

Leyes para combatir la corrupción

El soborno es una práctica maligna que amenaza los cimientos de cualquier sociedad civilizada.

El Procurador General vs. Reid [1994] 1 AC 324, 330 ¹

Si se pudieran redactar leyes para prevenir el comportamiento corrupto, la corrupción no sería problema. En gran medida, la crisis actual se debe a que las leyes y las instituciones jurídicas han fallado como resultado, de una parte, de las debilidades actuales de los sistemas judiciales; y, de otra, de la falta de voluntad para fortalecer esos sistemas, lo cual se deriva de la presión de actores con interés en mantener el *statu quo*.

Si se tratara de empezar con la ley suprema de un país, su Constitución, Colombia ofrece instituciones y reglas importantes para el combate contra la corrupción: intenta garantizar la democracia a través de la descentralización y la participación amplia de los ciudadanos en la gestión y en el control de lo público y, al tiempo que consagra diversas inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de interés como causales de sanción penal y disciplinaria de los servidores públicos, promueve la transparencia y la integridad en la vida oficial.

Existe un amplio consenso en torno a que la prevención de la corrupción debe ocupar el primer plano de las acciones de reforma; confiar en el enfoque del "garrote" para enfrentar la corrupción puede ser incierto, ineficaz y ruinoso. Las sanciones, aunque inevitables, son un indicador de que la prevención ha fallado. Sin embargo, no sólo son esenciales para enfrentar a quienes actúan ilegalmente, sino que el conocimiento de que las leyes se cumplen segura y efectivamente contribuye de manera importante a los esfuerzos de prevención. Debe, por tanto, tenerse en cuenta que la prevención y la observancia se refuerzan mutuamente.

Cuando se habla de leyes para combatir la corrupción, no sólo se hace referencia al derecho penal y al derecho probatorio. Éstos son importantes, pues sin leyes ni procedimientos penales sólidos, la tarea se dificulta aún más. Pero centrarse exclusivamente en ellos equivale a ignorar una gama bastante más amplia de normas, entre las cuales se cuentan: inhabilidades e incompatibilidades por conflictos de intereses; contratación pública; libertad de expresión (libertad de prensa, canales de información y denuncia); organización y movilización de la sociedad civil y mecanismos de participación ciudadana; elecciones democráticas; rendición de cuentas y controles; agilización de trámites administrativos; regulación de obsequios y cortesías; revisión judicial de las actuaciones administrativas.

En el terreno de la gestión administrativa, es mucho lo que puede lograrse sin necesidad de reformar las leyes: racionalizar los trámites más usuales, limitar las áreas de discrecionalidad

¹ Decisión del Comité Judicial del Consejo Privado a una apelación de Hong Kong. El Consejo Privado es el tribunal más alto de cierto número de

países de la Commonwealth y sus decisiones gozan de amplio respeto en todo el mundo.

mediante regulaciones generales aplicables a los casos particulares por el propio funcionario que dispone de la facultad discrecional, desarrollar programas de ética y facilitar el camino para que los ciudadanos presenten denuncias de manera eficaz.

El presente capítulo aborda la función del derecho penal y el papel que desempeña el derecho administrativo en la lucha contra la corrupción.

El Derecho Penal

Temporalidad

En algunos países como Colombia, los estatutos de temporalidad indican que la delimitación del período de tiempo durante el que puede perseguirse un delito, empieza a correr a partir de la fecha en que éste se cometió y no a partir de la fecha en que se denunció ante las autoridades, por lo cual existe el temor de que los funcionarios corruptos puedan escapar al castigo cuando sus actos no se detectan rápidamente, sobre todo si se tienen en cuenta la lentitud e ineficiencia del sistema judicial. En otros países como Italia, el término durante el cual el delincuente corre el riesgo de ser procesado penalmente es demasiado corto, lo que conduce al mismo resultado. En todo caso, este tipo de leyes llevan al desacato del derecho mismo y ofrecen refugio seguro a los corruptos.

En Colombia la acción prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena señalada cuando ésta es privativa de la libertad y, en ningún caso, puede ser inferior a cinco años ni exceder de veinte. Si al delito no corresponde una sanción que implique la privación de la libertad, la acción prescribe en cinco años. Cuando es un servidor público que ha cometido un acto punible en ejercicio de su cargo, de sus funciones o con ocasión de los mismos, el término de la prescripción se incrementa en una tercera parte. Si la conducta es de ejecución instantánea, la prescripción se cuenta desde la consumación del hecho; si es una conducta de ejecución permanente, es decir, que se prolonga en el tiempo, desde la comisión del último acto.

