atribuye al servidor público que en el ejercicio de sus funciones *obtiene un beneficio particular para él o para un tercero*, por ejemplo: beneficios pecuniarios, políticos, o de posición social. » (DNP, 2020)

Definiciones de corrupción de este tipo, no tienen en cuenta el poder económico, político y social de estos agentes corruptos evidenciada en este trabajo, en especial, sobre la forma en que se comportan, pero también, del grado de captura estatal que logran. En efecto, son estas condiciones, como la captura de renta y los incentivos propios del comportamiento corrupto los que han permitido una amplia intervención en los procesos de contratación y concesión de las obras públicas. En este escenario, los contratistas se especializan en actividades ilegales y el daño lo sufre la sociedad a través del desgaste en la calidad de las obras.

Por estos motivos, urge para Colombia el establecimiento de reglas claras en la política y la forma en que se influye en ella. El gobierno actual plantea impulsar un proyecto de ley que establecerá lineamientos claros sobre la actividad del cabildeo, que contendrá, como mínimo: «(1) la definición de cabildeo y sus límites; (2) la definición los actores que pueden desarrollar actividades de cabildeo; (3) el registro único de empresas y/o personas que realizan tal actividad; (4) el régimen de derechos y deberes tanto de funcionarios públicos como de cabilderos; y (5) el régimen sancionatorio para quienes ejerzan esta actividad por fuera de lo establecido en el proyecto de ley.» (Departamento Nacional de Planeación, 2019). Tal política es aplaudible y, en este sentido, se recomienda seguir la experiencia internacional y los diez principios de la OCDE para la transparencia e integridad en el cabildeo.

Las transacciones de corrupción, descritas en la anterior sección, garantizaron la adjudicación del contrato No. 001 de 2010 a nombre de la concesionaria Ruta del Sol para el sector 2. Como lo revela el caso de corrupción (en Brasil, Perú y Colombia), algunos tipos de interacciones ilícitas y delictivas entre agentes públicos y privados se materializan a través de las licitaciones de contratos públicos. El caso del contrato para el sector 2 de la ruta del sol, muestra que las posibilidades abiertas de elaboración de pliegos de condiciones, dejan campo a la captura de los agentes encargados de su elaboración. En el marco teórico de este trabajo se mencionó la importancia de especificar diferentes arreglos contractuales (tipos de contrato) en función del grado de especificidad de los activos, de la frecuencia de la transacción y de la consideración del grado de incertidumbre o complejidad y el grado de oportunismo. Se dijo, que esto podría mejorar su eficiencia a través de la reducción de los costos de transacción.

En este sentido, algunas acciones penales, administrativas y organizativas que deben implementarse de manera integral para reducir los riesgos de corrupción en la contratación pública

son: (i) la definición y aplicación de un número reducido de modelos contractuales bien especificados que permitan reducir la incertidumbre y mejorar la competencia entre empresas licitantes; (ii) el monitoreo en tiempo real de la información proporcionada a través del SECOP de los procesos de contratación pública, para de esta manera, hacer control preventivo específico sobre contratos con mayor riesgo. A saber, aquellos donde predomina la ausencia de competencia (únicos proponente o único habilitado), donde persisten y se concentran algunos contratistas y aquellos donde se realizan adiciones a los contratos. Debe verificarse los antecedentes y las conexiones sociales de los representantes de las empresas, priorizando por riesgo del contrato.

Un avance significativo en esta línea, ha sido la Ley 1882 de 2018, aunque polémica en la introducción del artículo 20, ha sido sensata al establecer la obligación de elaborar contratos tipo. Sin embargo, no dejan de haber problemas que a corto plazo deben irse solucionando. El Decreto 342 de 2019 señala que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio de Transporte, desarrollará e implementará los Documentos Tipo. Pero como lo han dejado claro Fedesarrollo, el Sistema SECOP sobre el que trabaja Colombia compra eficiente es aún débil. Hay problemas en registro de información y reportes, pues la información se sube en documentos bloqueados y extemporáneamente (Fedesarrollo, 2018, p. 155-248).

A lo anterior se suma algunos de los problemas del sistema contractual abordados en este trabajo: (i) una gran dispersión normativa que genera riesgos de seguridad jurídica; (ii) restricciones en la gestión de los contratos asociadas a los mecanismos de imposición de multas; (iii) los convenios interadministrativos para la adquisición de bienes y servicios o la ejecución de obras restringen la competencia en el sistema de compra pública; (iv) los problemas de las causales de contratación directa (v) el abuso de los regímenes especiales y como se ha mencionado (vii) la

falta de investigación criminal a través del sistema SECOP mediante el análisis de relaciones sociales y alerta.

La teoría nos ha dicho por largo tiempo que gran parte del problema se resuelve en la medida en que se adopten compromisos creíbles y que estos se respeten. De lo contrario, la lucha por la eficiencia puede incluso ser nada más que la eficiencia de la corrupción.

Referencias Bibliográficas

Aclaración resumen pendientes sector 1, 2 y 3, Folio 3329. (SECOP 9 de Diciembre de 2009).

Ades , A., y Di Tella, R. (1999). Rents, Competition, and Corruption. *The American Economic Review*, 89(4), 982-993.

Agencia EFE. (23 de Marzo de 2018). Colombia pierde al año 198 millones dólares por obra relacionada por Odebrecht. Obtenido de <https://www.efe.com/efe/america/economia/colombia-pierde-al-ano-198-millones-dolares-por-obra-relacionada-a-odebrecht/20000011-3562216>

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. (05 de Febrero de 2019).

Indicadores Colombia Compra Eficiente. *Indicadores del Sistema de Compra Pública Colombiano*. Recuperado el 01 de 05 de 2019, de <https://tictank.bitbucket.io/ccwebapp/>

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado . (2 de noviembre de 2014). Directiva Presidencial que regula Justicia Arbitral, ayudará a que mecanismo funcione adecuadamente”: Agencia de Defensa Jurídica. *Comunicado de Prensa*.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2 de noviembre de 2014). Directiva Presidencial que regula Justicia Arbitral, ayudará a que mecanismo funcione adecuadamente”: Agencia de Defensa Jurídica. *Comunicado de Prensa*, p. 5 párr. Recuperado el 18 de Septiembre de 2018, de <https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/121114.aspx>

Agencia Nacional de Infraestructura. (15 de Julio de 2013). Otro No. 3 al contrato de concesión No. 001 de 2010. *DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_10387540%20*.

Aidt, T. S. (2003). Economic Analysis of Corruption: A Survey. *Economic Journal*, 113(8), F632-F652.

Alviar García, H., López Medina, D., y Rodríguez Garavito, C. (2017). *Estudio diagnóstico de la actividad litigiosa de la nación en su componente transversal “gestión jurídica de la nación”*. Bogotá: Informe final de investigación presentado al Ministerio del Interior y de Justicia.

Andrade Fernandes, F., y Rodríguez García, N. (2013). Corrupción, principio de oportunidad y política criminal del Estado. En F. J. Sintura Varela, y N. Rodríguez, *El estado de derecho Colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011* (p. 1-52). Bogotá D.C: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.

Andvig, J. C., y Fjeldstad, O.-H. (2001). *Corruption. A review of contemporary research*. Bergen, Norway: Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human.

- Araújo Oñate, R., Álvarez Rojas, F., Barrantes Vanegas, C. P., Betancur Escobar, L. I., Del Castillo Restrepo, E., Castro Cuenca, C., . . . Rodríguez Tamayo, M. F. (2011). *La Ley 1150 de 2007. ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* Bogotá D.C: Universidad del Rosario.
- Arenas Quintero, F. (2014). Felipe Arenas Quintero. *Modelo de concesión en Colombia y distribución de riesgos desde una perspectiva relacional: Estudio de caso Autopista Ruta del Sol.*, 1-81.
- Arjona, A. M. (2002). La Corrupción Política: Una Revisión de la Literatura. (*Documentos de Trabajo*). Universidad Carlos III de Madrid,, 02(14).
- Arrow, K. J. (1987). Reflections on the Essays. En G. Feiwel, *Arrow and the Foundations of the Theory of Economic Policy*. Nueva York: New York University Press.
- Asch, S. E. (1951). Effects of Group Pressure upon the Modification and Distortion of Judgments. En H. Guetzkow, *Groups, leadership and men: research in human relations* (p. 177-190). Oxford, England: Carnegie Press.
- Asch, S. E. (1956). Studies of Independence and Conformity: A Minority of One against a Unanimous Majority. *Psychological Monographs: General and Applied*, 70, 1-70.
- Asian Development Bank. (2010). *Anticorruption and Integrity: Policies and Strategies* (Segunda ed.). Philippines: Asian Development Bank.
- Auto de requerimiento judicial de extradición del investigado Alejandro Toledo Manrique, Resolución N° 03. (Primer juzgado de investigación preparatoria nacional de Lima 19 de Febrero de 2017).
- Axelrod, R. M. (1986). *La evolución de la cooperación : el dilema del prisionero y la teoría de juegos*. (L. Bou, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.

- Banco de la República. (2018). *Estadísticas: PIB, Metodología año base 2015*. Recuperado el 01 de 01 de 2019, de Banco de la República | Colombia: <http://www.banrep.gov.co/es/pib>
- Banco Mundial. (2000). *Helping Countries Combat Corruption: Progress at the World Bank since 1997*. Washington D.C : World Bank.
- Banco Mundial. (1 de Noviembre de 2018). *Banco de datos. Indicadores mundiales de buen gobierno*. Obtenido de Banco Mundial: <https://databank.bancomundial.org/data/Governance-Indicators/id/2abb48da>
- Bandura, A. (1965). Influence of Model's Reinforcement Contingencies on the Acquisition of Imitative Responses. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1(6), 589-595.
- Bandura, A. (1999). Moral disengagement in the perpetration of inhumanities. *Personality and Social Psychology Review*, 3(3), 193-209.
- Bayley, D. H. (1966). The Effects of Corruption in a Developing Nation. *University of Denver*, 19(4), 719-732.
- BBC News. (17 de Julio de 2019). Alejandro Toledo: de qué acusan al expresidente peruano arrestado en Estados Unidos por el caso Odebrecht. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49011091>
- BBC News Mundo. (17 de Abril de 2019). Alan García: de qué acusaban al expresidente de Perú que se suicidó cuando lo fueron a detener. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-47967534>
- Beck, P. J., y Maher, M. W. (1986). A Comparison of Bribery and Bidding in Thin Markets. *Economic Letters*, 20(1), 1-5.
- Becker, G. S. ((Marzo-Abril) de 1968). Crime and Punishment: At Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.

- Becker, G. S., y Stigler, G. J. (Enero de 1974). Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. *The Journal of Legal Studies*, 3(1), 1-18.
- Bergoglio, J. M. (1991). *Corrupción y pecado: algunas reflexiones en torno al tema de la corrupción*. México D.F: Asociación Mexicana de Promoción y Cultura Social.
- Bergstrom, T. C. (2002). Evolution of Social Behavior: Individual and Group Selection. *Journal of Economic Perspectives*, 16(2), 67-88.
- Bergstrom, T. C. (2002). Evolution of social behaviour: Individual and group. *Journal of Economic Perspectives*, 16(2), 67-88.
- Bernal, R., González, J. I., Henao, J. C., Junguito, R., Meléndez, M., Montenegro, A., . . . Villar, L. (2018). *Informe final: Comisión del gasto y la inversión pública*. Bogotá D.C: Fedesarrollo.
- Bibas, S. (2004). Plea Bargaining outside the Shadow of Trial. *Harvard Law Review*, 117(8), 2463-2547.
- Bigio, S., y Ramírez-Rondán, N. (2006). Corrupción e Indicadores de Desarrollo: Una Revisión Empírica. *Banco Central de Reserva del Perú [Serie de Documentos de Trabajo DT. N°. 2006-007]*, 25p.
- Boehm, F., y Lambsdorff, J. G. (2009). Corrupción y anticorrupción: Una perspectiva neo-institucional. *Revista de economía institucional*, II(21), 45-72.
- Bonett, D. I. (2019). Apropiandose de los derechos del rey Antonio de Vergara y Azcárate: Corrupción, quintos y señoreaje (1637-1683). *Historia y MEMORIA*(19), 121-161.
- Borda Ávila, M. L. (2005). *Concesiones viales como resultado de la evolución histórica, política y económica de Colombia [Tesis Maestría]*. Bogotá: Uniersidad Javeriana. Facultad de ciencias políticas y relaciones internacionales.

- Botero, A. Á., y Fuentes Juárez, Á. (2015). Percepciones sobre la corrupción de habitantes de Manizales y Pereira. *Papel Político*, 20(1), 127-146. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana>.
- Bour, E. (1991). INSTITUCIONES, por Douglass C. North: Traducción y agregado de notas y vínculos. *The Journal of Economic Perspectives*, 5(1). Recuperado el 16 de 10 de 2017, de <http://ebour.com.ar/pdfs/Instituciones,%20de%20Douglass%20North.pdf>
- Bour, E. A. (2018). "La teoría de "Public choice". *Economics*, 1-49.
- Boyd, R., y Richerson, P. J. (1992). Punishment Allows the Evolution of Cooperation (or Anything Else) in Sizable Groups. *Ethology and Sociobiology*, 13, 171-195.
- Boyd, R., Gintis, H., Bowles, S., y Richerson, P. J. (2003). The evolution of altruistic punishment. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 100(6), 3531-3535.
- Bray, J. (2005). The use of intermediaries and other 'alternatives' to bribery. En J. G. Lambsdorff, M. Taube, y M. Schramm, *The new institutional economics of corruption* (p. 112-137). New York: Routledge: Taylor y Francis Group.
- Brennan, G., y Buchanan, J. (1981). Revenue Implications of Money Creation under Leviathan. *American Economic Review*, 71(2), 347-351.
- Buchanan, J. M. (1965). An Economic Theory of Clubs. *Economica*, 32(125), 1-14.
- Buchanan, J. M. (2005). Elección pública: génesis y desarrollo de un programa de investigación. *Revista Austriana de Economía*(33), 203-221.
- Buchanan, J. M. (2009). *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el leviatán*. Buenos aires: Katz editores.

- Buchanan, J. M., y Tullock, G. (1962). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Cadot, O. (1987). Corruption as a Gamble. *Journal of Public Economics*, 33(2), 223-244.
- Caracol Radio. (22 de Septiembre de 2009). Unas grabaciones tumbaron al director del Inco. Obtenido de https://caracol.com.co/radio/2009/09/21/nacional/1253559600_882648.html
- Cárdenas, M., Gaviria, A., y Meléndez, M. (2005). *La infraestructura de transporte en Colombia*. Bogotá: Documento Fedesarrollo, Agosto.
- Cárdenas, M., Gaviria, A., y Melendez, M. (2006). *La infraestructura de transporte en Colombia*. Bogotá: Cuadernos Fedesarrollo N° 17. La Imprenta Editores S.A.
- Carr, J. L., y Tai Landa, J. (193). The Economics of Symbols, Clan Names, and Religion. *The Journal of Legal Studies*, 2(1), 135-156.
- Cartier-Bresson, J. (Septiembre-Octubre de 1996). Corrupción institucionalizada y neocorporativismo, con ejemplos del caso francés. *Nueva Sociedad*(135), 110-125.
- Cepeda Ulloa, F. (2018). El papel del sector privado y la sociedad civil en la lucha contra la corrupción. En G. Perry, V. Saavedra, F. Cepeda Ulloa, A. Hernández, M. Pachón, E. Ungar, . . . Villadiego, *Lucha integral contra la corrupción en Colombia: reflexiones y propuestas* (p. 47-112). Bogotá: Fedesarrollo.
- Cepeda, F. (2011). *Narcotráfico, financiación política y corrupción*. Bogotá: Eco Ediciones.
- Cepeda, F. U. (1994). *La Corrupción Administrativa en Colombia*. Bogotá: Contraloría General de la República, en coedición con FEDESARROLLO y tercer mundo editores. .
- Clinard, M. B. (1990). *Corporate Corruption: The Abuse of Power*. Nueva York: Praeger.
- Coase, R. H. (1937). The Nature of the Firm. *Economica, New Series*, 4(16), 386-405.
- Coase, R. H. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal of Law y Economics*, 3, 1-44.

- Coase, R. H. (1988). The Nature of the Firm: Influence. *Journal of Law, Economics, y Organization*, 4(1), 33-47.
- Coase, R. H. (1996). La naturaleza de la empresa. En O. E. Williamson, y S. G. Winter, *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo* (p. 29-48). México: Fondo de Cultura Económica.
- Collier, P., y Hoeffler, A. (2005). Los costos económicos de la corrupción en infraestructura. En T. Internaional, A.A.V.V, *Informe Global de la corrupción 2005*.
- Comisión Investigadora Multipartidaria. (2019). Capítulo III. Proyecto Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao (Línea 1, Tramos 1 y 2). 360-526. Obtenido de <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/02/18205628/informe-final-comision-lava-jato-extracto-metro-de-lima.pdf>
- Comisión Redactora Constitucional, Acta No. 20 (6 de Junio de 2003).
- Commons, J. R. (1970). *The economics of collective action* (Segunda ed.). Nueva York: University of Wisconsin Press.
- Commons, J. R. (2003). Economía Institucional. *Revista De Economía Institucional*, 5(8), 191-201.
- Commons, J. R. (2003). Economía Institucional. *Revista De Economía Institucional*, 5(8), 191-201.
- Concepto 1992. (20 de Mayo de 2010). Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil .
- Consejo Nacional Electoral. (13 de Agosto de 2019). Indagación preliminar contra expresidente Santos por financiación de campaña en segunda vuelta 2014. Obtenido de <https://www.cne.gov.co/prensa/comunicados-oficiales/141-indagacion-preliminar-contr-expresidente-santos-por-financiacion-de-campana-en-segunda-vuelta-2015>

Consejo Superior de la Judicatura. (2016). *Estudio de tiempos procesales, Tomo I*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.

Const. (1991). *Constitución política de Colombia [Const.]*. 2da Ed.Legis.

Convencion Interamericana contra la Corrupcion, (B-58) (1996).

Corporación Excelencia en la Justicia. (2016). *Caracterización de la justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica para su mejoramiento*. Bogotá: Asociación de Instituciones Financieras [ANIF].

