

Análisis de Responsabilidad Estatal en la Constitución Política de 1991 en casos de corrupción.

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana



**Análisis de Responsabilidad Estatal en la Constitución Política de 1991
en casos de corrupción.**

Autor
Andrea Gómez Vallejo

Asesor
Pablo Andrés Garcés
Diciembre 2020

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana
2020

Agradecimientos

Este proceso de investigación, reflexión y escritura es una labor compartida.
Con mi mentor, entrenador y amigo: el sensei, filósofo y abogado Nicolás David Alvarado.
Por la paciencia, las correcciones, el tiempo y los consejos. Para la monografía y para la vida.
Y a mi mejor amigo y pareja, Cristian R. Fernández, por la compañía, por la comprensión y ser el primer y último en darle sentido a mi escrito.
Es de ustedes.

RESUMEN

El concepto de Estado; rediseñado a través del tiempo y las condiciones sociales y económicas, concurre en la misma vertiente: la de servir y dar fe de las garantías básicas para el ser humano, impregnando de legitimidad las diferentes actuaciones, a cambio del deber de obediencia de estos.

Dentro de estas garantías, en Colombia, a partir del año 1991 se estima la responsabilidad estatal por las actuaciones de las autoridades públicas que causen un daño antijurídico, lesionando así la legitimidad contemplada en la Constitución.

El objetivo de esta investigación de responsabilidad estatal se centra en la corrupción como uno de los problemas que más afecta esta legitimidad; por lo cual se evalúa una propuesta a corto, mediano y largo plazo para combatir esta y marcar un camino a seguir para empezar a reponer la legitimidad de este.

Palabras clave: responsabilidad, legitimidad, captación, dignidad humana, corrupción, ética, función pública.

ABSTRACT

The concept of the State; redesigned through time and social and economic conditions, concurs in the same aspect: that of serving and attesting to the basic guarantees for the human being, permeating of legitimacy the different performances, in exchange for the duty of obedience of these. Within these guarantees, in Colombia, since 1991, the State has been held responsible for the actions of public authorities that cause anti-legal damages, thus harming the legitimacy contemplated in the Constitution.

The objective of this research on state responsibility is to focus on corruption as one of the problems that most affects this legitimacy; therefore, it evaluates a short-, medium-, and long-term proposal to combat it and mark out a path to follow in order to begin to restore its legitimacy.

Keywords: responsibility, legitimacy, recruitment, human dignity, corruption, ethics, public function.

Tabla de Contenidos

Introducción	6
Capítulo 1: Desarrollo histórico del Estado.	8
Capítulo 2: La Responsabilidad Estatal en la Constitución Política de 1991.	20
Capítulo 3: ¿Cómo combatir la corrupción?	35
Conclusiones	48
Bibliografía	52

Introducción

Este proyecto de investigación, recopilación y reflexión tiene como tema central el problema de corrupción en Colombia y la responsabilidad que tiene el Estado como institución por el uso inadecuado de los recursos puestos a disposición de los funcionarios y autoridades públicas; intentando, en el proceso, determinar tanto sus orígenes como las potenciales soluciones, como la responsabilidad penal empresarial equiparada al Estado; este último, entendido como el garante de la seguridad pública.

Asimismo, se logra evidenciar que no es un problema nuevo que afecta al país, subsiste la corrupción y el clientelismo que han sido difundidos y puestos en conocimiento por diferentes medios de comunicación, como una muestra de la debilitación de las instituciones por diversos factores, tanto históricos como normativos, a un nivel social y político, esta es la importancia de estudiar este tema en particular, que tiene formas variadas de ser abordado.

Estas situaciones tienden a normalizarse desde las diferentes esferas del poder público; lo cual, hace más complicado el control efectivo del mismo, basado en los diferentes aspectos y funcionalidades que se han adoptado para combatir esta problemática.

Por lo cual, lleva a preguntarse si el Estado es corresponsable de estos actos, si con su acción u omisión está permitiendo, proporcionando o facilitando estos, o si por el contrario, tiene el control de las situaciones adversas que atentan contra la legitimidad del Estado y hace lo que está a su alcance con las herramientas que le ha proporcionado el desarrollo histórico del Estado y actualmente, la Constitución Política de 1991; la cual ha procurado un escenario que implica una mayor protección, así como compromiso de los organismos estatales y una reestructuración de los órganos de control, lo cual hace más sencillo permear dentro de una estructura que pretende abarcar más de lo que puede controlar; no haciéndola ineficaz, sino débil.