Se considera, no obstante, que si los controles institucionales y ciudadanos funcionan eficazmente y la administración de justicia mejora sus indicadores de productividad, la prescripción de la acción penal no debe entenderse como un instrumento a favor de los corruptos, pues los términos establecidos para perseguir el delito son razonables y, como se vio, se incrementan cuando el implicado es un servidor público.

Los principios que orientan las soluciones ofrecidas por el Derecho Penal

Las soluciones ofrecidas por el Derecho Penal en el combate contra la corrupción se sustentan en los siguientes principios:

- § Tanto las normas sustantivas como procesales penales tienen como fundamento el respeto por la dignidad humana. Los preceptos y postulados constitucionales sobre derechos humanos y los estipulados en tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, como la garantía del debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de doble incriminación, legalidad, igualdad, doble instancia, etc., hacen parte del ordenamiento penal y procesal penal².

- § No es conveniente que las leyes sean exageradamente represivas y deben contar con la aprobación del público, ya que de lo contrario corren el riesgo de no respetarse. A un buen número de jueces les disgusta enfrentar casos que ameritan sentencias que la comunidad considera excesivas.

- § La pena cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Para imponerla el juez debe regirse por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Adicionalmente, aun cuando la sanción tiene en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, las sentencias deben guardar consistencia y coherencia en casos similares.

- § En materia de delitos contra la administración pública, los cuales interesan a los fines de este libro de consulta, el Código Penal colombiano constituye un ejercicio de compilación de normas, pues incluye tipos penales contra la corrupción que anteriormente se encontraban dispersos en varias leyes, reduciéndose la posibilidad de escapar al castigo.

- § La revisión sistemática del marco jurídico penal (incluyendo las normas probatorias y la eficacia de las penas existentes) es indispensable, teniendo en cuenta los avances de la sociedad (especialmente científicos y tecnológicos) y debe obedecer a una política criminal previamente definida para evitar la expedición de normas que proporcionan soluciones coyunturales. También pueden surgir problemas si el sistema jurídico no se pone al día en cuanto al concepto de conducta delictiva de un organismo corporativo y de su penalización. El derecho penal debería remediar prácticas corporativas corruptas, tales como los "carteles de licitadores" para obtener contratos públicos, en que los supuestos competidores se coluden entre ellos para decidir quién obtendrá un contrato determinado y a qué precio. Ello debería lograrse mediante la imposición de sanciones a la empresa y no sólo a sus miembros u órganos de representación.

- § El problema que presenta la protección constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo en los casos de corrupción en que se exige a los individuos, una vez que se ha comprobado que su riqueza excede a lo que permitirían sus fuentes de ingresos declaradas, explicar la procedencia de tal riqueza a satisfacción del juez, puede ser resuelto con una disposición legal especial que indique que éste puede sacar conclusiones "ante la ausencia de una explicación satisfactoria por parte del acusado"³. O, como ocurre en Colombia, con tipos penales, como el denominado "enriquecimiento ilícito" (aplicable a particulares y a servidores públicos), que no exigen demostrar la existencia de un vínculo de conexidad entre la riqueza y su ilicitud, bastando con que aquella carezca de justificación. Se trata en los dos casos

Ley 678 de 2001

Mediante la cual se desarrolló el artículo 90 de la Constitución sobre acción de repetición. Se trata de una acción de carácter patrimonial que debe ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a una condena judicial de carácter económico en contra del Estado, o que ese mismo resultado adverso al patrimonio público se haya producido mediante una conciliación u otro mecanismo de terminación de un conflicto, bajo el mismo supuesto de una conducta personal de esa misma naturaleza. Esta acción debe promoverla cada entidad que se encuentra en el supuesto previsto en la citada ley.

Citado en el Informe del Comité de Expertos de la OEA sobre la Implementación en Colombia de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción. julio 2003.

2 Artículos 1º y 2º de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

3 Véase la ley sobre prácticas corruptas de Hong Kong (enmienda), número 29 de 1987, la cual coloca el peso de la evidencia en el acusado pero no requiere que éste presente pruebas bajo juramento.