Corporación Excelencia en la Justicia. (12 de 05 de 2019). *Indicadores de Justicia*. Obtenido de Confianza y corrupción - Corporación Excelencia en la Justicia: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/confianza-y-corrupcion/>

Corporación Excelencia en la Justicia. (18 de Marzo de 2019). *Indicadores de Justicia*. Obtenido de Índice de congestión por jurisdicción en Colombia-Corporación Excelencia en la Justicia: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-sector-jurisdiccional-y-por-jurisdiccion-en-colombia/>

Corporación Latinobarómetro. (2018). *Informe Latinobarómetro 2018*. Santiago de Chile.

Corporación Transparencia por Colombia. (2003). *Elementos para fortalecer un sistema nacional de integridad*. Bogotá D.C: Libro de consulta, Adaptación para Colombia.

Corporación Transparencia por Colombia. (2017). *Índice de Transparencia Departamental 2015 - abril 2016*. Bogotá D.C: Colección de Documentos Observatorio de Integridad N. 18.

Corporación Transparencia por Colombia. (2017). *Índice de Transparencia Departamental 2015-2016*. Bogotá D.C: Colección de Documentos Observatorio de Integridad N. 18.

Corporación Transparencia por Colombia. (2017). *Índice de Transparencia Nacional 2015-2016*. Bogotá D.C: Colección de Documentos Observatorio de Integridad N. 19.

- Corporación Transparencia por Colombia. (2017). *Quinta encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas*. Bogotá D.C: Colección Cuadernos de Transparencia N° 23 .
- Correa R, J. S. (2013). Modelos de contratación férrea en Colombia:el Ferrocarril del Cauca en el siglo XIX. *Historia Crítica, Septiembre-Diciembre*(51), 199-222.
- Corte superior de justicia especializada en delitos de crimen organizado y de corrupción de funcionarios. (16 de Abril de 2019). Resolución N° 02 - Auto que Resuelve Requerimiento Fiscal de Detención y Allanamiento. 45. Obtenido de <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-00043-2018-3-5201-JR-PE-02.pdf>
- Crocker, K. J., y Reynolds, K. J. (1993). The Efficiency of Incomplete Contracts: An Empirical Analysis of Air Force Engine Procurement. *The RAND Journal of Economics*, 24(1), 126-146.
- Dávila, A., y Delgado, N. (2001). La metamorfosis del sistema político colombiano: ¿clientelismo de mercado o nueva forma de intermediación? En F. Gutiérrez, *Degradación o cambio? Evolución del sistema político colombiano*. Bogotá: Norma-IEPRI.
- De la Calle Lombana, H. (2011). La relevancia de la transparencia en la rendición de cuentas, y sus efectos sobre la legitimidad de los partidos políticos. *Derecho electoral*(11), 1-18.
- de Quervain , D. J., Fischbacher, U., Treyer , V., Schellhammer , M., Schnyder , U., Buck , A., y Fehr , E. (2004). The neural basis of altruistic punishment. *Science*, 305(5688), 1254-1258.
- De speville, B. (2011). *Superando la corrupción: Los elementos esenciales para combatirla*. Bogotá: Planeta.

Decreto 222. (1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones [Decreto 222]. *DIARIO OFICIAL. AÑO CXIX(36189.9)*, 417.

della Porta., D., y Vannucci, A. (Mayo de 2005). Corruption as a Normative System. *artículo preparado para The International Conference on Corruption Control in Political Life and the Quality of Democracy: A Comparative Perspective Europe – Latin America. CIES - ISCTE., 19(20)*.

Delton, A. W., Krasnow, M. M., Cosmides, L., y Tooby, J. (2011). Evolution of direct reciprocity under uncertainty can explain human generosity in one-shot encounters. *Proceedings of the National Academy of Sciences, 108(44)*, 13335-13340.

Departamento Nacional de Planeación. (2005). Medición y Análisis del Desempeño Integral de los Municipios. Recuperado el 2 de Diciembre de 2018, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/INFORME%20EVALUACI%C3%93N%20INTEGRAL%202005.pdf>

Departamento Nacional de Planeación. (2013). *Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción [Documento Compes Número 167]*. Bogotá.

Departamento Nacional de Planeación. (2017). *Índice de gestión de proyectos de regalías IGPR. Fichas técnicas indicadores*. Bogotá: Dirección de Vigilancia de las Regalías.

Departamento Nacional de Planeación. (2019). *Bases del plan nacional de desarrollo 2018 – 2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad*. Bogotá: DNP. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/BasesPND2018-2022n.pdf>

Deutsch, M., y Gerard, H. B. (1955). A Study of Normative and Informational Social Influence upon Individual Judgment. *Journal of Abnormal and Social Psychology, 51(3)*, 629-636.

- Dinero. (18 de Enero de 2017). ANI pide nulidad del contrato de Ruta del Sol II y una nueva licitación. Obtenido de <https://www.dinero.com/pais/articulo/ani-pide-nulidad-del-contrato-de-ruta-del-sol-2/241005>
- Dinero. (13 de Julio de 2017). Fiscalía confirma pagos de Odebrecht a campañas de Santos y Zuluaga. Obtenido de <https://www.dinero.com/pais/articulo/fiscalia-confirma-pagos-de-odebrecht-a-campanas-de-santos-y-zuluaga/247493>
- Dinero. (18 de Junio de 2019). Nación tendrá que pagar \$211.000 millones por obras ejecutadas en Ruta del Sol 2. Obtenido de <https://www.dinero.com/pais/articulo/que-resolvio-el-tribunal-de-arbitramento-sobre-la-ruta-del-sol-2/275321>
- DNP. (1 de Enero de 2020). *Departamento nacional de Planeación*. Obtenido de Atención al ciudadano. Denuncia Actos de Corrupción: <https://www.dnp.gov.co/atencion-al-ciudadano/consultas-quejas-y-reclamos/Paginas/denuncia-actos-de-corrupcion.aspx>
- Dobel , P. (1978). The Corruption of a State. *The American Political Science Review*, 72(3), 958-973.
- Documento adicional: Unión Temporal Concesión RDS - 2. (12 de Diciembre de 2009). *Detalle del proceso Número: SEA LP 001 2009*. Obtenido de SECOP I: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316>
- Documento Conpes 167 (9 de Noviembre de 2013).
- Documento Conpes 3571 (INCO 9 de Marzo de 2001).
- Documento Conpes 3760 (Departamento nacional de Planeación 20 de Agosto de 2013).
- Documento Conpes 3817. (2 de Octubre de 2014). Modificación al documento conpes 3571 "importancia estratégica del proyecto vial autopista ruta del sol».

Doing Business. (12 de 02 de 2019). *Metodología: Cumplimiento de contratos*. Obtenido de Doing

Business Org. Banco Mundial:

<http://espanol.doingbusiness.org/es/methodology/enforcing-contracts>

Duncan, G. (2005). Del campo a la ciudad en Colombia. la infiltración urbana de los señores de la

guerra. *DOCUMENTO CEDE 2005-2*. Recuperado el 24 de 08 de 2018, de

[https://www.researchgate.net/profile/Gustavo_Duncan/publication/5006109_Del_Campo](https://www.researchgate.net/profile/Gustavo_Duncan/publication/5006109_Del_Campo_A_La_Ciudad_En_Colombia_La_Infiltracion_Urbana_De_Los_SeAores_De_La_Guer)

[_A_La_Ciudad_En_Colombia_La_Infiltracion_Urbana_De_Los_SeAores_De_La_Guer](https://www.researchgate.net/profile/Gustavo_Duncan/publication/5006109_Del_Campo_A_La_Ciudad_En_Colombia_La_Infiltracion_Urbana_De_Los_SeAores_De_La_Guer)

[ra/links/00b7d5230bdb44307d000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Gustavo_Duncan/publication/5006109_Del_Campo_A_La_Ciudad_En_Colombia_La_Infiltracion_Urbana_De_Los_SeAores_De_La_Guer/links/00b7d5230bdb44307d000000.pdf)

Durkheim, E. (1971). *El suicidio: estudio de sociología*. Buenos Aires: Shapire editor.

Egas, M., y Riedl, A. (2008). The economics of altruistic punishment and the maintenance of

cooperation. *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, 275(1637), 871-878.

Ekman, P. (1972). Universals and cultural differences in facial expressions of emotion. *Nebraska*

symposium on motivation, 19, 207-283.

El colombiano. (21 de Noviembre de 2018). 14 preguntas para entender el caso del fiscal y

Odebrecht. Obtenido de [https://www.elcolombiano.com/colombia/la-guia-para-entender-](https://www.elcolombiano.com/colombia/la-guia-para-entender-el-caso-entre-el-fiscal-yodebrecht-DF9689423)

[el-caso-entre-el-fiscal-yodebrecht-DF9689423](https://www.elcolombiano.com/colombia/la-guia-para-entender-el-caso-entre-el-fiscal-yodebrecht-DF9689423).

El Comercio. (11 de Abril de 2019). Caso Odebrecht: Luis Alva Castro no podrá salir del país por

18 meses.

El Espectador. (18 de Enero de 2017). «Así le habría pagado Odebrecht los sobornos al

excongresista Otto Bula.» El. Obtenido de

[https://www.elespectador.com/noticias/judicial/asi-le-habria-pagado-odebrecht-los-](https://www.elespectador.com/noticias/judicial/asi-le-habria-pagado-odebrecht-los-sobornos-al-excongrearticulo-675343)

[sobornos-al-excongrearticulo-675343](https://www.elespectador.com/noticias/judicial/asi-le-habria-pagado-odebrecht-los-sobornos-al-excongrearticulo-675343).

El espectador. (21 de Marzo de 2017). Declaraciones de Gabriel García vinculan a exsenador Plinio Olano en escándalo de Odebrecht.

El Espectador. (2 de Agosto de 2018). Odebrecht demandó al Estado por 3.8 billones de pesos. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/odebrecht-demando-al-estado-por-38-billones-de-pesos-articulo-803801>

El espectador. (29 de Abril de 2019). Condenan a José Elías Melo a 11 años y 9 meses de prisión por caso Odebrecht. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/condenan-jose-elias-melo-11-anos-y-9-meses-deprision-por-caso-odebrecht-articulo-852837>.

El Espectador. (10 de Julio de 2019). Gabriel García Morales, el hombre que lo perdió todo con Odebrecht. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/gabriel-garcia-morales-el-hombre-que-lo-perdio-todo-con-odebrecht-articulo-870166>

El heraldo. (06 de Febrero de 2017). Los grandes contratos de Odebrecht en 25 años en Colombia. Obtenido de <https://www.elheraldo.co/colombia/los-grandes-contratos-de-odebrecht-en-25-anos-en-colombia-326030>

El Herald. (27 de Enero de 2017). Senador Duque pide sancionar a Odebrecht por conductas contrarias al régimen de competencia. Obtenido de <https://www.elheraldo.co/colombia/senador-duque-pide-sancionar-odebrecht-por-conductas-contrarias-al-regimen-de-competencia>

El heraldo. (01 de Abril de 2019). *A la cárcel funcionario de la DIAN que le compró un Lamborghini a su hija*. Obtenido de El heraldo: <https://www.elheraldo.co/colombia/la-carcel-funcionario-de-la-dian-que-le-compro-un-lamborghini-su-hija-614570>

El País. (20 de Diciembre de 2017). Marcelo Odebrecht sale de la cárcel tras permanecer solo dos años y medio. Obtenido de

https://elpais.com/internacional/2017/12/18/actualidad/1513607230_658500.html

El país. (27 de Octubre de 2017). Procuraduría dice que campaña de Zuluaga sí recibió financiación de Odebrecht.» El País. 27 de. Obtenido de .

<https://www.elpais.com.co/colombia/procuraduria-dice-que-campana-de-oscar-ivan-zuluaga-sirecibio-financiacion-de-odebrecht.html>.

El País. (28 de Noviembre de 2018). El fiscal general de Colombia admite seguimientos a opositores por el “caso Odebrecht”. Obtenido de

https://elpais.com/internacional/2018/11/28/colombia/1543378516_963910.html.

El Peruano. (17 de Abril de 2019). Expresidente Alan García falleció hoy a los 69 años. Su deceso ocurrió por herida de bala. Obtenido de

<https://web.archive.org/web/20190419202210/https://elperuano.pe/noticia-expresidente-alan-garcia-fallecio-hoy-a-69-anos-77684.aspx>

El tiempo. (23 de Abril de 2017). Impedimento del Fiscal General da giro a investigación de Odebrecht. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/por-que-el-fiscal-martinez-se-declaro-impedido-en-el-caso-odebrecht-80640>

El Universal. (31 de Mayo de 2011). La U despierta interés por entrega de avales. Obtenido de <https://www.eluniversal.com.co/politica/la-u-despierta-interes-por-entrega-de-avales-26931-DREU105633>

El Universal. (31 de Julio de 2011). Silvana Giaimo se inscribiría por firmas para Alcaldía de Cartagena. Obtenido de <https://www.eluniversal.com.co/politica/silvana-giaimo-se-inscribira-por-firmas-para-alcaldia-de-cartagena-36263-BQEU115721>

- Eriksson, P. E. (2008). Procurement Effects on Coopetition in Client-Contractor Relationships. *Journal of Construction Engineering and Management*, 134(2), 103-111.
- ESAP. (1993). *Estatuto general de contratación de la administración pública. Ley 80 de 1993*. Bogotá: Publicaciones Escuela Superior de Administración Pública.
- Escobar Gil, R. (2003). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Estrada, F. (2004). Economía Neoinstitucional, Prueba falsable a las hipótesis de Douglass North en Colombia. *Biblioteca Universitaria de Munich, Alemania*.(58515).
- Estrada, F. (2007). Herbert A. Simon y la Economía Organizacional. *Cuadernos de Economía*, 26(46), 67-85.
- Estrada, F., y Gonzáles, J. I. (2014). Política tributaria y economía fiscal en los enfoques de hayek y brennan/buchanan. *Munich Personal RePEc Archive, Paper No. 57123*(Posted 9), 1-17.
- expediente judicial N° 7091 (16 Juzgado penal de Lima 2014).
- Fajardo, L. E. (2002). La corrupción heredada: Pasado colonial,sistema legal y desarrollo económico en Colombia. *Revista de Estudios Sociales*(12), 20-28.
- FEDESARROLLO. (1997). Causas de la corrupción. En F. Cepeda Ulloa, *La corrupción en Colombia* (p. 49-57). Bogotá: Tercer Mundo.
- Fedesarrollo. (2018). *Lucha integral contra la corrupción en Colombia: reflexiones y propuestas* (Primera ed.). (L. Villar, y D. Álvarez, Edits.) Bogotá D.C, Colombia: Fedesarrollo. doi:ISBN: 978-958-56558-4-3
- Fiscalía General de la Nación . (2018). *Guía de investigación para los delitos asociados a la corrupción*. Bogotá: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito [UNODC] y Fiscalía General de la Nación [FGN].

Fiscalía General de la Nación. (15 de Noviembre de 2017). Comunicado de prensa 174. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/bolsillos-de-cristal/comunicado-de-prensa-174/>

Fiscalia General de la República, Condenado ex viceministro de Transporte, Gabriel García Morales, por caso Odebrecht (Diciembre de Miercoles de 2017). Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/bolsillos-de-cristal/condenado-ex-viceministro-de-transporte-gabriel-garcia-morales-por-caso-odebrecht/>

Fiscalia general de la nacion . (2010). *Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación*. Bogotá: Fiscalia general de la nacion .

Folha de Sao Paulo. (2016). Odebrecht group paid out US\$ 1 billion in bribes in 12 countries, says USA. Obtenido de <http://www1.floha.uol.com.br/internacional/en/brazil/2016/12/1843856-odebrecht-group-paid-out-us-a-billion-in-bribes-in-12-countries-says-usa.shtml>

Fowler, J. H. (2005). Altruistic punishment and the origin of cooperation. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 102(19), 7047-7049.

Gaceta del congreso, N° 897 (Imprenta nacional de Colombia 17 de Septiembre de 2019).

GALLUP Colombia S.A.S. (2019). *Informe Gallup Poll Febrero #119*. Bogotá D.C.

Gamarra Vergara , J. R. (2006). Agendas Anticorrupción en Colombia: reformas logros y recomendaciones. *Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional [Banco de la República]*, 82, 53p.

Gamarra Vergara, J. R. (2006). Pobreza, corrupción y participación política: una revisión para el caso colombiano. *Banco de la República de Colombia. [Documentos de trabajo sobre economía regional](70)*.

- Gambeta, D. (2007). *La mafia siciliana, el negocio de la protección privada*. México D.F: Fondo de Cultura Económica .
- Garay Salamanca, L. J., y Angulo S, A. (1999). *Construcción de una nueva sociedad*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Garay Salamanca, L. J., Salcedo Albarán, E., de León Beltrán, I., y Guerrero, B. (2008). *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Grupo Método.
- Garay Salamanca, L. J., y Salcedo Albarán , E. (2012). *Narcotráfico, corrupción y Estados: Cómo las redes ilícitas han reconfigurado las instituciones en Colombia*. Bogotá: Debate.
- Garay Salamanca, L. J., y Salcedo Albarán, E. (2018). *El gran libro de la corrupción en Colombia*. Bogotá D.C: Planeta Colombiana S.A.
- Garay Salamanca, L. J., Salcedo Albarán, E., y Macías Fernández, G. (2018). *Macrocorrupción y Coptación Institucional: La red criminal "Lava Jato"*. Bogotá: Vortex.
- Garay Salamanca, L. J., Salcedo-Albarán, E., y De León-Beltrán, I. (2010). *Illicit Networks, Reconfiguring States: Social Network Analysis of Colombian and Mexican Cases*. (C. López, Ed., y P. Gamboa, Trad.) Bogotá: Metodo Foundation.
- Garay, L. J., y Salcedo-Albarán, E. (2015). *Drug trafficking, corruption and states how illicit networks shaped institutions in Colombia, Guatemala and Mexico*. iUniverse.
- García Villegas, M., y Revelo Rebolledo, J. (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá D.C: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Colección De Justicia.
- García Villegas, M., y Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado Alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Colección Dejusticia.