En el capítulo I se hace un análisis del Estado desde sus primeros orígenes para identificar el nacimiento y desarrollo de Colombia como entidad y determinar cómo se llega a tratar la corrupción desde un Estado que pasó por tantas etapas y cambios en un corto periodo de tiempo, mostrando los aspectos más relevantes para llegar a la construcción por la Asamblea Constituyente de la Constitución de 1991; que es el tema que se desarrolla en el capítulo II, específicamente con el desarrollo del artículo 90; en el cual, el Estado Colombiano asume responsabilidad en por los daños antijurídicos que le sean imputables con el accionar de las autoridades públicas. En este capítulo, también se desglosa la estructura plasmada en esta última y se interpreta cómo llega a impactar en el crecimiento del Estado una problemática como la corrupción; basada en parte, de la utilización de las mismas estructuras planteadas en esta; ya que, el proceso histórico del Estado Social de Derecho en Colombia significó un cambio de paradigma, que implicó una nueva práctica jurídica y revolucionaria una manera de implementar el Derecho; de la mano de instituciones y pilares como la democracia, equidad social y legitimidad.

Sin embargo, estas estructuras, también se pueden ver inmersas en actos de corrupción; por tanto, es importante que estos armazones estatales cuenten con herramientas; internas y externas para; no solo sancionar, sino controlar y evitar la producción de estos; es precisamente esto, el tema que desarrolla el capítulo III, en el cual se hace un análisis de

soluciones más acordes a la problemática vivida; enfocada en plazos para su ejecución; es decir, a corto, centrados en la punibilidad, no a sancionar con pena de prisión; sino con medidas direccionadas al control patrimonial y la vigilancia fiscal, a mediano, planteando la figura de la responsabilidad penal empresarial, equiparada al Estado en su figura de persona jurídica pública, permitiendo que esta sea juzgada como tal; permitiendo una sanción en abstracto a estas, y a través de un sistema que permite el rediseño de la punibilidad y las sanciones al Estado; más allá de la reparación a las víctimas, y a largo, enfocado en la educación de la ciudadanía y en la construcción de mecanismos encargados de proporcionar conocimientos del manejo del Estado y pensamiento crítico político.

Para, finalmente, determinar que el Estado ha implementado las herramientas adecuadas; no obstante, se han quedado cortas para brindar seguridad jurídica a los ciudadanos que confían en el Estado, con el fin de lograr un liderazgo ético que obliga a readaptar el derecho, más aún cuando la misma Constitución se ha convertido en un instrumento para el mal uso de los recursos puestos a disposición de funcionarios y servidores públicos.

Para este desarrollo se parte de un panorama general al particular; a través de un método deductivo; donde se partirá de la comparación de conceptos e investigación del origen del Estado por importantes teóricos a lo largo de la historia; explicando de esta manera las razones de la actual Constitución colombiana alrededor de la construcción del Estado Social de Derecho. Para pasar a continuación a un análisis profundo de esta, con el fin de determinar el atentado de la corrupción a la legitimidad estatal y el nacimiento de la responsabilidad del Estado; junto a su desarrollo constitucional y jurisprudencial, sin dejar de lado la corrupción como elemento desarticulador de la sociedad, para el cual se plantean diversas soluciones que podrían enfrentar y evitar el problema.

Capítulo 1: Desarrollo histórico del Estado

A lo largo de la historia autores de diversas áreas han buscado entender los modelos de comportamiento y organización social de los diferentes grupos humanos, llegando a conclusiones que coinciden - por lo general - en una estructura de poderes, en las que se priorizan creencias e instituciones culturales dominantes, principalmente por la necesidad de protección interna, externa y de estabilidad.

Podemos situar el estudio del origen en dos de las teorías más importantes, posterior a la disolución de las comunidades primitivas, basada en vínculos familiares. Así que, se tendría:

1. Teoría contractualista: De la cual parte la idea que estas organizaciones políticas y jurídicas provienen de un "pacto".

Autores como Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau son pioneros de esta teoría.

Caso tal, es la magna obra "El Contrato Social", escrita por este último:

Este contrato no es, por consiguiente, el producto de una reflexión intelectual que incita a la constitución de la sociedad para evitar la destrucción del individuo; es la manifestación de la soberanía de la voluntad general en un Estado Democrático puro, respetuoso de los derechos naturales de cada persona, cuya renuncia a la libertad no es más que la renuncia a la libertad de obrar con el egoísmo propio del Estado de falsa civilización. (Domingo, 2002)

2. Teoría naturalista: Parte de la idea de que el Estado nace de la naturaleza.

Autores como Platón, Santo Tomás de Aquino y Aristóteles son precursores de esta teoría, afirmando que:

La antropología tomista incorpora una visión cristiana que exige el respeto a la persona, como ser de incalculable valor llamado a fines sobrenaturales que exceden de la competencia del poder político. (...) Hasta aquí la filosofía política parecería estar en armonía sustancial con la de Aristóteles, de la que manifiestamente se deriva. Sin embargo, un examen más minucioso revela que al adoptar el concepto aristotélico de la naturaleza política del hombre y de la vida humana, Santo Tomás de Aquino lo ha modificado profundamente bajo la influencia del cristianismo y del estoicismo, y a consecuencia del alto grado de claridad y de certidumbre que atribuye a la noción de Dios como legislador, en ambas tradiciones. La excelencia humana ya no es definida ni circunscrita por las condiciones de la vida política». (Fortín. 1993, pág. 252)

Ambas teorías conllevan a las estructuras de poderes de organizaciones sociales que hoy se conocen como Estado.