Conductas asociadas al soborno, tipificadas en el Código Penal colombiano

Soborno: ofrecimiento de regalos, préstamos, honorarios, gratificaciones o cualquier otro tipo de beneficio, a cualquier persona a modo de incentivo para realizar un acto deshonesto, ilegal o que implica el quebrantamiento de la confianza, durante la conducción de los negocios de la empresa. En el Código Penal colombiano dichas conductas podrían asimilarse entre otras a cohecho o concusión.

Cohecho propio: recibir, por parte del funcionario público, para sí o para otro, dinero u otra utilidad o aceptación de promesa remuneratoria directa o indirectamente para retardar u omitir un acto propio de su cargo o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales.

Cohecho impropio: aceptar, por parte de un funcionario público, para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.

Cohecho por dar u ofrecer: el que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los dos casos previstos anteriormente.

Concusión: el funcionario público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite.

Así mismo, bajo el Código Penal colombiano se ha tipificado el soborno transnacional.

Soborno transnacional: ofrecer, por parte de un nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omite cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial.

de que el implicado pueda elegir entre presentar pruebas para justificarla o arriesgarse a ir a juicio si no lo hace.

- S El Estado debe poder confiscar los productos de la corrupción que con frecuencia se encuentran en manos de terceras personas o incluso fuera del país. El derecho penal debe ocuparse del rastreo, confiscación, congelación y cancelación de las ganancias ilícitas que se obtienen por medios corruptos. En desarrollo de este principio, en Colombia se promulgó la ley 333 de 1996, por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita.
- S También es necesario establecer disposiciones para garantizar que el delito de la corrupción incluya tanto el pago como la aceptación de sobornos, lo cual se logra cuando, como ocurre en Colombia, la ley considera al "determinador" de la conducta partícipe de la infracción y lo sanciona con pena igual a la que establece para el infractor. Por supuesto, si los "sobornos" no se ofrecen, sino que se obtienen a través de la extorsión, sería injusto acusar a quien los paga, ya que hacerlo sería victimizarlo doblemente.

Los límites del Derecho Penal

La cuestión del refinamiento de las leyes para combatir la corrupción por medio de juicios eficaces es una realidad en aquellos países que cuentan con un sistema judicial en operación y con investigadores lo suficientemente independientes o valerosos como para indagar sobre casos de corrupción que involucran a personajes de alto nivel. En Israel se llamó a cuentas a un Primer Ministro por lo que algunos considerarían faltas serias, pero comparativamente menores; en contraste, en Rusia en 1999 se otorgó a un presidente saliente inmunidad absoluta, aparentemente sin limitaciones.

La obtención de las pruebas

Otra limitante del Derecho Penal es la obtención de las pruebas, por cuanto, a diferencia de la mayoría de los delitos (pero igual que en el crimen organizado), la corrupción no deja víctimas que puedan presentar denuncias, ya que todos los involucrados se benefician y a cada cual le interesa guardar el secreto. Por tanto, resulta excepcionalmente difícil obtener pruebas de los delitos, lo que podría querer decir que quienes cometen la falta tienen poder sobre los demás.

Las "pruebas de integridad" a través de un señuelo (simulación de un hecho delictivo) son una manera de abordar el problema, pero un gran número de países manejan este método con extrema cautela o no lo contemplan en su legislación.

Se puede alentar a quienes cometen delitos a que se presenten a rendir pruebas. Esto se logra en Colombia mediante los denominados "beneficios por colaboración", que consisten en la reducción de la pena cuando el implicado colabora eficazmente en la identificación de dirigentes o cabecillas de organizaciones delictivas y en la demostración de su responsabilidad; en la identificación de bienes y fuentes de financiación de organizaciones delictivas que lleven a su incautación; en la localización del lugar donde se encuentra el secuestrado o desaparecido; finalmente, cuando suministra prueba que permita deducir responsabilidad al determinador, director o cabecilla, financista o promotor del concierto para cometer delitos o de asociación organizada con la misma finalidad.

Con frecuencia se cuenta con pruebas circunstanciales o indiciarias, pero la prueba real de los actos corruptos puede no existir. No obstante, en Colombia el indicio es un medio de prueba eficaz que permite deducir responsabilidad. Si a ello se agrega, como se dijo, que en los casos de enriquecimiento basta con que éste carezca de justificación, la propiedad de bienes que no corresponden al monto de los ingresos del implicado se convierte en hecho indicador para sancionar.