- García Villegas, M., y Revelo, J. (2010). *Estado Alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Colección Dejusticia.
- García, M. (2009). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Gencturk, E. F., y Aulakh, P. S. (1995). The use of process and output controls in foreign markets. *Journal of International Business Studies*, 26(4), 755-787.
- Giraldo Cifuentes, R. A. (2017). El principio de oportunidad en los delitos contra la administración pública. Análisis crítico. *Pluriverso*(9), 85-114.
- Goldem, M. A., y Picci, L. (2005). Proposal for a new measure of corruption, illustrated with Italian data. *Economics and politics*, 17(1), 37-75.
- Gómez Portilla , K., y Gallón Gómez, S. (2002). El impacto de la corrupción sobre el crecimiento económico colombiano, 1990-1999. *Lecturas de Economía*,(57), 49-86.
- Gómez, , K., y Gallón, S. (2002). El impacto de la corrupción sobre el crecimiento económico colombiano 1990-1999. *Lecturas de economía. Universidad de Antioquia*(57).
- Gonzáles, J. (2018). *Odebrecht, la historia completa*. Bogotá: Penguin Random House .
- Gonzáles, J. I. (2013). Corrupción cero: un imposible. En H. De la calle, J. E. Robledo, C. Morales, A. Estrada Villa, O. Andía, N. Quevedo, . . . J. I. Gonzáles, *Perlas de la corrupción* (p. 288-326). Bogotá D.C: Debate. Random House Mondadori, S.A.S.
- Gonzalez Espinosa, A., y Boehm, F. (2011). Medir La Corrupción: De La Generación De Conciencia a Los Peligros De La Mala Interpretación. *Opera*(11), 259-277.
- González Uribe, G. (6 de Mayo de 2018). Similitudes en el asesinato de testigos que han hablado contra Álvaro Uribe o sus cercanos. *El espectador*. Recuperado el 18 de Septiembre de

- 2019, de <https://www.elspectador.com/noticias/nacional/similitudes-en-el-asesinato-de-testigos-que-han-hablado-contralvaro-uribe-o-sus-cercanos-articulo-754080>
- Gorbanef, Y., González, J. M., y Barón, L. (2011). ¿Para que sirve la interventoria de obras públicas en Colombia? *Revista de Economía Institucional*, 13(24), 413-428.
- Gorbaneff, Y. (2003). Problemas teóricos en la contratación pública en Colombia. *Cuadernos de Administración*, 16(25), 91-107.
- Gossaín, J. (01 de Febrero de 2015). El cartel de los falsos testigos: viaje a las entrañas del demonio. *El tiempo*. Recuperado el 21 de Diciembre de 2018, de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15258343>
- Gould, D. J., y Amaro-Reyes, J. A. (1983). The Effects of Corruption on Administrative Performance. Illustrations from Developing Countries. *World Bank Staff Working Paper*, 580, 41 p.
- Graeff, P., y Mehlkop, G. (2003). The impact of economic freedom on corruption: different patterns for rich and poor countries. *European Journal of Political Economy*, 19(3), 605-620.
- Graf Lambsdorff, J. (2008). The Organization of Anticorruption – Getting Incentives Right. *Discussion Paper of the Economics Faculty of Passau University*, 57-08.
- Granovetter, M. (1985). Economic action and social structure. A theory of embeddedness. *American Journal of Sociology*, 91(3), 481-510.
- Granovetter, M. (1985). Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness. *American Journal of Sociology*, 91(3), 481-510.
- Grossman, S. J., y Hart, O. (1986). The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy*, 94(4), 691-719.

- Grupo de Memoria Histórica. (2011). *El orden desarmado, la resistencia de la Asociación de Trabajadores Campesinos del Carare (ATCC)*. Bogotá: Taurus.
- Guala, F. (2012). Reciprocity: Weak or strong? What punishment experiments do (and do not) demonstrate. *Behavioral and Brain Sciences*, 35, 1-59.
- Gupta, S., Davoodi, H., y Tiongson, E. (2000). IMF Working Paper: Corruption and the Provision of Health Care and Education Services. USA: *INTERNATIONAL MONETARY FUND*, 36p.
- Gutiérrez Torres, J. C. (2015). El precedente judicial como fuente formal y material del procedimiento administrativo colombiano. *Pensamiento Jurídico*(44), 136-160. Recuperado el 12 de Diciembre de 2018, de <http://hdl.handle.net/10901/11697>
- Hamblin, D. W. (2003). *A social History of Protestantism in Colombia: 1930-2000 (Doctoral Dissertations 1896 - February 2014)*. Massachusetts : University of Massachusetts Amherst.
- Hamilton, W. D. (1964). The genetical evolution of social behaviour. I y II. *Journal of Theoretical Biology*, 7(1), 1-16, 17-52.
- Hamilton, W. D. (1964). The genetical evolution of social behaviour. II. *Journal of Theoretical Biology*, 7(1), 17-52.
- Harrison, E. (2007). Development in Practice, Volume 17, Numbers 4-5, August 2007. *Routledge*, 17(4-5), 672-678.
- Hart, O. D. (1996). Los contratos incompletos y la teoría de la empresa. En O. E. Williamson, y S. G. Winter, *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo* (p. 192-219). México: Fondo de Cultura Económica .

- Hellman, J. S., Jones, G., y Kaufmann, D. (2001). Capture al Estado, capture al día. Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas [GAPP]*(21), 35-62.
- Henao, J. C., y Ruiz López, C. E. (2017). *Corrupción en Colombia, Tomo 3 :Corrupción Privada*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C., Medellín, C., y Malagón, C. (2000). *Defensa judicial de las entidades públicas*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Henriquez de Hernández, C. (1989). El sagrado corazón en la historia de Colombia. *Revista de la Universidad Nacional (1944-1992)*(22), 80-88.
- Hernández Rodríguez, I. (2014). *Economía Política de la Tributación en Colombia* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Hodgson, G. (1996). *Economics and evolution*. Michigan: University Press.
- Hodgson, G. M. (2001). El Enfoque de la Economía Institucional. *Análisis Económico*, XVI(33), 3-41.
- Hodgson, G., y Jiang, S. (2008). La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista. *Revista de Economía Institucional*, 10(18), 55-80. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/419/41901803.pdf>
- Hodgson, G., y Jiang, S. (2008). La Economía de la Corrupción y la Corrupción de la Economía: Una Perspectiva Institucionalista. *Revista de Economía Institucional*, 10(18), 55-80.
- Huntington, S. P. (1968). *El orden político en las sociedades en cambio*. Buenos Aires: Paidós.
- Husted , B. W. (1994). Honor among Thieves: A Transaction-Cost Interpretation of Corruption in Third World Countries. *Business Ethics Quarterly*, 4(1), 17-27.

- Husted, B. W. (2007). Honor among Thieves: A Transaction-cost Interpretation of Corruption in Third World Countries. *Business Ethics Quarterly*(4), 1994.
- Hwang, J., Jung , K.-O., y Lim, E.-S. (2011). Corruption and Growth in Ethnically Fragmented World. *The Journal of Developing Areas*,, 44(2), 265-277.
- IDL Reporteros. (21 de Septiembre de 2017). Cómo Odebrecht pactó las coimas del Metro de Lima. Obtenido de <https://idl-reporteros.pe/como-odebrecht-pacto-las-coimas-del-metro-de-lima/>
- IDL-Reporteros. (28 de Febrero de 2018). Lava Jato Perú, las confesiones de Barata. A quién y cuánto.
- Intereléctricas. (17 de Junio de 2009). Viceministra de la cartera de Minas y Energia toma posesion del cargo. Obtenido de <http://www.interelectricas.com.co/NOTICIAS/imprimir.php?idnoticiasn=1828ynottip=1>
- International Finance Corporation. (2019). *Doing Business 2019 Indicators: Trainig for reform. Economy Profile of Colombia*. World Bank Group. Recuperado el 13 de 02 de 2019, de <http://espanol.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/c/colombia/COL.pdf>
- Jain, A. K. (2001). Corruption: A Review. *Journal of Economic Surveys*, 15(1), 71-120.
- Jaramillo Uribe, J. (1979). La administración colonial. En J. Jaramillo Uribe, *Nueva Historia de Colombia* (p. 177). Bogotá: Planeta.
- Jefatura del Estado. (29 de 07 de 2010). Convenio penal sobre la corrupción: Preambulo. *Constitución Española. Boletín Oficial del Estado*, 1(182), 65780-65812. Recuperado el 16 de 10 de 2017, de <https://www.boe.es/boe/dias/2010/07/28/pdfs/BOE-A-2010-12135.pdf>

- Jiménez Valderrama, F., y García Rodríguez, L. (2015). El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, IX(35)*, 159-178.
- Julián, M., y Bonavia, T. (2017). Aproximaciones Psicosociales a la Corrupción: Una Revisión Teórica. *Revista Colombiana de Psicología, 26(2)*, 231-243.
doi:10.15446/rcp.v26n2.59353
- Kahneman, D. (2003). Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *The American Economic Review, 93(5)*, 1449-1475.
- Kahneman, D. (2012). *Thinking, Fast and Slow*. (J. Chamorro Mielke, Trad.) Madrid, España: Debate- Penguin Random House.
- Kahneman, D., y Tversky, A. (2000). *Choices, Values and Frames*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kalmanovitz, S. (2001). *Las instituciones colombianas en el siglo XX*. Bogotá: Alfaomega.
- Kalmanovitz, S. (2001). *Las Instituciones y el Desarrollo Económico en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Kalmanovitz, S. (2003). El neoinstitucionalismo como escuela. *Revista de economía institucional, 5(9)*, 189-212.
- Kalmanovitz, S. (2015). *Breve Historia Económica de Colombia [recurso electrónico]*. Bogotá: Utadeo.
- Kalmanovitz, S. (2018). *Nueva Historia Económica de Colombia* (Séptima ed.). Bogotá: Taurus.

- Kaufmann , D. (2000). Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica. *Perspectivas (Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile)*, 3(2), 367-387.
- Klitgaard, R. (1998). International Cooperation Against Corruption. *Finance adn Development*, 35(1), 3-6.
- Klitgaard, R. (2015). Addressing corruption together. *OECD* , 101 p.
- Klitgaard, R., MacLean-Abaroa, R., y Parris, H. L. (2001). *Corrupción en las ciudades*. Santa Cruz: Aguilar.
- Knack, S., y Keefer, P. (1995). Institutions and Economic Performance: Cross Country Tests Using Alternative Institutional Indicators. *Economics and*, 7(3), 207-228.
- Krueger, A. O. (1974). The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, 64(3), 291-303.
- La FM. (15 de Enero de 2017). Hoja de vida de Gabriel García tenía todos los méritos profesionales para ser nombrado como viceministro. Obtenido de <https://www.lafm.com.co/politica/hoja-vida-gabriel-garcia-tenia-todos-los-meritos-profesionales-nombrado-viceministro>
- La FM. (06 de Septiembre de 2018). «Los audios de directivos de Odebrecht en Colombia sobre sobornos.». Obtenido de <https://www.lafm.com.co/judicial/los-audios-de-directivos-de-odebrecht-en-colombia-sobre-sobornos>.
- La Silla Vacía. (23 de Abril de 2012). Rectificación. Obtenido de <https://lasillavacia.com/queridodiario/32852/rectificacion>
- La silla vacía. (13 de Julio de 2016). Juan José García Romero. Obtenido de <https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/juan-jose-garcia-romero>

- La silla vacía. (2020 de Enero de 2019). *La silla Vacía. Odebrecht*. Recuperado el 20 de Enero de 2020, de El escándalo de Odebrecht. todo lo que necesita saber para entenderlo: <https://lasillavacia.com/odebrecht>
- Laffont, J. J., y Maskin, E. S. (1990). The Efficient Market Hypothesis and Insider Trading on the Stock Market. *Journal of Political Economy*, 98(1), 70-93.
- Lambsdorff, J. G. (2002). Making corrupt deals: contracting in the shadow of the law. *Journal of Economic Behavior y Organization*, 48(3), 221-241.
- Lambsdorff, J. G., Taube , M., y Schramm, M. (2005). *The New Institutional Economics of Corruption*. Ney York: Routledge: Taylor y Francis Group.
- Lapalombara, J. (1994). Structural and Institutional Aspects of Corruption. *Social Research*, 61(2), 325-350.
- Leal Buitrago, F., y Davila , A. (1990). *Clientelismo, el sistema político y su expresión regional*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Lee III, R., y Thoumi, F. E. (1998). El nexu entre las organizaciones criminales y la política en Colombia. *Ensayo y Error*, 3(4), 1-26.
- Leff, N. H. (1964). Economic Development Through Bureaucratic Corruption. *American Behavioral Scientist*, 8(3), 8-14.
- León Pineda, R. D. (2018). *Reforma del Estado y corrupción sistémica : la captura del Instituto Nacional de Concesiones. Colombia (2002-2018)*. Buenos Aires: CLACSO OXFAM. Obtenido de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20190516050955/Informe_Colombia_vf.pdf
- Lessig, L. (2013). "Institutional corruption" Defined. *The Journal of Law, Medicine y Ethics*, 41(3), 553-555.

Ley 1150, Diario Oficial No. 46.691 (Congreso de la República 16 de Julio de 2007).

Ley 1340, Diario Oficial No. 47.420 (Congreso de la República 24 de Julio de 2009).

Ley 1474, Diario Oficial No. 48.128 (Congreso de la República 12 de Julio de 2011).

Ley 1475 , Diario Oficial No. 48.130 (Congreso de la República 14 de Julio de 2011).

Ley 1882, Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones (Congreso de la República 15 de Enero de 2018).

Ley 190 , Diario Oficial No. 41.878 (Congreso de la República 6 de Junio de 1995).

Ley 2014, Diario Oficial No. 51.182 (Congreso de la República 30 de Diciembre de 2019).

Ley 20730 (Ministerio secretaría general de la presidencia 8 de Marzo de 2014).

Ley 418, Diario Oficial No. 43.201 (Congreso de la República Diciembre de 26 de 1997).

Ley 80. (1993). *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Ley 80]*. Legis Editores S.A.

Ley 863, Diario Oficial No. 45.415 (Congreso de la República 29 de Diciembre de 2003).

Ley 906, Diario Oficial No. 45.658 (Congreso de la República 1 de Septiembre de 2004).

Lieberman, D., Tooby, J., y Cosmides, L. (2007). The architecture of human kin detection. *Nature*, 727-731.

Lien, D. (1986). A Note on Competitive Bribery Games. *Economic Letters*, 22(4), 337-341.

Lobbying Act , R.S.C. 1985, c. 44 (4th Supp.) (Minister of Justice 13 de Septiembre de 1985).

Lobbying Disclosure Act , PUBLIC LAW 104-65 (Congress 19 de Diciembre de 1995).

López Amaya, J. D. (2011). *Revival en la república liberal. Historia de las creencias y practicas de las misiones protestantes- pentecostales en el contexto nacional 1930-1946. (Tesis maestría en historia)*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Lui, F. T. (Agosto de 1985). An Equilibrium Queuing Model of Bribery. *Journal of Political Economy*, 93, 760-781.
- Lui, F. T. (Julio de 1996). Three Aspects of Corruption. *Contemporary Economic Policy*, 14, 26-29.
- Macagnan, C. B. (Abril/Junio de 2013). Teoría institucional: escrito teórico sobre los protagonistas de la escuela institucionalista de economía. *BASE – Revista de Administração e Contabilidade da Unisinos*, 10(2), 130-141.
- Macneil, I. R. (1974). *The many futures of contracts*. California: Gould School of Law, The Law Center University of Southern. Recuperado el 13 de 01 de 2019, de <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/MacNeil-I.-1973-1974-%E2%80%98The-Many-Futures-of-Contracts%E2%80%99.pdf>
- Mac-Quhae, R. (2015). Un enfoque institucional de la corrupción. *Pizarrón Latinoamericano: Realidad y Contexto de América Latina*, 1(1), 85-91.
- Maegher, P. (1996). *Governance and the Economy in Africa: Tools for Analysis and Reform of Corruption*. Maryland: Center for Institutional Reforms and Informal Sector. University of Maryland.
- Martínez Cárdenas, E., y Ramírez Mora, J. M. (junio de 2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana. una aproximación desde el neoinstitucionalismo. *Reflexión Política*, 8(15), 148-162.
- Masera, G. A., y Palma, R. (2014). La Reacción Institucionalista. Un Estudio sobre la heterodoxia económica en los Estados Unidos de América. *Revista de Historia Americana y Argentina*, 49(1-2), 65-89.

- Maskin , E., y Moore, J. (1999). Implementation and Renegotiation. *The Review of Economic Studies*, 66(1), 39-56.
- Masten, S. (1996). Una base legal para la empresa. En O. E. Williamson, y S. G. Winter, *La naturaleza de la empresa: Origenes, evolución y desarrollo* (p. 271-293). Mexico D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Mauro, P. (Agosto de 1995). Corruption and Growth. *Quarterly Journal of Economics*, 110(3), 681-712.
- Mbaku, J. M. (1996). Bureaucratic Corruption in Africa: The Futility of Cleanups. *Cato Journal*, 16(1), 99-118.
- McBride, M., Skaperdas, S., y Tsai, P.-H. (2017). Why go to court? Bargaining failure under the shadow of trial with complete information. *European Journal of Political Economy*, 55, 151-168.
- Medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos., Exp. No. 250002341000201700083-00 (Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A 6 de Diciembre de 2018).
- Meier, R. F., y Clinard, M. B. (2013). *Sociology of Deviant Behavior*. New York : Cengage Learning .
- Melo, J. O. (1998). Caciques y gamonales: Perfil político. *Credencial Historia*(103).
- Mendez, F., y Sepulveda, F. (2006). Corruption, growth and political regimes: Cross country evidence. *European Journal of Political Economy*, 22, 82-98.
- Metro. (16 de Enero de 2017). Aceptación de cargos por parte de García pone a temblar a empresarios bolivarenses. Obtenido de <https://revistametro.co/2017/01/16/aceptacion-de-cargos-por-parte-de-garcia-pone-a-temblar-a-empresarios-bolivarenses/>

Milgrom, P., y Roberts, J. (1993). *Economía, Organización y Gestión de la Empresa*. España: Ariel S.A.

Ministerio de transporte [Instituto nacional de concesiones - INCO]. (2009). *Licitación Pública No. SEA LP 001 2009*. Obtenido de <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316>

Miranda, B. (16 de Enero de 2019). Cianuro, sospechas y testigos muertos: qué pasa con el caso Odebrecht en Colombia y cuáles son las (escasas) consecuencias. *BBC*. Recuperado el 21 de Febrero de 2019, de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46889022>

Misión Electoral Especial de Colombia. (2017). *Síntesis de las propuestas de reforma política y electoral de la Misión Electoral Especial de Colombia*. Bogotá. Recuperado el 18 de Septiembre de 2018, de <http://moe.org.co/wp-content/>

Mocan, N. (2008). What Determines Corruption? International Evidence from Micro Data. *Economic Inquiry, Western Economic Association International*, 46(4), 493-510.