A su vez, se puede estudiar al Estado en tres grandes grupos:

- Estado Primitivo.
- Estado Feudal.
- Estado Nación.

Pasando brevemente por estos, tenemos que el Estado Primitivo no tenía, específicamente, una estructura escrita y arraigada, pero existían las prácticas políticas y

jurídicas; así como papeles en las formaciones de grupos, que no se pueden dar por sentadas por la poca información que se tiene al respecto. Dicho así, el autor Pierre Clastres identifica la problemática para el reconocimiento de estos en lo económico, por la carencia de historia:

Y se las determina en lo económico: con economía de subsistencia. Si con esto se dice que ignoran la economía de mercado donde fluyen los excedentes, no se dice nada, sólo se subraya otra deficiencia más, siempre en relación con nuestro propio mundo. Están sin Estado, sin escritura, sin historia, sin mercado. Pero el sentido común objeta: ¿para qué sirve un mercado sin excedentes? (...) ¿la economía de estas sociedades es realmente de subsistencia? (Campagno. 1998)

Al respecto, se puede decir que no, que la carencia de un sistema escrito no implica el salvajismo (entendido como un modo de obrar de lo no civilizado) que se le adjudica a una sociedad basada en sistemas de consumo más simples en relaciones familiares y etnocentristas.

Ahora bien, es en el Estado Feudal donde se ve uno de los mayores avances de las formaciones políticas de Estado.

Los estudios de antropología política al respecto se centran en el origen de los Estados como forma de dominación política (Krader, 1982; Clastres, 1974), de la mano del uso de los poderes correctivos y la gestión pública y administrativa, que son dos de los factores más relevantes al tratar el tema de Estado. Así, Joel Migdal define al Estado como “un campo de poder marcado por la amenaza y el uso de la fuerza caracterizado por: 1. La imagen de una organización coherente que controla un territorio, la cual es una representación de la gente unida bajo ese territorio y 2. Las prácticas reales de sus múltiples partes” (Migdal, 2001: 15-16). Es decir, esta ficción que llamamos "Estado" existe con la finalidad primordial de organizar, de hacer funcionar un sistema, establecido de manera tal que la cúspide de la estructura piramidal sea el eje del control; teoría que comparten numerosos estudiosos para definir el Estado, junto con la necesidad de crear un aura de poder legítimo e irrefutable. (Hevia de la Jara. 2009).

También, viéndolo desde la perspectiva de los actores estatales, el Estado se puede entender como “un campo de poder marcado por la amenaza y el uso de la fuerza caracterizado por: 1. La imagen de una organización coherente que controla un territorio, la cual es una representación de la gente unida bajo ese territorio y 2. Las prácticas reales de sus múltiples partes” (Migdal, 2001: 15-16), esta teoría llevándose más a la práctica del poder coercitivo del Estado y la ejecución del mismo.

Es aquí, por ejemplo, donde se evidencia la importancia de esta "gente unida" que confirma el Estado, en el escalafón más bajo de la pirámide, esta sociedad civil que viene siendo tanto el centro como el soporte; dice Isuza:

"La sociedad civil es una institución donde toman forma las solidaridades interpersonales y grupales. Es el espacio de sociabilidad que media entre el Estado y la familia, no centrado en las motivaciones de dominio o de ganancia. De esta forma, la sociedad civil es una red de relaciones entre sujetos que se reproducen de manera relativamente autónoma frente al Estado y al mercado. Esta conformación es el

resultado de un particular proceso de complejización que se corresponde con la necesidad de institucionalización de cierta moralidad en el ámbito legal e institucional (Isunza, 2001: 114).

Todas estas asociaciones permiten ese desarrollo y autonomía dentro de los límites impuestos por el Estado, sus políticas públicas y proyectos políticos.