La reparación del daño causado con el delito

Se considera que el Estado es víctima de la corrupción, porque los dineros que acepta un funcionario corrupto de alguna manera le causan daño. Algunas veces, el pago hecho por el particular será reembolsado por éste ejecutando menores cantidades de obras o servicios o entregándolos de calidad inferior a la contratada; otras, podrá implicar el nombramiento de personas ineptas, incapaces de prestar el buen servicio encomendado, lo que puede traducirse en ineficiencia e ineficacia de los servicios administrativos o la causación de daños a terceros.

En Colombia, cuando el hecho de corrupción y el funcionario corrupto causen daño al Estado, éste puede entablar demanda para que el perjuicio que se le ha ocasionado se le repare en su integridad. Ello es así porque el ordenamiento civil colombiano prevé como una de las causales del surgimiento de la obligación "el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos". No obstante, para acudir a la jurisdicción civil en demanda de la reparación del daño causado por el delito, se requiere la prueba plena de que éste existió y de su autoría. Siendo éste el punto de partida de la acción civil, por razones de economía procesal, el ordenamiento penal ha previsto que la

El delito de peculado en Colombia

Este delito se refiere a la conducta del servidor público que por razón o con ocasión de sus funciones administra o custodia bienes del Estado, se apropia de ellos, los usa indebidamente, les da aplicación oficial diferente, o los deja extraviar, perder o dañar.

De acuerdo con un informe estadístico de la Fiscalía General de la Nación, el delito de peculado es el que registra el mayor número de procesos: en el año 2000 se iniciaron 9.461 investigaciones; en el año 2001 se iniciaron 9.044 y hasta el año 2002 (hasta la fecha de la respuesta, el 30 de agosto de dicho año) se habían iniciado 8.711.

La información estadística de la Fiscalía no permite establecer la proporción que del total de procesos iniciados corresponde a cada una de las modalidades que puede tener esta conducta delictiva (peculado por apropiación, peculado por uso, peculado por aplicación oficial diferente y peculado culposos).

Estas cifras hacen necesario llamar la atención sobre la necesidad de que Colombia examine las causas que pueden estar en el origen de este gran volumen de investigaciones en relación con el delito de peculado y determine las medidas específicas que se deben adoptar para evitar su ocurrencia y, en últimas, asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos.

Citado en el Informe del Comité de Expertos de la OEA sobre la Implementación en Colombia de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción. julio 2003.

reparación del daño causado por un ilícito pueda ser obtenida en el mismo trámite del proceso penal⁴.

Es así como el perjudicado, el Estado o un tercero, a través de abogado, puede constituirse en parte civil dentro del proceso penal iniciado con fundamento en el acto ilícito de corrupción, con la finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño individual o colectivo causado por la conducta punible. Es más, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, la constitución de parte civil con el objeto indicado es obligatoria en todo proceso iniciado por causa de delitos cometidos contra la administración pública; lo que quiere decir que las entidades públicas sólo acudirían a la jurisdicción civil en demanda de reparación cuando hayan omitido el deber de reclamar los perjuicios dentro del proceso penal correspondiente (sin perjuicio de las acciones que del incumplimiento de este deber se deriven para el funcionario responsable).

Quienes resulten responsables penalmente y aquellos que, de acuerdo con la ley, deban reparar el daño, están obligados, solidariamente, a indemnizar. Esto significa que la acción reparatoria puede dirigirse no sólo contra el autor o partícipe de infracción, sino también contra los "terceros civilmente responsables". Esta institución permite deducir responsabilidad patrimonial, por ejemplo, a la empresa que se beneficia del pago del soborno al funcionario y que, en los términos del ordenamiento penal, no podría ser considerada como autora o partícipe en la infracción, pero sí puede serlo como tercero responsable. Saber que pueden ser demandadas por el Estado y obligadas a pagar los perjuicios causados con el soborno, desalentaría de manera importante a las empresas a favor de quienes se ofrece este tipo de recompensas. No obstante, en contra de su efectividad aparece el problema de la impunidad, porque la orden de reparar el daño causado con el delito requiere la condena penal.

Recuperación de bienes ilícitos

Resulta axiomático que el delito no sea buen negocio. Sin embargo, en el mundo real los productos de la corrupción pueden ser enormes y la posibilidad de que el Estado de donde se extrajeron pueda recuperarlos, parecería mínima. A nivel internacional generalmente es necesario que los procedimientos penales se inicien antes que otros países se vean obligados a ofrecer ayuda en la localización y congelamiento de los bienes adquiridos por medios ilícitos.