Moreno Gonzáles, G. (2017). La teoría de la constitución en James Buchanan: hacia un modelo de economía constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, 177(02), 57-88.

Moreno, J. (20 de Abril de 2017). Santos anuncia paquete de medidas anticorrupción. *El heraldo*. Obtenido de <https://www.elheraldo.co/politica/santos-anuncia-paquete-de-medidas-anticorrupcion-350445>

Myrdal, G. (1968). *Asian Drama: An Inquiry into the Poverty of Nations*. New York: Twentieth Century Fund.

Naciones Unidas. (2004). *Convención de naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Nueva York: Oficina contra la droga y el delito .

- Nadelmann, E. A. (1993). *Cops Across Borders: the Internationalization of U.S Criminal Law Enforcement*. Pennsylvania: Toe Pennsylvania State University Press.
- Nadelmann, E. A. (1993). *Cops Across Borders: the Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*. Pennsylvania State: University Press.
- Newman Pont, V., y Ángel Arango, M. P. (2017). Estado del arte sobre la corrupción en Colombia. *Dejusticia*, 121p.
- Newman Pont, V., y Ángel Arango, M. P. (2017). *Sobre la Corrupción en Colombia: Marco Conceptual, Diagnóstico y Propuestas de Política*. Bogotá: (Cuadernos de Fedesarrollo N° 56). Fedesarrollo.
- North, D. C. (1990). A Transaction Cost Theory of Politics. *Journal of Theoretical Politics*, 2(4), 355-367.
- North, D. C. (1990). *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico* (Primera edición en Español. Segunda reimpresión (2001) ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- North, D. C. (2007). *Para Entender el Proceso de Cambio Económico*. (H. Pons, Trad.) Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Norma.
- North, D. C., Summerhill, W., y Weingast, B. R. (2002). Orden, desorden y cambio Económico: Latinoamérica vs. Norte América. *Revista Instituciones y Desarrollo*(12-13), 9-59.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y utopía*, (Segunda ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Nye, J. (1967). Corruption and Political Development: A Cost-benefit Analysis. *American Political Science Review*, 61(2), 414-427.

- Observatorio Anticorrupción. (30 de Noviembre de 2019). Casos Emblemáticos: Línea 1 del metro de Lima -Tramos 1 y 2. *Pontificia Universidad Católica del Perú*, 17. Obtenido de <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/02/03171725/reporte-metro-de-lima-noviembre-2019.pdf>
- Observatorio Transparencia y Anticorrupción. (18 de Septiembre de 2018). *Observatorio Transparencia y Anticorrupción*. Obtenido de Índice de Desempeño Fiscal - IDF: <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/indice-desempeno-fiscal.aspx>
- Ocampo Gaviria, J. A. (2017). *Historia económica de Colombia*. Bogotá D.C: Fondo de Cultura Económica.
- Ocampo, J. A. (2004). *Entre las reformas y el conflicto*. Bogotá: Norma.
- OECD. (2013). *TRANSPARENCY AND INTEGRITY IN LOBBYING*. Recuperado el 18 de Septiembre de 2019, de <https://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>
- Olson, M. (1982). *Auge y decadencia de las naciones*. Barcelona: Ariel.
- Olson, M. (1992). *La lógica de la acción colectiva*. México: Grupo Noriega editores.
- Operação Lava jato. Pedido de busca e apreensão criminal, N° 5001438-85.2014.404.700/PR.
- Ortiz Benavides, E. (2012). Efectos de la corrupción sobre la calidad de la salud y educación en Colombia 2004-2010. *Tendencias. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Nariño*, 13(1), 9-35.
- Osorio Baquero, I. (2014). Breve reseña histórica de las vías en Colombia. *Ingeniería Solidaria*, 10(17), 183-187.
- Ospina, G. A. (2004). *Estudio de Apoyo Sobre el Sector Transporte en Colombia*. Bogotá: Recent Economic Development in Infrastructure (REDI).

- Osterfeld, D. (1992). *Prosperity Versus Planning: How Government Stifles Economic Growth*. New York: Oxford University Press.
- Ostrom, E. (2000). *El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: Fondo de Cultura Económica .
- Ouchi, W. G., y Maguire, M. A. (1975). Organizational Control: Two Functions. *Administrative Science Quarterly*, 20(1), 559-569.
- Pachón, Á., y Ramírez, M. T. (2006). *La infraestructura de transporte en Colombia durante el siglo XX*. Bogotá: Banco de la República.
- Palacios, M. (2012). *Violencia Pública en Colombia, 1958-210*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica .
- Paul, S., Steedman, D., y Sutton, F. X. (7 de 31 de 1989). Building Capability for policy analysis. *Planning and Research Department working papers* (220). Recuperado el 15 de 10 de 2017, de <http://documents.worldbank.org/curated/en/362491468741392995/Building-capacity-for-policy-analysis>
- Perry , G., y Saavedra, V. (2018). Corrupción, crecimiento y desarrollo: elementos para una estrategia integral anticorrupción en Colombia. En G. Perry, V. Saavedra, F. Cepeda Ulloa, A. Hernández, M. Pachón, E. Ungar, . . . Villadiego, L. Villar, y D. Álvarez (Edits.), *Lucha integral contra la corrupción en Colombia: reflexiones y propuestas* (p. 17-46). Bogotá D.C: Fedesarrollo.
- Perry, G., y Saavedra, V. (2018). Corrupción, Crecimiento y Desarrollo, Elementos para una estrategia integral anticorrupción en Colombia. *Fedesarrollo*, 22p.
- Philp, M., y David-Barrett, E. (2015). Realism About Political Corruption. *Annual Review of Political Science*, 18, 387–402.

Pizzorno, A. (1992). La corruzione nel sistema político. En D. della Porta, *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia* (p. 368p). Il mulino.

Porta, D. d., y Vannucci, A. (1997). The 'Perverse Effects' of Political Corruption. *Political Studies*, 45(3), 516-538.

Portafolio. (05 de Julio de 2008). Renunciará el gerente del Instituto Nacional de Concesiones (Inco), Álvaro José Soto. Obtenido de <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/renunciara-gerente-instituto-nacional-concesiones-inco-alvaro-jose-soto-401776>

Posner, R. (1973). An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, 2(2), 399-458.

Posner, R. A. (1971). Taxation by Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2(1), 22-50.

Posner, R. A. (2002). El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. *THEMIS: Revista de Derecho*(44), 37-54.

Presidencia de la república. (2016). *Estatuto anticorrupción Ley 1474: Avances y desafíos tras cinco años de su expedición*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia. Recuperado el 16 de 10 de 2017, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Priest, G. L., y Klein, B. (1984). The Selection of Disputes for Litigation. *The Journal of Legal Studies*, 13(1), 1-55.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]. (2003). *El conflicto, callejón con salida. Informe nacional de desarrollo humano*. Bogotá: Panamericana.

Proyecto de Ley 1312, Diario oficial (Congreso de Colombia 9 de Julio de 2009).

Proyecto de Ley N° 150, Gaceta del congreso 741 (Senado de la República 24 de Septiembre de 2018).

Proyecto de Ley N° 94, Gaceta del congreso 536 (Senado de la República 24 de Septiembre de 2014).

Putnam, R. (1993). *Para hacer que la democracia funcione*. Maracaibo: Galac.

Rawls, J. (1971). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica .

Rawls, J. (1996). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.

RCN Radio. (13 de Enero de 2017). Exviceministra de Minas, Silvana Giaimo, se pronunció sobre postulación de Gabriel García Morales investigado en escándalo de Odebrecht. Obtenido de <https://www.rcnradio.com/colombia/caribe/exviceministra-de-minas-silvana-giaimo-se-pronuncio-sobre-postulacion-de-gabriel-garcia-morales-investigado-en-escandalo-de-odebrecht>

Reinganum , J. F., y Wilde, L. L. (1986). Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs. *The RAND Journal of Economics*, 17(4), 557-566.

Reis Mouráo, P. (2007). El Institucionalismo Norteamericano: Orígenes y Presente. *Revista de Economía Institucional*, 9(16), 315-325.

Resolución 641 (Ministerio de Transporte. Instituto Nacional de Concesiones 15 de Diciembre de 2009).

Resolución 67837 (Superintendencia de industria y comercio 13 de Septiembre de 2018).

Resolución N° 5216, Rad. 17-14777 (Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Superintendencia de industria y comercio 16 de Febrero de 2017). Obtenido de <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Boletin-juridico/2017/Resolucion5216Feb162017RUTADELSOL.pdf>

Revista Semana. (15 de Abril de 2016). Ruta del Sol demanda a la nación por \$700.000 millones.

Obtenido de <https://www.semana.com/economia/articulo/ruta-del-sol-hace-millonaria-demanda-contrala-nacion/469486>

Revista Semana. (21 de Enero de 2017). Las ironías del ex viceministro Gabriel García. Obtenido

de <http://www.semana.com/confidenciales/articulo/gabriel-garcia-ex-viceministro-de-transporte-acusado-de-soborno/513033>

Revista Semana. (15 de Enero de 2017). Los tres mosqueteros. *El lava jato colombiano*, p. 100.

Revista Semana. (11 de Agosto de 2019). Dólar de vertigo. El coletazo de odebrecht.

Revista Semana. (04 de Agosto de 2019). Santos y la ruta del sol.

Ribero García, A. M., y Becerra Mantilla, E. L. (2016). *Inversión en infraestructura vial regional:*

una mirada neoinstitucional al departamento de Santander (Tesis de pregrado Economía).

Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

Ríos, L. F. (1999). *Psicología de la corrupción y de los corruptos*. Granada: Universidad Santiago de Compostela.

Robledo, J. (25 de Abril de 2017). La verdad total sobre Odebrecht | El debate | Transcripción +

Video. *Intervención del senador Jorge Enrique Robledo, plenaria del Senado, en el debate sobre Odebrecht y la corrupción*. Obtenido de <https://jorgerobledo.com/la-verdad-total-sobre-odebrecht-el-debate-transcripcion-video/>

Robledo, J. (18 de Septiembre de 2018). *Extractos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia*

en contra del exsenador Bernardo Miguel Elías Vida. Obtenido de Jorge Robledo Web:

<https://jorgerobledo.com/los-contratos-ficticios-y-la-sentencia-de-la-csj-en-contra-de-bernardo-elias/>

Robledo, J. E. (2016). *La corrupción en el poder y el poder de la corrupción en Colombia* (Vol. 1). Bogotá, Colombia: Penguin Random House.

Rodríguez Espitia, D. (16 de Noviembre de 2016). La alta rotación de los apoderados lleva a la improvisación en las audiencias. *Comunicado de Prensa, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*, p. 17 Parr. Recuperado el 2 de Diciembre de 2018, de <https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/161116.aspx>

Romero Mera, C. A. (2014). *Historia de la interventoría en Colombia elementos de su evolución*. Bogotá D.C: Universidad de los Andes. facultad de Ingeniería. Departamento de Ingeniería Civil.

Rook, L. (2007). Un enfoque económico psicológico del comportamiento de rebaño. *Cuadernos de Economía*, 26(46), 201-233. Recuperado el 11 de Octubre de 2018, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttextpid=S0121-47722007000100008yln=enytlng=es.

Rose Ackerman, S. (1996). *The Political Economy of Corruption-Causes and Consequences*. Washington, DC: Viewpoint, note no. 74. World Bank Group. Recuperado el 12 de Marzo de 2018, de <http://documents.worldbank.org/curated/en/231001468762302694/The-political-economy-of-corruption-causes-and-consequences>

Rose-Ackerman, S. (1975). The Economics of Corruption. *Journal of Public Economics*, 4(2), 187-203.

Rose-Ackerman, S. (1999). *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reforms*. New York: Cambridge University Press.

- Rufyikiri, G. (2016). Grand Corruption in Burundi: a collective action problem which poses major challenges for governance reforms. *Institute of Development Policy and Management [IOB], University of Antwerp*.
- Rufyikiri, G. (2016). *Grand Corruption in Burundi: a collective action problem which poses major challenges for governance reforms*. Belgium: Institute of Development Policy and Management [IOB], University of Antwerp. Recuperado el 18 de Septiembre de 2018, de <https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container2673/files/Publications/WP/2016/08-Rufiyikiri.pdf>
- Rutherford, M. (2001). Institutional economics: then and now. *The Journal of Economic Perspectives*, 15(3), 173-194.
- Saavedra, V., y Conde, F. (2018). Anexos - Descentralización y corrupción en Colombia. En G. Perry, V. Saavedra, F. Cepeda Ulloa, A. Hernández, M. Pachón, E. Ungar, . . . Villadiego, *Lucha Integral Contra la Corrupción en Colombia. Reflexiones y Propuestas*. Bogotá: Fedesarrollo. Recuperado el 18 de Septiembre de 2018, de https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3642/Anexos_Cap%C3%ADtulo4_II_Saavedra%20y%20Conde.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Saavedra, V., y Conde, F. (2018). Descentralización y Corrupción en Colombia. En G. Perry, V. Saavedra, F. Cepeda Ulloa, A. Hernández, M. Pachón, E. Ungar, . . . Villadiego, *Lucha Integral Contra la Corrupción en Colombia. Reflexiones y Propuestas* (p. 249-294). Bogotá D.C: Fedesarrollo.
- Saiz Vélez, J. E., Mantilla Bautista , S. I., y Cárdenas Beltrán, J. M. (2012). Efectos de la corrupción sobre la criminalidad, el crecimiento económico y la pobreza: una evidencia para seis departamentos de Colombia. *Criterio Libre*, 10(16), 43-66.

- Saiz, J. E., y Jiménez, S. R. (2008). Capital social: una revisión del concepto. *Revista CIFE: Lecturas de economía social*, 250-263.
- Salama, P., y Valier, J. (1995). Corrupción y pobreza. *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, I(4), 45-67.
- Salcedo-Albarán, E., y Garay-Salamanca, L. (2019). Lava Jato Colombia. *The Global Observatory of Transnational Criminal Networks*, 1-43. Obtenido de <https://humanitas360.org/wp-content/uploads/LAVA-JATO-COLOMBIA-1-2.pdf>
- Sánchez Rodríguez, Á. (2005). *El Campesino Elocuente*. Ediciones ASADE (Asociación Andaluza de Egiptología).
- Sánchez Acosta, A. M. (2016). Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 42-2016 / 157-162. *Actualidad Jurídica*, 42, 157-162.
- Sandler, T., y Tschirhart, J. (1997). Club Theory: Thirty Years Later. *Public Choice*, 93(3-4), 335-355.
- Sanfey, A. G., Rilling, J. K., Aronson, J. A., Nystrom, L. E., y Cohen, J. D. (2003). The neural basis of economic decision-making in the Ultimatum Game. *Science*, 300(5626), 1755-1758.
- Schelling, T. C. (1960). *The Strategy of Conflict* (Editorial TECNOS S.A. Madrid, 1964 ed.). (A. Martin, Trad.) Cambridge: Harvard University Press.
- Schelling, T. C. (1989). *Micromotivos y macroconducta*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Schnaida, I. (01 de Agosto de 2019). La casualidad ya mató a 9 testigos. *La oreja roja*. Recuperado el 2019 de Septiembre de 01, de <https://www.laorejaroja.com/la-casualidad-mato-a-los-testigos5/>

- Schramm , M., y Taube, M. (2005). Private ordering of corrupt transactions: The case of the Chinese guanxi networks and their challenge by a formal legal system. En J. G. Lambsdorff, M. Taube, y M. Schramm, *The New Institutional of Corruption* (p. 181-197). London and New York: Routledge.
- Schulze, G. G., y Frank, B. (2003). Deterrence Versus Intrinsic Motivation: Experimental Evidence on the Determinants of Corruptibility. *Economics of Governance*, 4(2), 143-60.
- Seligson, M. (2001). *Transparency and Anti-corruption Activities in Colombia: A Survey of Citizen Experiences*. Pittsburgh: University of Pittsburgh.
- Sen, A. (1987). *On Ethics and Economics*. Oxford: Basil Blackwell.
- Sentencia 25750. (2 de Mayo de 2014). *Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C*. Bogotá D.C: [CP Enrique Gil Botero].
- Sentencia C-095, Demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 4º, 5º, 6º, 9º, 11, 12 y 15 y los párrafos 1º (parcial) y 3º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Sala Plena de la Corte Constitucional 14 de Febrero de 2007).
- Sentencia C-334, Concierto para delinquir y entrenamiento para actividades ilícitas. Circunstancias de agravación punitiva de conductas cometidas por miembros activos o retirados de la fuerza pública o de organismos de seguridad del estado (Sala Plena de la Corte Constitucional 13 de Junio de 2013).
- Sentencia C-709 , Revista jurisprudencia y doctrina. N° 303 DE MARZO DE 1997, P.307 (Corte Constitucional 9 de Diciembre de 1996).
- Serra, D., y Wantchekon, L. (2012). *New Advances in Experimental Research on Corruption*. Bingley: Emerald Group.