Ahora bien, es en el Renacimiento donde se adopta el término de "Estado" por Maquiavelo (Maquiavelo, 1895: pág. 5) donde no hay un cambio significativo en razón a los derechos civiles, sino una caracterización del poder dentro del concepto de "Estado-Nación" con y cabeza en la Monarquía. Estos derechos civiles son los mismos que no se consolidarían hasta el final del sistema feudal en el siglo XVI, con la manifestación del sistema capitalista que llevaría a las revoluciones más significativas de la época: la Revolución Inglesa de 1688, la americana de 1776 y la francesa de 1789, llevando, esta última al desarrollo de los derechos civiles y; a su vez, al Estado de derecho, el cual es muy relevante para el desarrollo de este trabajo de investigación. Estos derechos tienen como finalidad liberar al individuo del poder omnímodo y arbitrario del Estado, tal como lo hace ver "El Leviatán". (Hobbes. 1651)

Aquí se fundamenta el Estado liberal; que explica con suficiencia el Juez Juan Fernando Silva, así:

En el Estado Liberal los derechos, conocidos también como derechos de primera generación, son subjetivos y podrían clasificarse como individuales en tanto sólo pertenecen al individuo, en favor de éste y como mecanismo de protección contra los demás; naturales porque existían antes del estado mismo y son inherentes a la persona humana; protectores contra los ataques de terceros y el Estado; unilaterales en tanto se toman para cada individuo aislado y determinados (libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión); se concretan entonces en un deber de abstención del Estado, no interferir, e impedir que los particulares interfirieran en la vida de otros, laissez faire, laissez passer (dejar hacer, dejar pasar). (Silva, 2012). (Henao. 2012)

Demostrando una priorización del individuo, más que de la sociedad. En la importancia de sus necesidades por encima de las demás, acentuando la desigualdad de clases.

El concepto de Estado Nación nace con la finalización de la Guerra de treinta años en Alemania y la guerra de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos, con la firma de los dos tratados de paz de Osnabrück y Münster, firmados en 1648, con el cual se acaba con último orden feudal y se da paso a organizaciones territoriales definidas en torno a un gobierno que reconoce sus límites y su poder, caracterizada por tener un territorio claramente delimitado, una población relativamente constante y un gobierno.

Con el pasar de los siglos y entrando al eje del Estado de derecho social, se empieza a considerar las mínimas condiciones de vida, la dignidad humana y la garantía a los derechos como obligación del Estado, reconociendo que la soberanía radica en el pueblo, establece jerarquías de las normas y la división de las funciones del Estado, creado por Montesquieu.

Para el Estado Social de Derecho en el siglo XIX, se enfrenta una acción benéfico-asistencial que da respuesta a necesidades de tipo material de primera necesidad; más no se pretende eliminar la situación de marginación, considerando que la desigualdad es un elemento propio de la sociedad (Valverde Molina, 1988); se resalta que esta concepción de derechos se orienta más a los ideales de beneficio o caridad, dejando de lado el concepto de dignidad humana (Valverde Molina, 1988), ya que, el concepto del mismo se transforma y adquiere aristas según su interpretación y aplicación, haciendo, a su vez que goce de inseguridad jurídica.

Es por esto que países europeos implementan lo que llamaron "Estado de Bienestar" donde el Estado, en el uso de todas sus potestades, es garante de servicios de primera necesidad como educación, vivienda, salud y alimentación para todas las ciudadanas. Esto, de la mano de los derechos de primera generación que se desarrollaron en dichas épocas.

Todo esto ha permitido una apreciación del Estado en el cuál, éste, como institución consigue una imagen de organización coherente, principalmente por medio del nacionalismo y la invención de una identidad común, sumado a las mencionadas anteriormente: el poder correctivo y la gestión pública.

Por otro lado, y a la par de la evolución Europea, en América, el continente aún por descubrir se dieron importantes avances para la creación de un concepto unificado de Estado.

Podemos decir que en América tenemos dos visiones del Estado, la hispánica y la aborígen; la primera se ha estudiado con suficiencia, mientras que la segunda, por falta de interés y recursos físicos no se conoce mucho y no ha sido un tema de estudio.

Sin embargo, ambos se han encargado de trazar una línea de legislación, que comparten ciertas similitudes; generalmente, se ha visto regida por familias en las que se hereda el poder; quizá, en un rezago del concepto romano de los Patricios.

Adicional a esto, son estructuras condicionadas a las esferas económicas y con mayor capacidad de adquisición; quienes ejercen el poder sobre las cuestiones políticas, representando intereses internos y externos al mismo campo político.

Según los pocos registros precolonización, la organización política y jurídica de las civilizaciones que habitaban en el territorio; que se estudiaron en tres grandes grupos, dos siendo los más relevantes para las universidades españolas: Incas y Mexicanos, que se basaban en una especie de teocracia monarquía donde los jefes supremos obtenían el poder por designio de sus dioses, y era según sus costumbres y tradiciones como se impartía la justicia; generalmente, dentro de esos grupos, en tribus más pequeñas, se desenvolvían actividades más propias del socialismo, debidamente implementado, teniendo en consideración la poca extensión de la soberanía y es espacio que ocupaban dentro de los grupos más grandes. Así, el Imperio de los Incas se pudo expandir en su modelo unitario y ser el que hoy se conoce como el más grande que ha habido en el continente americano.