En Colombia la ley⁵ dispone la pérdida del dominio de los bienes a favor del Estado, sin compensación ni contraprestación alguna para su titular, cuando ellos provienen directa o indirectamente, entre otras, de las siguientes actividades:

- § Enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares.
- § Perjuicio del Tesoro Público proveniente de los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, celebración de contratos sin requisitos legales, delitos

4 Véanse los arts. 21, 40 (último inciso), 43, 45 a 68, 69 a 72 y 137 a 141 del Código de Procedimiento Penal.

5 Ley 333 de 1996 "por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita".

contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

- § Grave deterioro de la moral social, como el testaferrato, el lavado de activos, la concusión, el cohecho, el tráfico de influencias.

Para los efectos de la ley son extinguidos todos los derechos y los bienes muebles, así como sus productos, frutos, rendimientos y también los recursos provenientes de la enajenación o permuta de los mismos bienes. Así mismo, procede la extinción de los derechos y bienes del adquirente que haya actuado con dolo o culpa grave respecto del conocimiento de las causales contempladas en la ley, cuando los ha obtenido de quien los adquirió ilícitamente, y también de aquellos adquiridos por causa de muerte sin que importe, en este caso, que el sucesor haya conocido o no la ilicitud de su origen.

Pueden solicitar la extinción del dominio la Dirección Nacional de Estupefacentes (cuando los bienes provienen del narcotráfico), la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, cualquier persona, entidades o autoridades extranjeras u organismos internacionales. La Fiscalía General de la Nación inicia oficiosamente la acción. La declaratoria de extinción corresponde a los jueces competentes para conocer de las actuaciones penales.

La acción de extinción del dominio es distinta e independiente de la responsabilidad penal y es complementaria de las actuaciones penales. Por tal razón, las entidades estatales pueden promover la acción cuando la actuación penal termina por cualquier causa y no se ha declarado en ella la extinción del dominio o sólo ha recaído sobre una parte de los bienes.

El Derecho Administrativo

Además de las acciones a través de las cuales los ciudadanos someten a revisión judicial las actuaciones y omisiones de la administración, con el fin de salvaguardar el orden jurídico y obtener la reparación de los daños causados, así como la acción de repetición mediante la cual el Estado condenado judicialmente se resarce del pago efectuado por causa del funcionario ineficiente o corrupto, todas las cuales se tratan en el capítulo "El Derecho Administrativo y la revisión judicial de las actuaciones administrativas", el Derecho Administrativo colombiano ofrece todo un sistema de normas mediante las cuales intenta combatir la corrupción y algunas acciones de creciente importancia con las que los ciudadanos pueden hacer cesar los efectos de los actos corruptos, ineficientes o ilegales, logrando la protección de los derechos individuales o colectivos.

La profusa normatividad colombiana comprende, entre otros:

- § El *Estatuto Antitrámites* expedido por el gobierno en 1995 con fundamento en facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos innecesarios existentes en algunos sectores de la administración pública⁶;

⁶ Decreto Extraordinario 2150 de 1995.

- § El *Estatuto Anticorrupción* adoptado en el mismo año por el Congreso de la República para preservar la moralidad pública y erradicar la corrupción administrativa⁷;
- § El *Código Disciplinario Único*, mediante el cual el Congreso integró los diversos regímenes disciplinarios y estableció un procedimiento único, con algunas pocas excepciones, para investigar y sancionar las conductas imputables a los servidores públicos, la gran mayoría de las cuales aparecen descritas en el mismo texto⁸;
- § El *Estatuto de la Contratación Estatal*, que regula los procedimientos de adquisición de bienes, obras y servicios por las entidades estatales, la ejecución de los contratos y su liquidación y establece las reglas de la responsabilidad de servidores, contratistas, asesores y consultores intervinientes en los procesos de contratación⁹.

Además de estos estatutos con los cuales se busca combatir las prácticas corruptas, diversas normas contenidas en estatutos especiales describen conductas reprochables predicables de los servidores públicos y les imponen deberes y obligaciones cuyo incumplimiento es susceptible de ser sancionado.