- Serrano Cuervo, A. (2014). *Corrupción en la contratación pública en Colombia. Trabajo de grado presentado como requisito para optar Al título de especialista en alta gerencia*. Bogotá D.C: Universidad Militar de Nueva Granada.
- Shleifer, A., y Vishny, R. (1993). Corruption. *Quarterly Journal of Economics* , 108(3), 599-617.
- Shleifer, A., y Vishny, R. W. (1993). Corruption. *The Quarterly Journal of Economics*, 108(3), 599-617.
- Shleifer, A., y Vishny, R. W. (1993). Shleifer, A. y Vishny, R.W. (1993). Corruption. The Quarterly Journal of. *The Quarterly Journal of Economics*, 108(3), 599-617.
- Siles, M. (2003). El paradigma del capital social. En I. Arriagada, y F. Miranda, *Capital social: potencialidades analíticas y metodológicas para la superación de la pobreza. [Seminario taller “Capital social, una herramienta para los programas de superación de la pobreza urbana y rural”]* (p. 39-48). Santiago de Chile: CEPAL: División de Desarrollo Social.
- Simon, H. (1986). Rationality in Psychology and Economics. (R. M. Hogarth, y M. W. Reder, Edits.) *The Behavioral Foundations of Economic Theory. The Journal of Business*, 59(4), S209-S224.
- Simon, H. A. (1982). *El Comportamiento Administrativo. Estudio de los procesos decisorios en la organización administrativa*. Madrid, España: Aguilar S.A.
- Smith, A. (1997). *Teoría de los sentimientos morales*. (C. Rodríguez Braun, Ed., y E. O’Gorman, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- Smith, A. (2013). *La teoría de los sentimientos morales* (Tercera ed.). (E. O’Gorman, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- Solimano, A. (2008). La corrupción: motivaciones individuales, fallas del estado y desarrollo. En A. Solimano, V. Tanzi, y F. Del Solar, *Las Termitas del Estado: Ensayos sobre*

- Corrupción, Transparencia y Desarrollo* (p. 57-88). Chile: Fondo de Cultura Económica Chile S.A.
- Solís Delgadillo, D. (2017). Hacia una definición del concepto grupo de interés. *Perfiles latinoamericanos*, 25(50), 83-101.
- Soto, R. (2003). La corrupción desde una perspectiva económica. *Pontificia Universidad Católica de Chile, Instituto de Economía*, Documento de Trabajo N° 234.
- Stigler, G. J. (1970). The Optimum Enforcement of Laws. *National Bureau of Economic Research*, 78(3), 55-67.
- Suarez Salazar, S. (2014). *El Lobby y su Funcionamiento Como Practica Informal en el Congreso de la Republica de Colombia [Tesis]*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Suarez Salazar, S. (2015). *El Lobby y su Funcionamiento Como Practica Informal en el Congreso de la Republica de Colombia [Tesis]* . Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana .
- Svensson, J. (2005). Eight questions about corruption. *Journal of economic perspectives*, 19(3), 19-42.
- Tanzi , V., y Davoodi, H. R. (1997). Corruption, Public Investment, and Growth. *International Monetary Found [Working Paper WP/97/139]*, 23p.
- Tanzi, V. (1998). Corruption Around the World Causes, Consequences, Scope, and Cures. *IMF Staff Papers*, 45(4), 559-594.
- Tanzi, V. (2008). La corrupción en la actividad económica. En A. Solimano, V. Tanzi, y F. Del Solar, *Las Termitas del Estado: Ensayos sobre Corrupción, Transparencia y Desarrollo* (p. 23-56). Chile: Fondo de Cultura Económica Chile S.A.

- Tanzi, V. (2008). La Corrupción y la Actividad Económica. En A. Solimano, *Las Termitas del Estado: Ensayos sobre Corrupción, Transparencia y Desarrollo* (I. Solimano R, Trad., p. 23-56). Santiago, Chile: Fondo de Cultura Económica Chile S.A.
- Thaler, R. (2016). *The making of Behavioral Economics Misbehaving* (Cuarta ed.). (I. Barbeitos, Trad.) Barcelona: Deusto, Grupo Editorial Planeta .
- Thaler, R. H. (2018). *The making of Behavioral Economics Misbehaving* (Cuarta ed.). (I. Barbeitos, Trad.) Bogotá, Colombia: Deusto, Grupo Editorial Planeta.
- The World Economic Forum. (2017). *The Global Competitiveness Report 2017–2018*. Geneva: World Economic Forum.
- Thompson, D. F. (2013). Two concepts of corruption. *Edmond J. Safra Research Lab Working Papers*(16).
- Thoumi, F. E. (1998). Colombia: del espejismo del desarrollo a la crisis política y social. *Revista de Economía del Rosario*, 1(1), 11-31.
- Thoumi, F. E. (1999). La relación entre corrupción y narcotráfico: un análisis general y algunas referencias a Colombia. *Revista de economía de la Universidad del rosario*, 11-33.
- Transparency International . (1 de Noviembre de 2018). *Corruption perceptions index*. Obtenido de Transparency International: <https://www.transparency.org/research/cpi>
- Transparency International [TI]. (2000). Confronting Corruption. *Transparency International (TI)*, 392p.
- Transparency International. (2009). *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*. Recuperado el 20 de Abril de 2018, de <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>

- Transparency International. (18 de Septiembre de 2018). *Transparency International - The Global Anti-corruption Coalition*. Obtenido de Anti-corruption Glossary: <https://www.transparency.org/glossary/term/corruption>
- Treisman , D. (2000). The causes of corruption: a cross-national study. *Jopurnal of Public Economics*, 399-457.
- Trigo, J. (1987). Auge y decadencia de las naciones. *Cuadernos de Economía*, 15(43), 331-335.
- Trivers, R. L. (1971). The Evolution of Reciprocal Altruism. *The Quarterly Review of Biology*, 46(1), 35-57.
- Tullock, G. (1959). Some problems of majority voting. *Journal of Political Economy*, 67(6), 571-579.
- Tullock, G. (1967). The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. *Western Economic Journal*, 5(3), 224-232.
- Tversky, A., y Kahneman, D. (1974). Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185(4157), 1124-1131.
- United states district court eastern of New York. (2016). WMP/DK:JN/AS F. #2016R00709. 29. Obtenido de <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919911/download>
- Uslaner, E. M. (2005). Trust and corruption. En J. J. Lambsdorff, M. Taube , y M. Schramm, *The New Institutional Economics of Corruption* (p. 76-92). New York: Routledge: Taylor y Francis Group.
- Valdés Perpiñan, J. P. (2012). *Sobrepagos en la contratación estatal. Tesis de Grado Maestria en Derecho Administrativo*. Bogotá D.C: Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.Facultad de Jurisprudencia .

- Vanguardia Liberal. (23 de Enero de 2019). “Así empezó mi degeneramiento moral”: García Morales sobre Odebrecht. Obtenido de <https://www.vanguardia.com/colombia/asi-empezo-mi-degeneramiento-moral--garcia-morales-sobre-odebrecht-EN359204>
- Veblen, T. (1914). *The instinct of workmanship, and the state of the industrial arts*,. New York: Augustus Kelley.
- Veblen, T. (1914). *The instinct of workmanship, and the state of the industrial arts*,. New York: Augustus Kelley. Recuperado el 16 de Febrero de 2019, de <http://www.searchengine.org.uk/ebooks/49/55.pdf>
- Veblen, T. (1963). *The Portable Veblen*. (M. Lerner, Ed.) Nueva York: The Viking Press.
- Veblen, T. (1971). *Teoría de la clase ociosa*. México: Fondo de Cultura Económica.
- W Radio. (23 de Enero de 2019). Juan Manuel Barraza responde tras mención en juicio por caso Odebrecht. Obtenido de <https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/juan-manuel-barraza-responde-tras-mencion-en-juicio-por-caso-odebrecht/20190123/nota/3853812.aspx>
- Weber, M. (2011). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Wei, S. J. (2000). How Taxing is Corruption on International Investors? *The Review of Economics and Statistics*, 82(1), 1-11.
- Wiesner Durán, E. (1997). *La Efectividad de las Políticas Públicas en Colombia - Un análisis neoinstitucional*-. Bogotá D.C, Colombia: Tercer Mundo Editores en Coedición con el Departamento Nacional de Planeación.
- Williams, , G. C. (1971). *Group Selection*. New York: Routledge.

- Williamson, O. (1991). Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrative Science Quarterly*, 36(2), 269-296.
- Williamson, O. E. (1983). Credible commitments: Using hostages to support exchange. *American Economic Review*, 73(4), 519-540.
- Williamson, O. E. (1983). *Marquets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. Nueva York.: The Free Press, original: 1975.
- Williamson, O. E. (1983). *The economic Institution of Capitalism*". Nueva York: The Free Press.
- Williamson, O. E. (1990). *Transaction Costs Economics*. Amsterdam.: Handbook of Industrial Organization.
- Williamson, O. E. (1991). *Mercados y Jerarquías: Su análisis y sus implicaciones antitrust*. (E. Niño de la Selva, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Williamson, O. E. (1996). La Lógica de la Organización Económica. En O. E. Williamson, y S. G. Winter, *La Naturaleza de la Empresa: Orígenes, Evolución y Desarrollo* (p. 126-162). México, D.F: Fondo de Cultura Económica .
- Williamson, O. E. (2013). *Las Instituciones Económicas del Capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- World Bank. (1997). *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*. Washington: World Bank.
- World Justice Project . (2018). *Rule of Law Index 2018*. Washington: World Justice Project.
- World Justice Project. (2018). *WJP Rule of Law Index 2018 Methodology*. Washington: World Justice Project.
- Zuckerman, M., DePaulo, B. M., y Rosenthal, R. (1981). Verbal and nonverbal communication of deception. (L. Berkowitz , Ed.) *Advances in experimental social psychology*, 14, 1-59.

Zuleta , M. M., Saavedra , V., y Medellín, J. C. (2018). Contratación, compras públicas y riesgos de corrupción en el nivel central y descentralizado. En G. Perry, V. Saavedra, F. Cepeda Ulloa, A. Hernández, M. Pachón, E. Ungar, . . . Villadiego, L. Villar, y D. Álvarez (Edits.), *Lucha integral contra la corrupción en Colombia: reflexiones y propuestas* (p. 155-248). Bogotá D.C: Fedesarrollo.

Apéndices

Apéndice a. Formas de corrupción y tipo de delito penal

Forma de corrupción	Tipo penal relacionado	Falta disciplinaria relacionada
Soborno	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cohecho propio (Artículo 405 C.P) 2. Cohecho impropio (Artículo 406 C.P) 3. Cohecho por dar u ofrecer (Artículo 407 C.P) 4. Soborno transnacional (Artículo 433 C.P) 5. Soborno (Artículo 444 C.P) 6. Soborno en la actuación penal (Artículo 444A C.P) 7. Corrupción privada (Artículo 250A C.P) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aceptar, sin permiso de la autoridad correspondiente, cargos, honores o recompensas provenientes de organismos internacionales o gobiernos extranjeros, o celebrar contratos con estos, sin previa autorización del Gobierno. (Numeral 4 del artículo 35 C.D.U) 2. Ejercer cualquier clase de coacción sobre servidores públicos o sobre particulares que ejerzan funciones públicas, a fin de conseguir provecho personal o para terceros, o para que proceda en determinado sentido. (Numeral 17 del artículo 35 C.D.U) 3. Ofrecer el servidor público, directa o indirectamente, la vinculación de recomendados a la administración o la adjudicación de contratos a favor de determinadas personas, con ocasión o por razón del trámite de un proyecto legislativo de interés para el Estado o solicitar a los congresistas, diputados o concejales tales prebendas aprovechando su intervención en dicho trámite. (Numeral 41 del artículo 48 C.D.U) 4. Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas a los servidores públicos o particulares para obtener beneficios personales que desvíen la transparencia en el uso de los recursos públicos. (Numeral 6 del artículo 45 C.D.U) (falta disciplinaria para particulares que cumplen función pública)
Extorsión	<ol style="list-style-type: none"> 1. Concusión (Artículo 404 C.P) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Solicitar, directa o indirectamente, dádivas, agasajos, regalos, favores o cualquier otra clase de beneficios. (Numeral 3 del artículo 35 C.D.U)
Forma de corrupción	Tipo penal relacionado	Falta disciplinaria relacionada
Apropiación de bienes públicos y bienes de uso privado	<ol style="list-style-type: none"> 1. Peculado por apropiación (Artículo 397 C.P) 2. Peculado por uso (Artículo 398 C.P) 3. Peculado por aplicación oficial diferente (Artículo 399 C.P) 4. Peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social (Artículo 399A C.P) 5. Peculado culposo (Artículo 400 C.P) 6. Peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral (Artículo 400A C.P) 7. Omisión del agente retenedor o recaudador (Artículo 402 C.P) 8. Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos (Artículo 403 C.P) 9. Fraude de subvenciones (Artículo 403A C.P) 10. Enriquecimiento ilícito (Artículo 412 C.P) 11. Administración desleal (Artículo 250B C.P) 12. Evasión fiscal (Artículo 313 C.P) 21 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos. (Numeral 15 del artículo 35 C.D.U) 2. Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga. (Numeral 3 del artículo 48 C.D.U) 3. Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley. (Numeral 20 del artículo 48 C.D.U) 4. Autorizar o pagar gastos por fuera de los establecidos en el artículo 346 de la Constitución Política. (Numeral 21 del artículo 48 C.D.U) 5. Ordenar o efectuar el pago de obligaciones en exceso del saldo disponible en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC). (Numeral 23 del artículo 48 C.D.U) 6. No efectuar oportunamente e injustificadamente, salvo la existencia de acuerdos especiales de pago, los descuentos o no realizar puntualmente los pagos por concepto de aportes patronales o del servidor público para los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema integrado de seguridad social, o, respecto de las cesantías, no hacerlo en el plazo legal señalado y en el orden estricto en que se hubieren radicado las solicitudes. De igual forma, no presupuestar ni efectuar oportunamente el pago por concepto de aportes patronales correspondiente al 3% de las nóminas de los servidores públicos al ICBF. (Numeral 28 del artículo 48 C.D.U) 7. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. (Numeral 31 del artículo 48 C.D.U) 8. No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento. (Numeral 34 del artículo 48 C.D.U) 9. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente. (Numeral 4 del artículo 45 C.D.U) (falta disciplinaria para particulares que cumplen función pública) 10. Cobrar por los servicios derechos que no correspondan a las tarifas autorizadas en el arancel vigente, o hacerlo por aquellos que no causen erogación. (Numeral 5 del artículo 45 C.D.U) (falta disciplinaria para particulares que cumplen función pública)

Forma de corrupción	Tipo penal relacionado	Falta disciplinaria relacionada
Fraude	<ol style="list-style-type: none"> 1. Prevaricato por acción (Artículo 413 C.P) 2. Prevaricato por omisión (Artículo 414 C.P) 3. Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (Artículo 416 C.P) 4. Abuso de autoridad por omisión de denuncia (Artículo 417 C.P) 5. Abuso de función pública (Artículo 428 C.P) 6. Interés indebido en la celebración de contratos (Artículo 409 C.P) 13. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales (Artículo 410 C.P) 14. Omisión de control (Artículo 325 C.P) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante. (Numeral 8 del artículo 45 C.D.U) (falta disciplinaria para particulares que cumplen función pública) 2. Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo. (Numeral 9 del artículo 45 C.D.U) (falta disciplinaria para particulares que cumplen función pública)
Tráfico de influencias	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tráfico de influencias de servidor público (Artículo 411 C.P) 2. Tráfico de influencias de particular (Artículo 411A C.P) 3. Intervención en política (Artículo 422 C.P) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley. (Numeral 39 del artículo 48 C.D.U) 2. Utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista. (Numeral 40 del artículo 48 C.D.U) 3. Influir en otro servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita. (Numeral 42 del artículo 48 C.D.U)
Conflictos de interés	<ol style="list-style-type: none"> 1. Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (Artículo 421 C.P) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Constituirse en acreedor o deudor de alguna persona interesada directa o indirectamente en los asuntos a su cargo, de sus representantes o apoderados, de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o de su cónyuge o compañero o compañera permanente. (Numeral 10 del artículo 35 C.D.U) 2. Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado. (Numeral 22 del artículo 35 C.D.U) 3. Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo. (Numeral 25 del artículo 35 C.D.U) 4. Adquirir directamente o por interpuesta persona bienes que deban ser enajenados en razón de las funciones de su cargo, o hacer gestiones para que otros los adquieran. (Numeral 51 del artículo 48 C.D.U) 5. No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto. (Numeral 46 del artículo 48 C.D.U)
Forma de corrupción	Tipo penal relacionado	Falta disciplinaria relacionada
Nepotismo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (Artículo 408 C.P) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación. (Numeral 18 del artículo 35 C.D.U) 2. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurre causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses. (Numeral 17 del artículo 48 C.D.U) 3. Contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que desempeña violando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señaladas en las normas vigentes. (Numeral 18 del artículo 48 C.D.U) 4. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental. (Numeral 30 del artículo 48 C.D.U) 5. La violación al régimen de impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. (artículo 50 C.D.U) 6. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses establecidos en la Constitución o en la ley. (Numeral 2 del artículo 45 C.D.U) (falta disciplinaria para particulares que cumplen función pública)
Colusión privada	<ol style="list-style-type: none"> 1. Acuerdos restrictivos de la competencia (Artículo 410A C.P) 	
Uso de información privilegiada para tomar decisiones económicas o sociales privadas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Utilización indebida de información privilegiada (Artículo 258 C.P) 2. Utilización de asunto sometido a secreto o reserva (Artículo 419 C.P) 3. Utilización indebida de información oficial privilegiada (Artículo 420 C.P) 4. Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (Artículo 431 C.P) 5. Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (Artículo 432 C.P) 6. Revelación de secreto (Artículo 418 C.P) 7. Revelación de secreto culposa (Artículo 418B C.P) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Dar lugar al acceso o exhibir expedientes, documentos o archivos a personas no autorizadas. (Numeral 21 del artículo 35 C.D.U)
Lavado de activos	<ol style="list-style-type: none"> 1. Lavado de activos (Artículo 323 C.P) 	

Apéndice b. Penas por motivos de corrupción

Norma	Resumen	Competencia	Responsables	Sanciones
Ley 599 / 2000	Por la cual se expide el Código Penal. Título XV. Delitos contra la administración pública	Fiscalía o el juez penal ordinario.	La ley penal colombiana se aplica a toda persona que la infrinja en el territorio nacional , salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.	<p>Cohecho propio:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de cinco (5) a ocho (8) años *Multa de cincuenta (50) a cien (100) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. <p>Cohecho impropio:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de cuatro (4) a siete (7) años *Multa de cincuenta (50) a cien (100) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. <p>Cohecho por dar u ofrecer:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de tres (3) a seis (6) años *Multa de cincuenta (50) a cien (100) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. <p>Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de cuatro (4) a doce (12) años *Multa de cincuenta (50) a doscientos (200) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años. <p>Interés indebido en la celebración de contratos:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de cuatro (4) a doce (12) años *Multa de cincuenta (50) a doscientos (200) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años. <p>Contrato sin cumplimiento de requisitos legales:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de cuatro (4) a doce (12) años *Multa de cincuenta (50) a doscientos (200) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años. <p>Soborno transnacional.</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de seis (6) a diez (10) años *Multa de cincuenta (50) a cien (100) SMLMV
				<p>Peculado por apropiación:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de seis (6) a quince (15) años. *Multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. <p>Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) SMLMV dicha pena se aumentará hasta en la mitad.</p> <p>*La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) SMLMV la pena será de cuatro (4) a diez (10) años</p> <ul style="list-style-type: none"> *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término *Multa equivalente al valor de lo apropiado. <p>Peculado por uso:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de uno (1) a cuatro (4) años *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. <p>Peculado por aplicación oficial diferente:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de uno (1) a tres (3) años *Multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término <p>Peculado culposo:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión (1) a tres (3) años *Multa de diez (10) a cincuenta (50) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado. <p>Omisión del agente retenedor o recaudador:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de tres (3) a seis (6) años *Multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) SMLMV <p>Tráfico de influencias de servidor público:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de cuatro (4) a ocho (8) años *Multa de cien (100) a doscientos (200) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