Sin embargo, fue el imperio del norte del continente, hoy México, en razón a su crecimiento, la necesidad de nuevos modelos surge y se empiezan a mostrar nuevos modelos

económicos que, a su vez, trajeron a estos grupos estatus a ciertas personas, creando una nueva clase social:

Los incas o jefes supremos de esta organización eran temidos y obedecidos en forma absoluta por todos sus súbditos, quienes los reputaban como "gente muy capaz y de mucho gobierno", según decía el conquistador Lejesma. (...) Hay una similitud extraordinaria entre la organización Azteca y la Romana primitiva. En ambos tuvieron preponderancia dos clases: la nobleza y el clero, y una nueva fue adquiriendo día a día con altura y fuerza: los comerciantes. (Guier, 2014).

Estos, con un poder militar y de comercio fueron los de mayor evolución normativa, igualmente supeditados a la influencia sacerdotal. Los emperadores no eran monarcas unitarios; en esta época, sólo ostentaban el poder de jefe político, su competencia era controlada por los sacerdotes y eran quienes; de la mano de los designios de los dioses, podrían reemplazarlos.

Perú era un imperio que tenía por fondo de vida social la educación que se impartía desde el Cuzco y la poderosa organización agraria que sustentaba sus componentes en medio de las desoladas de rocas de los Andes. Mientras la religión mexicana tenía su soporte moral en la serie inmensa de sacrificios sangrientos que se ofrecían diariamente al sediento Huitzilopochtli o Dios de la Guerra; en el Perú, los Soldados del arcoíris cuando llegaban a una ciudad prohibían tal clase de sacrificios. La religión inca se basaba en el amor al Sol, creador de los hombres y padre amoroso de la agricultura. Hay, sin embargo, un punto común entre ambas civilizaciones: en las dos se formó una poderosísima clase sacerdotal que a través de la gran influencia que ejercía en el ánimo de los emperadores incaicos o aztecas, guiaba la política del país. (Guier, 2014)

Ahora bien, Colombia como Estado particular ha tenido su desarrollo desde diversos modelos y ejemplos traídos del desarrollo histórico del primer mundo; con la conquista española y se han identificado varias civilizaciones, unas más avanzadas que otras y con diferentes organizaciones políticas, sociales y jurídicas, como estas, que han sido dos de las más conocidas y representativas para la cultura colombiana:

- Tairona (S.III-S. XV): Organizados estos en unidades políticas que dominaban diferentes territorios, independientes liderados por confederaciones frágiles. No consolidaron gobiernos sólidos y centralizados. La clase dirigente, arriba de la pirámide estaba conformada por caciques, guerreros, manicatos y naomas; estas élites basaban su poder en el control de los recursos más escasos, como las esmeraldas. También dependían de adoraciones a sus dioses, como el sol, la luna y las estrellas, con entidades, géneros y relaciones entre sí. Eran principalmente, agricultores, lo que hacía que su economía estatal girara en torno a estos y a intercambios de estos productos, con culturas vecinas; así fue su primer acercamiento con los españoles.
- Muisca (S.VI): El sistema de agricultura era un “modelo de micro verticalidad” que se concentraba en diferentes zonas climáticas, estableciendo viviendas transitorias, donde aprovechaban al máximo recursos; que se podían aprovechar anualmente, así

como comercializar con diferentes tribus. Tenían una estratificación piramidal, siendo el primer rango ocupado por jefes de tribus o clanes y los sacerdotes (distinguidos por el uso y derecho a exhibir objetos de lujo), seguidos de los guerreros, de ahí los alfareros, artesanos, mineros de sal, mercaderes y trabajadores del campo, cerrando con los esclavos. Esta confederación se encontraba dividida en dos grandes unidades políticas: Zipazgo, con su gobernante: Zipa y Zacazgo con su gobernante: Zaque.

Los cuales se dividían a su vez en clanes y tenían normas de sucesión por la línea materna, matrilineal; ambas unidades sostenían relaciones mercantiles y políticas, pero tenían constantes disputas por el control territorial; especialmente en zona fronteriza.

Después de la colonización, en uno de los periodos más significativo para esta investigación, tenemos la Gran Colombia, la cual se constituyó con la Constitución de 1821, organizando la República con la unión de Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia y Panamá, influenciada por Simón Bolívar para unificar los ejércitos y la política de la región, así como el fomento a su economía y su autonomía.