Vale la pena destacar que el *Estatuto de Contratación* confiere a la jurisdicción de lo contencioso administrativo competencia para declarar la nulidad de los contratos celebrados por las entidades estatales, entre otros, por hechos relacionados con la corrupción, abuso de poder y conflicto de intereses, tales como la suscripción con personas incurso en inhabilidades o incompatibilidades para contratar o contra expresa prohibición constitucional o legal o con abuso o desviación de poder; también, cuando por inconstitucionalidad o ilegalidad se declaran nulos los actos administrativos en que se fundamenta el contrato, como lo es el acto de adjudicación. En otros países, para llegar a la misma declaratoria, es preciso acudir a las normas del derecho civil.

Las acciones populares

En el sistema jurídico colombiano se destaca la regulación de las denominadas "acciones populares"¹⁰, a través de las cuales cualquier persona natural o jurídica, ONG y algunas autoridades públicas, actuando en favor de los afectados por una acción u omisión de un particular o de una autoridad que viola o amenaza violar los derechos e intereses colectivos, reclaman la protección de éstos. Uno de los derechos e intereses previstos por la ley es la "moralidad administrativa", que ha sido definida como la "conformidad de las actuaciones administrativas con los principios y preceptos de la moral social predominante"¹¹.

El objeto de la acción es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza o vulneración de dichos derechos e intereses o restituir las cosas a su estado anterior, si es posible. En la sentencia el juez civil o administrativo, según que la acción se dirija contra un particular o un ente público, puede dar orden de hacer o no hacer, de condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado un daño y de disponer la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior, cuando ello es posible.

7 Ley 190 de 1995.

8 Ley 200 de 1995.

9 Ley 80 de 1993.

10 Véase la ley 472 de 1998

11 Madrid-Malo Garizábal, Mario. Diccionario de la Constitución Política de Colombia. Legis Editores S.A., Bogotá, 1997.

Cuando el objeto de la acción es la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tienen derecho a recibir el 15% del valor que recupere la entidad pública como resultado de la acción entablada. La ley prevé la responsabilidad solidaria de la entidad contratante y el contratista cuando se trate de sobrecostos u otras irregularidades en la contratación.

No obstante que las acciones populares son un instrumento importante en el combate contra la corrupción, presentan algunas limitaciones¹²:

- a) la ausencia de una instancia de revisión para unificar la jurisprudencia, habida cuenta de que unas acciones serán resueltas por jueces civiles y otras por jueces administrativos;
- b) falta de claridad en la disposición que establece la independencia de la acción popular de la acción disciplinaria, lo cual se ha traducido en el rechazo de la primera cuando se está adelantando la segunda;
- c) falta de claridad del alcance de las acciones populares frente a las competencias específicas propias de los organismos de control o en relación con otras acciones contencioso administrativas (como la de nulidad y la contractual), lo cual ha conducido a denegar la acción popular señalando que primero debe acudir a otros medios de defensa judicial y dando a dicha acción un carácter subsidiario no previsto en la ley.

La acción de cumplimiento

Es un mecanismo creado por la Constitución de 1991 para asegurar que se cumplan las leyes dictadas por el Congreso y los actos administrativos dictados por las autoridades administrativas. De esta manera, la acción es un instrumento valioso de participación y control de la ciudadanía sobre la gestión de lo público. Su carácter es subsidiario, esto es, no puede ejercerse cuando existe otro medio para obtener el fin perseguido.

La acción puede ser interpuesta por cualquier persona, las ONG y los servidores públicos y se dirige contra la autoridad o el particular que cumple funciones públicas. Se puede presentar a quien le corresponda hacer efectivo el cumplimiento de la norma que se considera incumplida. Su ejercicio exige al demandante probar la renuencia de la administración; es decir, demostrar que requirió de la administración el cumplimiento de la disposición y que aquella no respondió dentro de los diez días siguientes al requerimiento. La acción es improcedente cuando persigue el cumplimiento de normas que decreten gastos.

"Mediante la acción de cumplimiento, lo que se quiere es evitar el daño o detenerlo cuando éste se está produciendo, mediante un llamado de atención sobre la legalidad de una determinada conducta. Desde esta comprensión, la acción de cumplimiento puede producir importantes efectos en el patrimonio público, evitando numerosas condenas al Estado"¹³.

¹² Tomado de Estudios Ocasionales CIJUS. Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Bogotá, junio de 2001.

¹³ Cuéllar Bastidas, Parmenio. Senador de la República. Ponencia para segundo debate al proyecto de ley No. 24 de 1994, Cámara; 167 de 1995, Senado. Citado en Acción de Cumplimiento por Jairo Enrique Solano Sierra, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1998, p. 190.