Norma	Resumen	Competencia	Responsables	Sancciones
Ley 599 / 2000	Por la cual se expide el Código Penal. Título XV. Delitos contra la administración pública	Fiscalía o el juez penal ordinario.	La ley penal colombiana se aplica a toda persona que la infrinja en el territorio nacional , salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.	<p>Enriquecimiento ilícito:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de seis (6) a diez (10) años *Multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años. <p>Prevaricato por acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de tres (3) a ocho (8) años *Multa de cincuenta (50) a doscientos (200) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. <p>Prevaricato por omisión:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de dos (2) a cinco (5) años *Multa de diez (10) a cincuenta (50) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años. <p>Circunstancia de agravación punitiva:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos.
Ley 599 / 2000	Por la cual se expide el Código Penal. Título XV. Delitos contra la administración pública	Fiscalía o el juez penal ordinario.	La ley penal colombiana se aplica a toda persona que la infrinja en el territorio nacional , salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.	<p>Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la misma no constituya delito sancionado con pena mayor. <p>Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Multa y pérdida del empleo o cargo público. <p>Abuso de autoridad por omisión de denuncia:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Multa y pérdida del empleo o cargo público. <p>Revelación de secreto:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Multa y pérdida del empleo o cargo público. Si resultare en perjuicio: *uno (1) a tres (3) años de prisión *Multa de quince (15) a sesenta (60) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años. <p>Utilización de asunto sometido a secreto o reserva.:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor. <p>Utilización indebida de información oficial privilegiada:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Multa y pérdida del empleo o cargo público. <p>Asesoramiento y otras actuaciones ilegales.:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Multa y pérdida del empleo o cargo público. Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Público. *Prisión de uno (1) a tres (3) años *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años. <p>Intervención en política.</p> <ul style="list-style-type: none"> *Multa y pérdida del empleo o cargo público. <p>Empleo ilegal de la fuerza pública:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa diez (10) a cincuenta (50) SMLMV *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. <p>Omisión de apoyo:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Prisión de uno (1) a cuatro (4) años *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años. <p>Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Multa <p>Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública:</p> <ul style="list-style-type: none"> *Multa

Apéndice c. Sanciones disciplinarias por soborno transnacional

Norma	Resumen	Competencia	Responsables	Sanciones
Ley 1778/2016	Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales	Superintendencia de Sociedades	<p>Personas jurídicas que por medio de uno o varios: (i) empleados,(ii) contratistas,(iii) administradores, o(iv) asociados, propios o de cualquier persona jurídica subordinada: (i) den,(ii) ofrezcan, o(iii) 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; (i) realice, (ii) omita, (iii) o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional.</p>	<ol style="list-style-type: none"> Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años. Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años.

Norma	Resumen	Competencia	Graduación	Beneficio por colaboración
Ley 1778/2016	Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales	Superintendencia de Sociedades	<ol style="list-style-type: none"> El beneficio económico obtenido o pretendido por el infractor. La mayor o menor capacidad patrimonial del infractor. La reiteración de conductas. La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión y la conducta procesal del investigado. La utilización de medios o de persona interpuesta para ocultar la infracción, los beneficios obtenidos o el dinero, bienes o servicios susceptibles de valoración económica, o cualquier beneficio o utilidad, ofrecido o entregado a un funcionario público nacional o extranjero, o cualquiera de los efectos de la infracción. El reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas. La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley. El grado de cumplimiento de las medidas cautelares. Haber realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo a un proceso de fusión, escisión, reorganización o adquisición del control en el que esté involucrada la sociedad que cometió la infracción. Haber puesto en conocimiento de las autoridades mencionadas en la presente ley la comisión de las conductas enunciadas en el artículo 2º por parte de empleados, representante legal o accionistas, conforme a lo previsto en el artículo 19 de esta ley. 	<p>Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la sanción. Teniendo en cuenta los siguientes criterios:</p> <p>a) La calidad y utilidad de la información suministrada a la Superintendencia para el esclarecimiento de los hechos, para la represión de las conductas y para determinar la modalidad, duración y efectos de la conducta ilegal, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio que hubiera obtenido con ella.</p> <p>b) La oportunidad en que la Superintendencia reciba la colaboración.</p>

Apéndice d. Sanciones disciplinarias

Norma	Resumen	Clasificación de las sanciones	Criterios para determinar gravedad o levedad de la falta.	Clases de sanciones
Ley 734/2002	Código disciplinari o único	*Gravísimas *Graves *Leves	<ol style="list-style-type: none"> El grado de culpabilidad. La naturaleza esencial del servicio. El grado de perturbación del servicio. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas. Los motivos determinantes del comportamiento. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave. 	<ol style="list-style-type: none"> Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas. Suspensión, para las faltas graves culposas. Multa, para las faltas leves dolosas. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas. <p>Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones</p>

Apéndice e. Proyectos de Ley que han intentado regular el cabildeo en Colombia

Número del proyecto de Ley	Título	Autor	Estado
55 de 1995	Por la cual se reglamentan las actividades de cabildeo	Germán Vargas Lleras	Archivado en debate
44 de 1996	Por la cual se reglamentan las actividades de cabildeo	Germán Vargas Lleras	Archivado en debate
49 de 1999	Por la cual se reglamentan las actividades de cabildeo	Germán Vargas Lleras	Archivado en debate
171 de 2001	Por la cual se reglamentan las actividades de cabildeo	Germán Vargas Lleras	Archivado por Tránsito de Legislatura
46 de 2001	Por la cual se reglamentan las actividades de cabildeo	Germán Vargas Lleras	Archivado en debate
171 de 2003	Por la cual se reglamenta la actividad profesional de cabildeo	Germán Vargas Lleras	Archivado por Tránsito de Legislatura
72 de 2003	Por la cual se reglamentan las actividades de cabildeo	Germán Vargas Lleras	Archivado en Debate
59 de 2005	Por la cual se reglamentan las actividades de cabildeo	Germán Vargas Lleras	Archivado por Tránsito de Legislatura
68 de 2009	Por la cual se desarrolla el artículo 144 de la Constitución Política y se reglamentan las actividades de cabildeo.	Elsa Gladys Cifuentes Aranzazu	Archivado por Tránsito de Legislatura
67 de 2010	Por la cual se garantiza el principio de transparencia de los servidores públicos en el proceso de toma de decisiones. (Cabildeo).	Simon Gaviria Muñoz, Fabio Raúl Amín Saleme, Alfonso Prada Gil, Alfredo Rafael Deluque Zuleta, Rosmery Martínez Rosales, Angel Custodio Cabrera Baez, Miguel Amín Escaf, Javier Enrique Caceres Leal, Manuel Guillermo Mora Jaramillo, Juan Manuel Galan Pachon.	Archivado por Tránsito de Legislatura
142 de 2010 (ART. 58-61)	Proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública		Sancionado como Ley Ley 1474 de 2011. Se eliminaron los artículos 58, 59 y 61 que definían el cabildeo, obligaban al registro público y prohibían (i) defender o representar, de manera simultánea, intereses opuestos o contradictorios, aunque se haga ante autoridades o instancias distintas y (ii) Entregar directamente o por interpuesta persona beneficios de carácter económico frente al que se realice el cabildeo. Quedando aprobado: Acceso a la información. La autoridad competente podrá requerir, en cualquier momento, informaciones o antecedentes adicionales relativos a gestiones determinadas, cuando exista al menos prueba sumaria de la comisión de algún delito o de una falta disciplinaria
94 de 2014	Por la cual se regula el ejercicio de cabildeo y se crea el registro único público de cabilderos.	Carlos Fernando Galán Pachón	Archivado por Tránsito de Legislatura
150 de 2014	Por la cual se garantiza el principio de transparencia de los servidores públicos en el proceso de toma de decisiones.	Alfredo Rafael Deluque Zuleta	Archivado por Tránsito de Legislatura
97 de 2016	Por la cual se regula el ejercicio del cabildeo y se dictan otras disposiciones.	Carlos Fernando Galan Pachon, Oscar Mauricio Lizcano Arango, Rosmery Martínez Rosales, Ivan Duque Marquez, Juan Manuel Galan Pachon	Archivado por transito de legislatura
150 de 2018	Por medio del cual se regula el cabildeo y se crea el registro público nacional de cabilderos.	José David Name Cardozo, Rodrigo Lara Restrepo	Archivado por transito de legislatura

Apéndice f. Marco normativo contratación pública en Colombia

Marco normativo de la contratación estatal en Colombia	
Ley 80 de 1993	Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
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
Ley 996 de 2005	Ley de garantías. Regula la contratación estatal en épocas de elecciones
Decreto Ley 4170 de 2011	Por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, como ente rector encargado de desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado
Decreto 92 de 2017	Reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.
Ley 970 de 2005	Normas anticorrupción Adopción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
Ley 1474 de 2011	Estatuto anticorrupción: Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública
Documento Conpes 167 de 2013	Estrategia Nacional De La Política Pública Integral Anticorrupción

Apéndice g. Personas relacionadas caso Odebrecht: Ruta del sol II y otrosí No.6

Item	Nombre	Estado de su proceso en la Fiscalía	Actividad	Resumen	Caso concreto
1	Eduardo Ghisays Manzur	Condenado	Empresario	Ayudó a Gabriel García Morales a lavar y dirigir la plata que recibió por el soborno de Odebrecht. Buscó un principio de oportunidad y terminó condenado el 31 de julio a siete años de cárcel y una multa de 14900 salarios mínimos (casi 11 mil millones de pesos) por lavado de activos y enriquecimiento ilícito	Ruta del Sol II
2	Enrique Ghisays Manzur	Condenado	Empresario	Ghisays ayudó a García Morales a lavar y dirigir la plata que recibió por el soborno de Odebrecht. Ya se declaró culpable y se allanó a los cargos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito. Tendrá que pagar no siete sino 10 años en prisión; y en vez de 14.000 salarios mínimos mensuales de multa, 35.000 (que son más de \$27.000 millones)	Ruta del Sol II
3	Gabriel García Morales	Condenado	Viceministro de Transporte de para ganar el tramo 2 de la Ruta del Sol. Es decir, fue la pieza clave en el Álvaro Uribe en 2007. Director encargado de Invias (2009). Director del INCO	García fue el funcionario que recibió 6,5 millones de dólares de Odebrecht para ganar el tramo 2 de la Ruta del Sol. Es decir, fue la pieza clave en el Álvaro Uribe en 2007. Director encargado de Invias (2009). Director del INCO primer soborno que aceptó la compañía que pagó en Colombia. Aceptó cargos y se comprometió a ser testigo de la Fiscalía contra otros, con lo que fue condenado a 6,5 años de cárcel y a pagar una multa de apenas 65 millones de pesos.	Ruta del Sol II
4	Luis Antonio Mamery	Principio de oportunidad	Vicepresidente de la Constructora Norberto Odebrecht y presidente de Odebrecht Infrastructure - Latin America.	Como cabeza de Odebrecht para toda América Latina, Mamery conoció del pago de los sobornos en todos los países. Mamery podría ayudar a aclarar cómo se pagaron los sobornos, a quién iban dirigidos, qué seguridades tenía Odebrecht de que se iban a cumplir sus exigencias, y cuáles eran sus relaciones con muchos de los involucrados en el escándalo. Pero cómo se ocupaba de una docena de países y no estaba en Colombia, sus informaciones pueden ser menos precisas, extensas y útiles que las de Bueno. De hecho, eso ocurrió en el juicio de José Elías Melo, donde aportó menos datos. De hecho, por eso y porque el ex viceministro García Morales ya fue condenado, una juez le negó el principio de oportunidad., que recientemente ha sido otorgado.	Ruta del Sol II
5	Luis Eduardo Da Rocha	Principio de oportunidad	Funcionario del departamento de operaciones estructuradas de Odebrecht, que era la oficina encargada de repartir sobornos	Parte de la «división de operaciones estructuradas» de Odebrecht, era encargado de calcular el costo de las coimas y hacer los giros del dinero. Da Rocha podría explicar a quién se hicieron los giros, en qué momentos y por cuánto dinero. Pero esa información parece ya estar en manos de la Fiscalía, a juzgar por las revelaciones que ha hecho el Fiscal General hasta ahora.	Ruta del Sol II
6	Luiz Antonio Bueno Junior	Principio de oportunidad	Director Superintendente de Odebrecht Brasil, lo fue en Colombia entre 2009 y enero de 2013. En ese papel fue el apoderado principal del consorcio que lideraba Odebrecht para quedarse con el segundo tramo de la Ruta del Sol.	Bueno era la cabeza de Odebrecht cuando la empresa pagó un soborno de 6,5 millones de dólares a Gabriel García Morales para ganarse la licitación de la Ruta del Sol II, y cuando se ganó con los hermanos Solarte un contrato en la Empresa de Acueducto de Bogotá para hacer un túnel. Sigue siendo directivo de Odebrecht en Brasil, donde está libre. Bueno ya aclaró cómo se pagaron los sobornos, dijo que iban dirigidos a Gabriel García Morales y demás detalles. De hecho, por eso y porque el ex viceministro García Morales ya fue condenado, una juez le negó el principio de oportunidad el 13 de diciembre. También dijo ya que José Elías Melo le dijo que iba a informar a Luis Carlos Samrimento Gutiérrez de la participación de Corficolombiana en el pago del soborno para ganar la Ruta del Sol 2, pero que no supo si lo hizo.	Ruta del Sol II