Este gran Estado; que se disolvió en 1830, cuyo modelo fue discutido por el seno del Congreso de Angostura:

La gran discusión en torno a la adopción de un sistema federal o central de gobierno concluyó con la aceptación de la forma centralista de gobierno y de administración, lo que sería *a posteriori* uno de los argumentos más importantes para los futuros desacuerdos entre los hombres de la política nacional, entre los habitantes de los territorios anexados, y a consideración del mismo Bolívar:

No convengo en el sistema federal entre los populares y representativos, por ser demasiado perfecto y exigir virtudes y talentos políticos muy superiores a los nuestros; por igual razón rehusó la monarquía mixta de aristocracia y democracia que tanta fortuna y esplendor ha procurado a Inglaterra. No siéndonos posible lograr entre las repúblicas y monarquías lo más perfecto y acabado, evitemos caer en anarquías demagógicas, o en tiranías monócratas. Busquemos un medio entre extremos opuestos que nos conducirán a los mismos escollos, a la infelicidad y al deshonor. Voy a arriesgar el resultado de mis cavilaciones sobre la suerte futura de América; no la mejor, sino la que sea más asequible. (Blanco, 2007. Pág. 71)

Así, es que la Gran Colombia tuvo un modelo centralista que se orientaba más al liberalismo económico, donde el Estado le apuntaba a la eficiencia de la asignación de recursos a través de un mercado libre para alcanzar el desarrollo económico de dicha región, de la mano de la libre empresa, libre mercado y a liberación económica; demostrando así, la potencial arma económica que se traía Simón Bolívar entre manos: la recuperación de capital y la crisis económica que se dio, posterior a las guerras de Independencia que llevaron a cabo estos países.

La Gran Colombia adoptó un aparato político, un aparato jurídico y un aparato económico para trabajar de manera sistemática en gobernar, organizar y dirigir la nación y controlar los impuestos y el gasto público. Es este el antecedente primario de las ramas de

poder que se han mantenido en Colombia: la ejecutiva, la legislativa y la judicial. Pese al avance histórico y político que representaba esta nueva nación, se hace evidente la diferencia entre sus principales exponentes y las propuestas de reformas de Constitución, por ejemplo, la constitución boliviana, sancionada en 1826 que planteaba muchas contradicciones con la constitución de Cúcuta, que defendía Santander con tanto fervor, y que daría pie a la intención separatista y al federalismo en constituciones venideras.

Tras numerosas discusiones y la inminente ruptura por opiniones diferentes que influían en la Constitución y el modelo de gobierno, se conoce la muerte de Simón Bolívar, que puso fin a cualquier iniciativa que apuntara a la reconstrucción de la Gran Colombia, solo animó la ruptura de los separatistas y ésta se organizó en tres nuevos Estados: Venezuela, Ecuador y Nueva Granada, cada uno con su propia constitución y modelo de Estado propio.

La Nueva Granada estableció; a su vez, una república centralizada y presidencialista; otorgando mayor poder a las provincias, que aquí se denominaron “departamentos” y tendrían un líder denominado: “gobernador”, esta Constitución se ciñó a los siguientes considerandos:

- Que los pueblos de la antigua Venezuela se han erigido en un Estado independiente;
- Que, en consecuencia, los pueblos de la antigua Gran Colombia están en libertad de organizarse y constituirse de la manera más conforme a su felicidad;
- Que las provincias del centro de Colombia poseen por sí solas todos los recursos, poder y fuerzas necesarias para existir como un Estado independiente, y para hacer que se respeten sus derechos;
- Que, sin embargo, hay varios intereses, relaciones y deberes que, siendo comunes a ambos pueblos deben arreglarse por recíprocos convenios, además es útil promover aquellos pactos de unión que aseguren de una manera solida la eterna amistad de los dos pueblos y que los hagan más fuertes contra sus enemigos;
- Que al adoptar esta resolución es de toda justicia dar un testimonio explícito de nuestra buena fe con respecto a nuestros acreedores nacionales y extranjeros.¹⁰

La Ley Fundamental estableció a la Nueva Granada como una nación igualitaria e independiente, de una república unitaria presidencialista.

La Ley Fundamental involucró las reformas liberales a que Bolívar se había opuesto en los últimos años de su gobierno y de su vida; el nuevo Estado, ahora más independiente que en 1821, buscó acercarse más al esquema de representatividad, al respeto constitucional y al modelo de Estado de Derecho, y con mayor grado de liberalidad especialmente en lo que toca a la economía y al comercio, a la opinión pública y a la prensa, al respeto por la propiedad privada y a la secularización del Estado, todas ellas medidas que habían quedado pendientes en la anterior administración Santanderista y que para entonces ya tenían una corriente que las alimentaba: el Utilitarismo Ventajista. (Blanco, 2007. Pág. 82)

La Nación fue ratificada en nombre de Dios y la iglesia católica, de la mano de los mismos centralistas. Es también, esta intención de adoptar el liberalismo en materia económica y política, lo que hace que vuelva a posiciones vistas en la constitución de Cúcuta, con tendencias centralistas como el restablecimiento del periodo presidencial de 4 años. El

aporte federalista fue el desarrollo de sus propios planes económicos y sociales; previa aprobación del Congreso.