Item	Nombre	Estado de su proceso en la Fiscalía	Actividad	Resumen	Caso concreto
7	Eduardo Zambrano Caicedo	Aceptó cargos	Banquero y contratista del Estado	<p>Según Blu Radio estuvo en la reunión entre Luiz Bueno, de Odebrecht y varios miembros del comité financiero de la campaña de Juan Manuel Santos en 2010; según El Tiempo, fue quien la ideó. La Fiscalía le imputó cargos por delitos de concierto para delinquir, lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, pues con Federico Gaviria habría ayudado a armar el esquema para mover la plata de las coimas sin despertar sospechas; es decir, a lavarlo. En concreto, fue uno de los contratistas de la Concesionaria Ruta del Sol 2 que despertó sospechas de Jorge Enrique Pizano por pagos sin soportes o con irregularidades. El 19 de julio se allanó al de enriquecimiento ilícito. Está buscando un principio de oportunidad para ser testigo de la Fiscalía, aparentemente contra Roberto Prieto. La Fiscalía lo acusó por los demás el 12 de febrero de 2018, y firmó un preacuerdo con la Fiscalía que no ha avalado un juez. Ha sido señalado como ficha del polémico exviceministro de Transporte y exdirector de Inviás Daniel García Arizabaleta.</p> <p>Como Zambrano fue puente entre la campaña de Juan Manuel Santos en 2010 y Odebrecht, podría tener mucha información del financiamiento de esa campaña. También podría tener datos de la relación de la corrupta multinacional con la campaña de Óscar Iván Zuluaga en 2014, dada su cercanía con el ex director de Inviás y puente entre la campaña y Odebrecht, Daniel García Arizabaleta. También podría ayudar a desentrañar su relación con la ANL, que le dio varios contratos a Consultores Unidos (de la que Zambrano era representante legal pero no único dueño). Hasta ahora sus declaraciones han coincidido con las de Otto Bula y responsabilizan directamente a Roberto Prieto y a Federico Gaviria de recibir coimas, y luego afirma que ellos luego las repartían y que solo le mencionaron a los senadores Besaile y Elías. Aunque ya le habló a la Fiscalía, ningún juez ha avalado el preacuerdo y no se sabe qué reveló.</p>	Ruta del Sol II Ocaña - Gamarra
8	Yesid Arocha	Principio de oportunidad	Abogado especializado en derecho administrativ	<p>Arocha ha asesorado a la compañía Odebrecht por lo menos desde el 2009 y fue quien firmó los contratos con Otto Bula. Además, fue representante y cabeza legal de Odebrecht en Colombia y fue quien aportó a la Fiscalía una denuncia sobre el soborno por la Ruta del Sol 2 que desencadenó el proceso.</p> <p>Melo era el presidente de Corficolombiana cuando la compañía decidió asociarse con Odebrecht para la licitación de la Ruta del Sol 2. Según una de las fiscales del caso, sabía de las reuniones entre la cabeza de Odebrecht en Colombia, Luiz Bueno, y el viceministro García Morales, lo que significa que estaba al tanto del pago del soborno que pagó Odebrecht y benefició a Corficolombiana. Por eso la Fiscalía lo llevó a juicio por cohecho e interés indebido en celebración de contratos y un juez decidió que debía defenderse desde la cárcel, para evitar que interfiera con el proceso dadas sus conexiones. Quedó libre en enero de 2018, cuando su defensa y la Fiscalía estuvieron de acuerdo en que ya no debía estar detenido porque había perdido esas conexiones. La audiencia de juicio se aplazó tres veces y finalmente inició en enero de 2019, cuando finalmente se pudo conectar a tres directivos de Odebrecht (Bueno, Da Rocha y Mamery) que son testigos en su contra. El único de ellos que realmente lo enlodó fue Bueno. En el juicio, el testimonio del exgerente del Consorcio Ruta del Sol, Mauricio Millán también hirió la defensa de Melo, pues dijo que él le advirtió de irregularidades en los contratos y el ex presidente no hizo nada al respecto. El 1 de abril de 2019 el juez lo declaró culpable de cohecho e interés indebido de contratos, y el 29 de abril dictaron sentencia de 11 años de prisión, inhabilidad de 159 meses y el pago de una multa de 174 salarios mínimos (cerca de 140 millones de pesos). La sentencia la deberá pagar en la cárcel La Picota.</p> <p>Melo podría contar si él sabía de los sobornos, si los aprobó (como indican la Fiscalía y, testigos como Mauricio Millán, delegado de la empresa que comandaba Melo en la concesionaria de la Ruta del Sol) y en qué circunstancias se dio todo esto. Además, podría ayudar a identificar a los funcionarios beneficiados por los dos sobornos, contar cómo fue la presión de Odebrecht y aclarar si su actuación era conocida por la junta directiva de la empresa u otros directivos de Corficolombiana o de otras compañías del Grupo Aval, o si actuó solo.</p>	Ruta del Sol II Ocaña - Gamarra
9	José Elías Melo	Condenado	Abogado. Presidente de Corficolombiana.	<p>En marzo de 2017 la Fiscalía anunció que le compulsó copias a la Corte Suprema para que lo investigara por los delitos que rodearon la adjudicación del tramo dos de la Ruta del Sol a Odebrecht y sus socios. El exsenador que no tuvo nada que ver con los contratos de la Ruta del Sol 2. El 20 de marzo Caracol TV reveló que García Morales le dijo a la Fiscalía que Luiz Bueno, en ese entonces presidente de Odebrecht en Colombia, le había contado que Olano “era parte del equipo de ellos”, y que aparentemente se beneficiaba del negociado de la Ruta del Sol. Además, la Fiscalía compulsó copias de los testimonios y documentos que tiene y que mostrarían que se podría haber beneficiado con pagos ilegales hechos por Odebrecht para asegurar la adición de la vía Ocaña - Gamarra. Y, por otro lado, Federico Gaviria lo enlodó al decir que había sido el puente entre Odebrecht y Juan Carlos Granados para apoyar la campaña de éste a la Gobernación de Boyacá, y que le habrían entregado 200 millones de pesos con destino a esa campaña. Por todo ello fue detenido el 13 de febrero de 2018 para pasar a indagatoria por solicitud de la Corte Suprema, que lleva la investigación en su contra porque de haber participado lo habría hecho siendo senador. El 28 de enero inició su juicio en la nueva Sala Especial de primera instancia de la Corte Suprema, por concierto para delinquir, tráfico de influencias y cohecho, pues habría intermediado para que la concesionaria se quedara con la adición Ocaña - Gamarra.</p> <p>Si es cierto lo que contó García Morales y Olano hablara, podría contar con mucho detalle cómo cooptó Odebrecht a políticos y funcionarios en general y cómo logró el soborno de la Ruta del Sol 2, en concreto.</p>	Ruta del Sol II
10	Plinio Olano	En juicio	Senador	<p>García fue lobbyista de Odebrecht, entró por lo menos 43 veces al Palacio de Nariño cuando ya había sido destituido y durante la licitación de la Ruta del Sol, y luego fue el enlace entre la campaña presidencial uribista de 2014 y esa corrupta multinacional. Eleuberto Martorelli, presidente de Odebrecht Colombia en 2014, dice que pagó al estratega de la campaña de Zuluaga, Duda Mendonca, 600 mil dólares por su contacto con García Arizabaleta. Según Gabriel García Morales, García se seguía reuniendo en 2016 con otros protagonistas del escándalo como Miguel Peñalosa y José Elías Melo, alrededor de lo que él llamó un “entramado”.</p> <p>La Fiscalía interrogó a Noero no sobre el soborno de Odebrecht sino sobre el destino de esa plata, pues el ex viceministro García Morales (cartagenero como Noero) invirtió dos millones de dólares en Pacific Infrastructure, como ya contó Noero en varios medios</p>	Ruta del Sol II Ocaña - Gamarra
11	Daniel García Arizabaleta	Interrogatorio	Político. Asesor de Odebrecht. Directivo del centro democrático	<p>García fue lobbyista de Odebrecht, entró por lo menos 43 veces al Palacio de Nariño cuando ya había sido destituido y durante la licitación de la Ruta del Sol, y luego fue el enlace entre la campaña presidencial uribista de 2014 y esa corrupta multinacional. Eleuberto Martorelli, presidente de Odebrecht Colombia en 2014, dice que pagó al estratega de la campaña de Zuluaga, Duda Mendonca, 600 mil dólares por su contacto con García Arizabaleta. Según Gabriel García Morales, García se seguía reuniendo en 2016 con otros protagonistas del escándalo como Miguel Peñalosa y José Elías Melo, alrededor de lo que él llamó un “entramado”.</p> <p>La Fiscalía interrogó a Noero no sobre el soborno de Odebrecht sino sobre el destino de esa plata, pues el ex viceministro García Morales (cartagenero como Noero) invirtió dos millones de dólares en Pacific Infrastructure, como ya contó Noero en varios medios</p>	Ruta del Sol II
12	Juan Ricardo Noero	Interrogatorio	Presidente de Pacific Infrastructure, en donde a Gabriel García Morales le pagaron 2 millones de dolares en acciones	<p>García fue lobbyista de Odebrecht, entró por lo menos 43 veces al Palacio de Nariño cuando ya había sido destituido y durante la licitación de la Ruta del Sol, y luego fue el enlace entre la campaña presidencial uribista de 2014 y esa corrupta multinacional. Eleuberto Martorelli, presidente de Odebrecht Colombia en 2014, dice que pagó al estratega de la campaña de Zuluaga, Duda Mendonca, 600 mil dólares por su contacto con García Arizabaleta. Según Gabriel García Morales, García se seguía reuniendo en 2016 con otros protagonistas del escándalo como Miguel Peñalosa y José Elías Melo, alrededor de lo que él llamó un “entramado”.</p> <p>La Fiscalía interrogó a Noero no sobre el soborno de Odebrecht sino sobre el destino de esa plata, pues el ex viceministro García Morales (cartagenero como Noero) invirtió dos millones de dólares en Pacific Infrastructure, como ya contó Noero en varios medios</p>	Ruta del Sol II

Item	Nombre	Estado de su proceso en la Fiscalía	Actividad	Resumen	Caso concreto
13	Mateo Restrepo Villegas	Interrogatorio	Alto consejero para la política Anticíclica de Álvaro Uribe entre 2009 y 2010	En su cargo, Restrepo no manejaba licitaciones ni tenía gran capacidad de incidir, aunque sí hacía seguimiento a cómo avanzaba la contratación en varios sectores pues era parte de la política anticíclica. Aunque la Fiscalía no explicó cuál sería la relación de Restrepo con el escándalo, más allá de decir que era asesor presidencial, y tampoco es obvia la conexión, el entonces viceministro Gabriel García Morales sí dio pistas. Según García, Restrepo fue fundamental para que Álvaro Uribe sacara a Álvaro José Soto del Inco, una movida previa a que encargara a García de esa entidad y así éste pudiera manipular la licitación por la que Odebrecht lo sobornó. Barraza podría haber manejado plata que venía de un soborno de Odebrecht. Además, según su amigo Gabriel García Morales, era uno de sus puentes con la multinacional, pues García se reunió en secreto con directivos de Odebrecht en el apartamento de Barraza. La Fiscalía lo entrevistó e inicios de 2017 y le preguntó por la inversión que hizo en el Parque Industrial TLC de las Américas con dinero de García, aparentemente proveniente de la coima que le pagó Odebrecht a este último. Su nombre volvió a surgir a inicios de 2019, cuando Luis Bueno dijo que sus reuniones con Gabriel García Morales se hicieron en un apartamento de Barraza en Bogotá. Barraza lo aceptó pero explicó que en ese entonces estaba viviendo en Estados Unidos y se lo prestaba a su amigo.	Ruta del Sol II
14	Juan Manuel Barraza	Entrevista	Empresario	Es uno de los varios socios de García en una de las empresas en las que presuntamente lavó parte de la plata del soborno de Odebrecht (Canal Logistics).	Ruta del Sol II
15	Alfonso Pereira del Río	Diligencias	Empresario	Valencia y su exesposo Otto Rodríguez recibieron 400 mil dólares de Odebrecht por el pago de 2 millones de afiches para la campaña de Juan Manuel Santos de 2010	Ruta del Sol II
16	María Fernanda Valencia Fálquez	Diligencias	Abogada. Dirigió Artesanías de Colombia entre 2010 y 2011	Amín debió conocer el funcionamiento de las licitaciones en tiempos de García Morales, pues a finales del gobierno Uribe se ganó dos grandes concesiones en el Caribe. Sin embargo, no es claro si tiene alguna relación directa con el escándalo o si la Fiscalía lo citó para conocer mejor cómo funcionaba entonces el Inco.	Ruta del Sol II
17	Menzel Amín Avendaño	Diligencias	Contratista	Recibió junto a su esposa 400 mil dólares de Odebrecht en su firma Impresa Group por el pago de 2 millones de afiches para la campaña de Juan Manuel Santos de 2010	Ruta del Sol II
18	Otto Rodríguez	Diligencias	Empresario	Nieto se habría reunido con directivos de Odebrecht en 2009 para intentar aliarse con ella para la licitación de la Ruta del Sol, pero lo hizo también con otras empresas y en ninguno de los casos se concretó ninguna alianza. El entonces viceministro Gabriel García Morales coincide en esa versión, con la diferencia de que explica que Nieto lo invitó a varias reuniones para eso (dice que solo fue a una), cuando era el funcionario defensor de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el primer gobierno de Santos	Ruta del Sol II
19	Rafael Nieto Loaiza	Diligencias	viceministro de justicia del gobierno de Álvaro Uribe	Nieto ha dicho que la relación se limitó a buscar a Odebrecht para armar un consorcio diferente al que él le ofrecía. Y no supo más.	Ruta del Sol II
20	Luis Carlos Samiento Gutiérrez	Sin datos	Presidente de Grupo Aval y heredero de su padre Luis Carlos Samiento Angulo	La Fiscalía recibió copias de la imputación de cargos de la Superintendencia de Industria y Comercio en su contra, por presuntamente haber aprovechado un conflicto de intereses para ganar la Ruta del Sol 2. Además, como miembro y presidente de la junta directiva de Corfoicolombiana, participó de las decisiones clave de la relación entre esa empresa del grupo Aval y Odebrecht. Entre ellas, supervisó la labor de José Elías Melo, conoció de las solicitudes de Jorge Enrique Pizano para que la empresa le pidiera explicaciones a Odebrecht por pagos sin sustento, y probablemente también conoció el contrato de transacción entre Corfoicolombiana y Odebrecht para cerrar esa misma disputa	Ruta del Sol II

Item	Nombre	Estado de su proceso en la Fiscalía	Actividad	Resumen	Caso concreto
21	Roberto Prieto	Condenado (no por el caso)	Gerenció campañas de 2010 y 2014 de Juan Manuel Santos	<p>Prieto era el gerente de la campaña a la que, según Otto Bula, iba parte del soborno de Odebrecht por la adición de la transversal Ocaña - Gamarra. Prieto también podría haber utilizado la encuesta que Odebrecht le pagó a una sociedad relacionada con la agencia de publicidad Sancho (que hizo la publicidad de esa campaña) dado su cercanía a esa firma y su rol de gerente en la campaña. El 14 de marzo de 2017, en una entrevista en Blu Radio, aceptó que la campaña de 2010 sí había recibido la plata de Odebrecht para pagar 2 millones de afiches, y que ese pago implicaba varias ilegalidades. También aceptó haberse entrevistado 6 veces con el presidente de la ANI, Luis Fernando Andrade, algo que el mismo Andrade aceptó. En enero de 2018 la Fiscalía anunció que le iba a imputar cargos por haber recibido dinero para influir en la adición de la obra del puente de Plato sobre el Río Magdalena a otra concesionaria de la Ruta del Sol que no era de Odebrecht (Yuma, de los italianos Impregilo). La imputación se dio en mayo, a finales de ese mes fue detenido y en septiembre la Fiscalía contó que llegaron a un preacuerdo. En 2019 lo condenó un juez a 62 meses de cárcel por tres delitos que tenían que ver no con Odebrecht ni con la campaña, sino con haber presionado a la ANI para que ésta le adicionara la obra de un puente sobre el río Magdalena a otra concesionaria de la Ruta del Sol, Yuma, de la italiana Impregilo.</p>	Campana 2014 Ocaña-Gamarra
22	Federico Gaviria Velásquez	Aceptó cargos	Político, Lobbyista	<p>Gaviria habría sido clave en tres casos diferentes del escándalo de Odebrecht. De un lado, en la adjudicación de Ruta del Sol 2, habría sido el cerebro para armar la concesionaria entre la corrupta multinacional brasilera, Episol (del Grupo Aval) y CSS, del Grupo Solarte, y luego habría sido representante de esa concesionaria en la licitación que ganó gracias a sobornos. Luego, para la adición de la vía Ocaña - Gamarra, habría manejado algunos políticos y por ello habría recibido sobornos para sí mismo y para ellos, por lo que la Fiscalía le imputó cargos por concierto para delinquir, cohecho por dar u ofrecer, lavado de activos, tráfico de influencias de particulares y enriquecimiento ilícito de particulares. El 19 de julio de 2017 aceptó los cargos de concierto para delinquir, lavado de activo y enriquecimiento ilícito y está negociando un principio de oportunidad para convertirse en testigo de la Fiscalía contra los congresistas que habrían ayudado a que se firmara el contrato de estabilidad. La Fiscalía lo acusó por los demás el 12 de febrero de 2018.</p>	Ocaña-Gamarra
23	Bernardo Elías	Principio de oportunidad	Senador Partido de la U	<p>Elías es amigo personal de Otto Bula, y tiene el poder político que no tiene en el congreso el lobbyista de Odebrecht. Además, entró a hacer política en Ocaña en 2014, justo cuando se estaba definiendo si había adición o no. Luis Fernando Andrade, presidente de la ANI, dijo que el senador era uno de los congresistas inusualmente interesados en ese caso y contó que el senador se le había acercado personalmente entre 2013 y 2016, hasta el punto de que la esposa de Elías le envió como regalo a la de Andrade una cartera de marca como agradecimiento por sus consejos para conseguirle colegio a la hija del senador. La Fiscalía le compulsó copias de las pruebas que tiene a la Corte Suprema, que entre otras mostrarían que se podría haber beneficiado con pagos ilegales hechos por Odebrecht para asegurar la adición de la vía Ocaña - Gamarra. La Corte le abrió una investigación formal en abril de 2017 y emitió el orden de captura en su contra en agosto. Elías, ya detenido, colaboró con la Fiscalía y dijo que participó en el entramado por invitación de Otto Bula, quien le dijo que Odebrecht los contrataba para que presionaran rápido la adición de la carretera Ocaña - Gamarra a la Ruta del Sol 2, a cambio de que la multinacional ayudara a financiar la campaña reeleccionista. Por eso, obtuvo una sentencia anticipada por cohecho y tráfico de influencias en febrero de 2018, por poco más de 6 años y 8 meses de cárcel. Es decir, reconoció que usó su investidura para presionar. En octubre arancó el juicio en su contra por otros dos delitos, concierto para delinquir y lavado de activos, que tienen que ver con la plata que él no ha aceptado haber recibido.</p>	Ocaña - Gamarra
24	Juan Sebastián Correa Rodríguez	Principio de oportunidad	Trabajó en el Inco y luego en la ANI, donde se convirtió en enlace con el Congreso de Luis Fernando Andrade	<p>Según la Fiscalía, Correa habría sido beneficiado a Odebrecht en su papel como asesor de la ANI, para el trámite de la adición Ocaña - Gamarra. Por eso, si habla podría ayudar a entender exactamente cómo funcionaba el poder corruptor de la multinacional. Andrade aclaró que Prieto lo llamó una vez para explicarle que un pupilo suyo había ayudado a acercarse a Otto Bula y Andrés Giraldo, y Andrade dijo que cree que se referían a Correa. Además, dijo que es posible que Prieto le haya dicho en clave, en esa llamada, que parte del dinero de los sobornos lo recibió Correa. La Fiscalía también ha dicho que Correa amenazó a un abogado externo de la ANI, que conocía del trámite de la adición, y por eso le imputó, además de tráfico de influencias, los delitos de falso testimonio y amenaza a testigo. En julio, con nuevos testimonios que dicen que habría recibido un pago de 10 millones de pesos y un crédito de otros 300, le imputó cargos por enriquecimiento ilícito, y un juez ordenó su captura. Recuperó la libertad el 5 de diciembre, gracias a un acuerdo con la Fiscalía que congeló los procesos por tres delitos (va a juicio por abuso de cargo público) durante un año, a cambio de servir de testigo contra otros implicados, especialmente su exjefe Luis Fernando Andrade.</p>	Ocaña - Gamarra
25	Mauricio Vergara Flórez	Principio de oportunidad	Contratista	<p>Según la Fiscalía a través del Consorcio Sión (del que no hemos podido encontrar datos) habría contribuido para la simulación de los contratos y la entrega posterior de dineros. Por eso le imputó cargos por lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares. Capturado en agosto, aceptó cargos por falsedad ideológica en documento público y privado y se comprometió a colaborar con la Fiscalía.</p>	Ocaña - Gamarra

Item	Nombre	Estado de su proceso en la Fiscalía	Actividad	Resumen	Caso concreto
26	Gabriel Dumar Lora	En juicio	Contratista muy cercano al senador Bernardo Noño Elías	Según la Fiscalía a través del Consorcio Sión (del que no hemos podido encontrar datos) habría contribuido para la simulación de los contratos y la entrega posterior de dineros. Por eso lo acusó por lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares. Ha dicho que Odebrecht sí pagó, a través de contratos ficticios, dinero para asegurar la adición del tramo Ocaña - Gamarra a su contrato de la Ruta del Sol 2. Y que esa plata se repartió entre Roberto Prieto, Antonio Guerra (a través de Bernardo 'Noño' Elías) y Luis Miguel Pico.	Ocaña - Gamarra
27	Gustavo Torres Forero	En juicio	Comisionista de bolsa	Según la Fiscalía, a través de él se canalizaron pagos para los sobornos de Odebrecht a funcionarios o políticos por casi 10 mil millones de pesos. Por eso fue capturado el 25 de julio y el 12 de febrero de 2018 lo acusó por los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares. Profesionales de Bolsa dijo que se trataba del contrato de consultoría que le prestaron a la concesionaria de la Ruta del Sol 2 para dar un concepto y apoyar en el cierre financiero de la transversal Ocaña-Gamarra y que el dinero que les entró por eso se destinó a pagar esa asesoría y no se destinó a políticos ni funcionarios. Andrade, como cabeza de la ANL era el encargado de definir si se adicionaba el contrato de la Ruta del Sol 2 con la transversal Ocaña - Gamarra, la decisión por la que Odebrecht pagó un soborno de 4,5 millones de dólares a través de Otto Bula. La Fiscalía lo entrevistó dos veces, luego lo interrogó y el 28 de julio anunció que le imputará cargos por interés indebido en la celebración de contratos por la forma en la que decidió hacer la adición, los motivos para hacerla cuando su política era no hacer adiciones sustanciales y en general todo lo que rodeó esa decisión. Andrade ha dicho que todo se realizó dentro del desarrollo normal de la concesión, que se aprovechó que la Ruta del Sol iba a necesitar menos años de vigencias futuras, y que Odebrecht inicialmente pedía mucha más plata por hacer la obra, por lo que no fue una negociación fácil ni corta. En sus declaraciones también habló del interés inusual de Roberto Prieto, Bernardo 'Noño' Elías y Ciro Rodríguez en la adición de la vía Ocaña - Gamarra, aunque dijo que no recibió presiones, y dijo que si a Prieto le habían pagado 300 millones por incidir ante él, no podía haber evitado ese pago aunque no hubiera habido más que algunas preguntas de Prieto sobre el avance. El 11 de diciembre una juez le decretó detención domiciliaria por tres de los seis delitos que le endilgó la Fiscalía: haber direccionado el testimonio de su ex subalterno Juan Sebastián Correa, tener un interés indebido en el contrato de navegabilidad del Río Magdalena por no haber declarado la caducidad a tiempo, y tener interés indebido en la adición de la transversal Ocaña-Gamarra por haberla acelerado. Por eso mismo la Fiscalía lo acusó ante un juez el 8 de febrero de 2018.	Ocaña - Gamarra
28	Luis Fernando Andrade	En juicio	Hasta el 23 de agosto de 2017, fue Director de la Agencia Nacional de Infraestructura desde que Santos la creó a partir de la liquidación del Inco en 2011		Ocaña - Gamarra
29	Amílton Ideaki Sendai	Orden de captura	Representante legal suplente de Odebrecht Colombia.	Como funcionario de la Constructora Norberto Odebrecht, firmó contratos hechos para simular la legalidad de los pagos a Otto Bula, junto con el director jurídico, Yezid Arocha. La Fiscalía le imputó cargos por concierto para delinquir agravado y lavado de activos y a inicios de 2019 obtuvo una orden de captura de un juez, pero Ideaki salió del país.	Ocaña - Gamarra
30	Eder Paolo Ferracuti	Orden de captura	Gerente de la concesionaria de la Ruta del Sol 2,	Como representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol, según la Fiscalía habría participado directamente en el soborno para asegurar la adición de la transversal Ocaña - Gamarra a esa concesionaria. Por eso le imputó cargos por concierto para delinquir agravado y lavado de activos y a inicios de 2019 obtuvo una orden de captura de un juez, pero Ferracuti salió del país.	Ocaña - Gamarra

Item	Nombre	Estado de su proceso en la Fiscalía	Actividad	Resumen	Caso concreto
31	Marcio Marangoni Marangoni	Orden de captura	Director de contrato de concesionaria Ruta del Sol 2 para su tramo norte por lo menos desde 2015.	Como funcionario de la Concesionaria Ruta del Sol, según la Fiscalía habría participado directamente en el soborno para asegurar la adición de la transversal Ocaña - Gamarra a esa concesionaria. Por eso le imputó 2 cargos por concierto para delinquir agravado y lavado de activo y a los inicios de 2019 obtuvo una orden de captura de un juez, pero Marangoni salió del país.	Ocaña - Gamarra
32	Basima Patricia Elías Náder	Imputación	Prima y aliada política fundamental del senador Bernardo 'Ñoño' Elías	El Fiscal General, Néstor Humberto Martínez, dijo que habría recibido plata del soborno de Odebrecht para el Senador Bernardo 'Ñoño' Elías. Por eso le imputó el delito de lavado de activos.	Ocaña - Gamarra
33	Andrés Giraldo	Interrogatorio	Empresario. Amigo personal de Roberto Prieto.	Giraldo es quien, según Otto Bula, fue el intermediario del pago de unos 900 millones de pesos a Roberto Prieto, enviados por Odebrecht a éste cuando gerenciaba la campaña reeleccionista de Juan Manuel Santos.	Ocaña - Gamarra
34	Luis Bernardo Villegas	Interrogatorio	Secretario de Movilidad de Bogotá durante la alcaldía de Samuel Moreno.	Giraldo acepta haberse reunido con Bula dos veces, pero no haber recibido dinero de él. Federico Gaviña dijo que Villegas fue influenciador y lobbyista de Odebrecht ante la ANI, para el contrato de estabilidad jurídica de 23012 y la adición de Ocaña - Gamarra en 2014.	Ocaña - Gamarra
35	Miguel Peñaloza	Interrogatorio	Ingeniero eléctrico de la UIS, Consejero para las regiones del primero entre 2006 y 2010 y Ministro de Transporte del segundo por tres meses en 2012.	Peñaloza era alto consejero para las regiones cuando se hizo todo el proceso licitatorio de la Ruta del Sol. A fines de 2010, un año más tarde, el Nuevo Herald de Miami reveló la grabación de una conversación días antes de la adjudicación de la Ruta del Sol entre el entonces viceministro Gabriel García (quien ya aceptó que recibió 6,5 millones de dólares en soborno por esa licitación) y Miguel Nule. En ella, García le decía a Nule que Peñaloza quería incidir en la licitación sacando a los Nule, lo que habría favorecido justamente a Odebrecht y sus socios. Nule aceptó que la grabación era real, de una reunión entre él y García a inicios de diciembre de 2009. Sin embargo, al día siguiente de la revelación de El Nuevo Herald tanto Peñaloza como García le dijeron a Noticias Uno que nunca existieron esas presiones, con lo que le bajaron el tono a la polémica. Según Gabriel García Morales, Peñaloza se seguía reuniendo en 2016 con otros protagonistas del escándalo como él y José Elías Melo, alrededor de lo que él llamó un "entramado". Además, el empresario Federico Gaviña, que habría ayudado a Odebrecht a armar ese tinglado, le habría ofrecido a Peñaloza y a Plinio Olanó un porcentaje del valor del otrosí de la transversal Ocaña - Gamarra a cambio de ayudarlo a mover a los llamados «Buldozer», grupo de congresistas que estaría alineado con la multinacional.	Ruta del Sol II Ocaña - Gamarra
36	Antonio Guerra de la Espriella	Indagación preliminar	Senador Cambio Radical	El senador sucrense sería uno de los beneficiados por pagos de Odebrecht a políticos, por lo que para la Fiscalía podría haber cometido el delito de tráfico de influencias. Por eso le compulsó copias a la Corte Suprema. Ante ella, en una diligencia privada, negó tener relaciones con Odebrecht.	Ocaña - Gamarra
37	Ciro Rodríguez	Declaración	Representante a la Cámara Conservador	Luis Fernando Andrade, presidente de la ANI, dijo que el representante era uno de los congresistas inusualmente interesados en ese caso. Y la Fiscalía compulsó copias a la Corte Suprema por posible tráfico de influencias.	Ocaña - Gamarra
38	Alfredo Ape Cuello	Declaración	Representante a la Cámara Conservador	Cuello aparece en unas averiguaciones previas de la Corte Suprema, aparentemente por un anónimo. Además, según W Radio fue uno de los congresistas que mencionó el ex director de Odebrecht en Colombia, Eleuberto Martorelli, como uno de los que se reunió con Otto Bula para ayudarlo a conseguir la adición de la transversal Ocaña - Gamarra al contrato de la Ruta del Sol. Y Luis Fernando Andrade, director de la ANI, también lo mencionó como uno de los congresistas que lo buscaron para hablar de esa adición.	Ocaña - Gamarra

Item	Nombre	Estado de su proceso en la Fiscalía	Actividad	Resumen	Caso concreto
39	Musa Besaile	Declaración	Senador Partido de la U	Besaile aparece en unas averiguaciones previas de la Corte Suprema, aparentemente por un anónimo. La amistad de su familia con Bula puede ayudar a explicar las conexiones del ex senador con el Gobierno. Además, la Fiscalía compulsó copias de los testimonios y documentos que tiene y que mostrarían que se podría haber beneficiado con pagos ilegales hechos por Odebrecht para asegurar la adición de la vía Ocaña - Gamarra. Está capturado por otro problema: el pago, que él aceptó pero como una extorsión de la que fue víctima, de 2 mil millones de pesos para lograr que no avanzara el proceso por parapolítica en su contra, que llevaba el magistrado Gustavo Malo de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.	Ocaña - Gamarra
40	Alejandro Carlos Chacón	Sin datos	Representante a la Cámara Liberal	Chacón aparece en unas averiguaciones previas de la Corte Suprema, aparentemente por un anónimo. Se presume que fue uno de los congresistas que mencionó el ex director de Odebrecht en Colombia, Eleuberto Martorelli, como uno de los que se reunió con Otto Bula para ayudarlo a conseguir la adición de la transversal Ocaña - Gamarra al contrato de la Ruta del Sol. Y Luis Fernando Andrade, director de la ANI, también lo mencionó como uno de los congresistas que lo buscaron para hablar de esa adición. Chacón ha respondido que nunca estuvo en la ANI y que no conoce a Martorelli.	Ocaña - Gamarra
41	Arleth Casado	Sin datos	Senadora Liberal	Casado aparece en unas averiguaciones previas de la Corte Suprema, aparentemente por un anónimo. Por eso no es claro cuál sería su relación con el escándalo.	Ocaña - Gamarra
42	Cecilia Álvarez Correa	Archivado	Ex ministra de Transporte y de Comercio de Juan Manuel Santos	Álvarez - Correa era ministra de Transporte cuando se hizo el grueso del trámite de la adición, primero con la negociación entre la ANI y el concesionario que lideraba Odebrecht, luego con la firma del otro al contrato original de concesión de la Ruta del Sol y finalmente con los primeros trámites para ejecutar ese acuerdo. Además, como Ministra firmó las resoluciones para dar vía libre a los peajes que permitían que la adición se volviera realidad. También había sido miembro de la junta directiva de la empresa que hizo un proyecto portuario en Gamarra y se benefició de esa carretera, y como Ministra de Comercio participó en la aprobación de un documento Conpes que era necesario, también, para que se pudiera ejecutar la adición. En junio de 2018, la Fiscalía archivó la investigación, aunque en agosto la Procuraduría la llamó a juicio disciplinario.	Ocaña - Gamarra
43	Gina Parody	Archivado	Ex ministra de Educación y ex directora del Sena del gobierno Santos	La Sociedad Portuaria de Cartagena, de la que la familia Parody es accionista importante, tiene un proyecto portuario en Gamarra, que se beneficiaba enormemente de la construcción de la transversal Ocaña - Gamarra (por la que Odebrecht pagó un soborno). Además, como ministra de Educación participó en la aprobación de un documento Conpes que era necesario para construir esa vía. En junio de 2018, la Fiscalía archivó la investigación, aunque en agosto la Procuraduría la llamó a juicio disciplinario.	Ocaña - Gamarra
44	José Alfredo Gnecco	Sin datos	Senador Partido de la U	Gnecco aparece en unas averiguaciones previas de la Corte Suprema, aparentemente por un anónimo. Por eso no es claro cuál sería su relación con el escándalo.	Ocaña - Gamarra
45	José David Name	Sin datos	Senador Partido de la U	Name aparece en unas averiguaciones previas de la Corte Suprema, aparentemente por un anónimo. Por eso no es claro cuál sería su relación con el escándalo.	Ocaña - Gamarra
46	Juan Fernando Cristo	Sin datos	Ministro de Interior	Cristo aparece en unas averiguaciones previas de la Corte Suprema, aparentemente por un anónimo. Por eso no es claro cuál sería su relación con el escándalo. El ministro ha dicho que nunca se ha reunido con miembros de Odebrecht o del Gobierno para hablar con proyectos de infraestructura que tengan que ver con la multinacional.	Ocaña - Gamarra

Item	Nombre	Estado de su proceso en la Fiscalía	Actividad	Resumen	Caso concreto
47	Manuel Guillermo Mora	Sin datos	Senador Partido de la U	Mora aparece en unas averiguaciones previas de la Corte Suprema, aparentemente por un anónimo. Además, Luis Fernando Andrade, director de la ANI, también lo mencionó como uno de los congresistas que lo buscaron para hablar de esa adición.	Ocaña - Gamarra
48	Roberto Cerlein	Sin datos	Senador conservador	Cerlein aparece en unas averiguaciones previas de la Corte Suprema, aparentemente por un anónimo. La firma de su hermano y Odebrecht se asociaron para otro contrato, y él ha tenido mucha influencia en el Banco Agrario, que le hizo un préstamo a ese consorcio. Se relaciona con la adición ocaña-gamarra	Ocaña - Gamarra
49	Araceli Rojas	Interrogatorio	Auditora interna de las campañas presidenciales de Juan Manuel Santos en 2010 y 2014	La Fiscalía la llamó a interrogatorio para sumar más pruebas sobre el ingreso de dineros de Odebrecht a las campañas, por fuera de los topes. Dio una declaración juramentada en agosto de 2017.	Campaña 2010 Campaña 2014
50	Santiago Rojas Arroyo	Interrogatorio	Abogado. Gerente de la campaña presidencial de Juan Manuel Santos en 2010	Como gerente de la campaña de Santos en 2010, jurídicamente es el responsable de sus gastos e ingreso, incluyendo la donación ilegal de Odebrecht	Campaña 2010
51	Consuelo Caldas	Sin datos	Abogada. Fue parte del comité financiero de la campaña de Álvaro Uribe en 2006 y de la campaña, con directivos de Odebrecht que se mostraron interesados en presidente de la Cámara de Comercio de Bogotá entre 2010 y 2013.	Como parte del comité financiero le aceptó a Blu Radio que en febrero de 2010 estuvo en una reunión en Casa Medina, con otros directivos de la campaña, con directivos de Odebrecht que se mostraron interesados en financiar la campaña. Dijo que en esa reunión no se acordó nada ni se concretó el aporte y que no recordaba exactamente quién había estado presente.	Campaña 2010
52	Juan Claudio Morales	Sin datos	Comisionista de bolsa. Fue parte del comité financiero de la campaña de Juan Manuel Santos en 2010 y 2014.	Morales era parte del comité financiero de la campaña de 2010, que según Roberto Prieto fue el que acordó con Odebrecht su aporte ilegal a la reunión. El 13 de marzo Morales [negó en La W] haber estado en una reunión con personas de Odebrecht en febrero de 2010, cuando arancaba la campaña, pero Consuelo Caldas dijo en Blu Radio ese mismo día que sí había estado. Y el 14 Morales [aceptó] la existencia de la reunión y haber estado en ella.	Campaña 2010
53	Juan Manuel Santos	Sin datos	Presidente de Colombia entre 2010 y 2018	La Fiscalía está investigando si plata de Odebrecht llegó a la campaña presidencial de Santos en 2014, y si el gobierno a su cargo adicionó la carretera entre Ocaña y Gamarra a la concesión de la Ruta del Sol como pago de algún soborno. También está investigando si Odebrecht pagó 2 millones de afiches de su campaña de 2010 a través de una empresa panameña y por fuera de las cuentas de la campaña. El 14 de marzo, después de que Roberto Prieto aceptó en una entrevista en Blu Radio que sí había entrado ese dinero, Santos rechazó ese hecho, pidió excusas y dijo que se acababa de enterar de ese hecho. "No autoricé ni tuve conocimiento", explicó.	Campaña 2010
54	Orlando Sardi de Lima	Sin datos	Empresario. Amigo personal de Juan Manuel Santos	Como cabeza del comité financiero podría saber cómo se aceptó la donación ilegal de Odebrecht a la campaña de 2010. El 14 de marzo sacó un comunicado con Consuelo Caldas y Juan Claudio Morales, en el que acepta la existencia de la reunión a inicios de 2010 con Luiz Bueno de Odebrecht pero niega haber sabido de la compra de afiches.	Campaña 2010

Item	Nombre	Estado de su proceso en la Fiscalía	Actividad	Resumen	Caso concreto
55	Iván Duque	Sin datos	Senador Centro Democrático. Actual Presidente de Colombia	Duque estuvo en el viaje que hicieron Óscar Iván y David Zuluaga a Brasil para conocer al estratega 'Duda' Mendonca	Campaña 2014
56	Luis Alberto Peña Bernal	Sin datos	Ex candidato presidencial del Centro Democrático en 2014 y ex ministro de Hacienda de Álvaro Uribe	Según Eleuberto Martorelli, ex presidente de Odebrecht en Colombia, Peña era su contacto con la campaña de Juan Manuel Santos y a quien le pagaron un millón de dólares, a través de la panameña Paddington, para financiar esa campaña. Peña aceptó que se reunió varias veces con Martorelli y Luis Bautista, de Odebrecht, que el contrato era para un estudio de mercado de actividad política y que efectivamente pagaron un millón de pesos. Además, que conoce a Roberto prieto desde 2007 y que estuvo en la posesión de Santos en 2014.	Campaña 2014
57	Óscar Iván Zuluaga	Sin datos	Ex candidato presidencial del Centro Democrático en 2014 y ex ministro de Hacienda de Álvaro Uribe	Según la Fiscalía ya está demostrado que Odebrecht le pagó 1,6 millones de dólares al estratega político 'Duda' Mendonca para que asesorara la campaña presidencial de Zuluaga en 2014. Además, fue Odebrecht quien contactó al entonces candidato con su estrategia, en una reunión que organizó en Brasil.	Campaña 2014
58	Enrique Riveira	Declaración	Secretario privado de Juan Manuel Santos, fue gerente administrativo de la campaña presidencial de Santos en 2014	La Comisión de acusaciones de la Cámara lo citó el 22 de junio para contar lo que sabe sobre el posible ingreso de dineros de Odebrecht a la campaña de Santos en 2014.	Campaña 2014

Adaptado de (La silla vacía, 2019). Nota. Pertenecer, participar o estar relacionado con el caso Odebrecht acá descrito, no implica haber cometido un delito. Solo de aquellas personas que efectivamente se ha condenado judicialmente pueden ser consideradas como tal. Se relaciona el estado de cada persona con la finalidad de identificar su situación judicial, en todo caso, debe preservarse la presunción de inocencia.