Fue en este periodo que los centralistas y los eclesiásticos empezaron a distinguirse con el nombre de conservadores y sus oponentes los federalistas, con el nombre de liberales. La lucha ideológica, política y militar en todo el territorio para definir el destino del país radicalizó sectores y regiones. Se creó el ambiente propicio para el surgimiento y configuración definitiva de los partidos históricos colombianos: el Liberal y el Conservador. Lo que terminó por disolver la Nueva Granada.

Pasada esta, se tiene registro histórico de la etapa de la Confederación Granadina, 1858, la cual establecía por su naturaleza federal que todo lo que fuese competencia de la Confederación, sería responsabilidad de los 8 estados que lo conformaban. Esta Constitución, dotaba a los Estados de una competencia compartida con el gobierno central, como el servicio de correo, concesión de privilegios exclusivos, auxilios y conservación de vías de comunicación y el fomento de la instrucción pública; no obstante, éstos gozaban de autonomía y capacidad para ejercer derechos que no habían tenido antes.

Aquí el Estado dota a las regiones de autonomía política y económica, suprimiendo en su mayoría las capacidades del poder central, evitando así dictaduras y el mal manejo del poder, sentando las bases de tres décadas de predominio de los poderes regionales y locales en la República, como se venía pidiendo desde los Santanderistas, en el período de La Gran Colombia, contando con la presencia de los poderes públicos, pero otorgando, dependiendo de la reforma, más poder al poder ejecutivo, al nombrar Intendentes de Hacienda a los Estados que lo tomaron como una injerencia en su autonomía. Es este uno de los detonantes para que se den amenazas de Independencia de Estados como Cauca y la imposición de modelo liberal radical. Posterior a esto, se firma la Constitución de Rionegro y se inicia el período radical, que se extendió hasta 1885, cuando entró en vigor el movimiento regenerador, que estaba encabezado por Rafael Núñez y conformado por los conservadores y los liberales moderados, en oposición a los liberales radicales, que ostentaban el poder. Su principal objetivo era cambiar la organización que tenía el gobierno. Lo que llevó al nuevo período histórico, el centralismo, que se divide en dos etapas:

1. Constitución de 1886: Principalmente adoptada por los conservadores, ésta abolió el federalismo, postuló un Estado unitario, que se encargaría del aspecto social y económico de la región comprendida como Colombia, confesional; puesto que se le da poder a la Iglesia católica, otorgándole, incluso, un régimen fiscal especial, y considerar la fe católica como religión oficial considerándola como un elemento esencial del orden social, creó los departamentos como forma de administración territorial del país, unificó las fuerzas armadas de cada departamento en un gran Ejército nacional, estableció del estado de sitio para afrontar conflicto interno o guerra externa.

La regeneración concibió un proyecto educativo fundamentado en la creencia de que la tradiciones, dogmas y valores de la Iglesia Católica, hacían parte esencial del pueblo colombiano y así se consagró expresamente en el artículo 38 de la Constitución de 1886. Definida la religión católica como la aceptada

por la nación, le correspondió al Estado Organizar la educación en consonancia con ella.

Para los constituyentes era claro que:

1. El gobierno de un pueblo republicano y católico tenía la obligación de instruir a los sectores populares.
2. Que la educación primaria debía ofrecerse al pueblo de manera gratuita.
3. Que la educación secundaria y superior sería sufragada con recursos propios.
4. Que la libertad humana era tan sagrada que no se podía imponer a nadie ni siquiera el hacerle el bien de la instrucción, más aún en un país donde existían tantas dificultades reales para su efectividad. (Moreno & Jiménez, 2010)

Un Estado de Derecho con todas las acciones sustentadas en la norma, en las leyes como la primera herramienta para la interpretación del derecho, propias de este Estado Liberal, tanto sociales como estatales; el pueblo estaba sometido a las leyes, el Estado hallaba su razón de ser en la norma y el poder de éste quedó subordinado a este orden jurídico por cumplir con el procedimiento para su creación, siendo eficaz aplicado en la realidad con base en el poder del Estado a través de sus órganos de control.

1. Co.
2. Constitución de 1991: Ésta, constituye un cambio no solo del modelo de Estado, de su paso a Estado de Derecho a Estado Social de Derecho a la conformación del mismo. Respecto a esto, un gran acierto fue superar un orden normativo, que era homogeneizante y excluyente, a fin de construir una sociedad plural, diversa y más incluyente, con énfasis en la multiculturalidad, reconocimiento de etnias, condiciones e ideologías, dándole cabida a amplia variedad de ciudadanos en sus plenas capacidades y en el ejercicio de funciones.

Fue ésta una de las mayores innovaciones introducidas en 1991, pues ella constituye una norma fundamental o estructural del Estado, de aquellas que configuran la esencia misma del Estado colombiano y no podrían ser reformadas ni sustituidas sin un completo cambio de la Constitución. (Borda, 2007).

Este es un principio a la altura de los principios nucleares del ordenamiento jurídico, como son el de ser una república democrática y el de la autonomía de las entidades territoriales conforme a la idea de la descentralización.

Este Estado se caracteriza por ser democrático, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, como dicta la Carta Magna en su preámbulo.

La puesta en marcha del Estado Social de Derecho en Colombia, marcó un antes y un después en la manera de legislar, ordenar, elegir; donde a diferencia del Estado de Derecho, importa el individuo, con cada uno de sus particularidades, donde éste se responsabiliza desde

lo consagrado en la lista de los principios y derechos, sino también en la organización del aparato estatal, es paternalista y procura la protección temprana de pérdidas y potenciales daños.

En Colombia significó un avance donde se garantiza un Estado democrático, constitucional y para el pueblo, como lo establece el preámbulo de la misma Constitución. En esta misma; que se tendrá como la cúspide de este modelo piramidal, establece relaciones de obligación del Estado con los firmantes, que integra los principios y valores constitucionales como instrumento de interpretación y aplicación de la ley que permitan la garantía y el goce efectivo de los derechos.¹³

Para tratar este tema, se expresa que lo primero que debe ser advertido, es su origen y delimitación conceptual; y que su término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del Derecho y del Estado sino que es una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales que permitan garantizar patrones mínimos para vivir dignamente (Corte Constitucional. Sentencia C – 406 de 1992).

Así, este Estado se compromete a otorgar un mínimo vital, con salario, alimentación, salud, vivienda, educación para vivir en condiciones de vida digna, que es el eje central de todo este movimiento surgido del Estado de Bienestar; esto, respaldado bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad; dotando todas estas de un carácter inherente al ser humano y fundamentales para el desarrollo en sociedad como individuos ejerciendo sus derechos y cumpliendo con sus obligaciones.

No obstante, siempre ha existido una necesidad de respaldar las demandas sociales, la constante violencia y polarización, y las libertades individuales, para la cual se construye esta Constitución en torno al desarrollo de la dignidad humana, la cual se ampara a su vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948) que en su artículo 1º dicta: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (p. 1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos-OEA (1969) que en su artículo 11, párrafo 1, dice: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”; de la cual se desprenden derechos como la libertad, la igualdad y la seguridad, pilares también de la Constitución de 1991. Irrenunciables e inherentes a todo colombiano, por el mero hecho de serlo.

Finalmente, y dicho concretamente, la cláusula del Estado Social de Derecho tiene el poder jurídico de movilizar los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales (Corte Constitucional. Sentencia C – 406 de 1992).

Esto, por cuanto dota de una “voz” a comunidades, grupos sociales e individuos para comunicarse y acercarse al Estado, pidiendo por sus derechos legítimamente consagrados en la carta, como es el caso de la acción de tutela.

Colombia se obligó como Estado Social de Derecho a ser garante de libertades individuales, cumplir con cada uno de los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos que otorgó en 1991.

Sin embargo, este sistema, a pesar de gozar de un importante reconocimiento, se ve supeditado a la constitucionalización económica y a una destinación de recursos a grupo poblacionales que muchos Estados en proceso de crecimiento, no pueden asegurar en su totalidad, como es el caso de Colombia, que se analizará en el capítulo siguiente; son estos los principales retos para un país que pasó por una constituyente en medio de conflicto armado interno, el narcoterrorismo y con incidencias de transformación en los países vecinos.

En el Estado de Derecho era la norma la que, como un mecanismo, permitía el reconocimiento y la defensa del derecho humano. Pero esta elaboración que el legislador hacía de la norma tomaba al hombre como un “conejillo de pruebas”, a quien –con posterioridad de la validez de tales disposiciones se convertía en víctima de la misma norma. Para sofocar esa postura incómoda y a la postre injusta con el hombre mismo, al concepto de Estado de Derecho se le adicionó un calificativo: el de social. Se trata, entonces, de un Estado al que lo rige la norma, pero que para obtener como resultado la ley parte incuestionable- mente de factores humanos como la dignidad, el respeto a la convivencia, la realidad de las necesidades humanas, etc., todo lo cual da un tinte más humano a la norma fría, al artículo ajeno a la circunstancia evidente de lo que el hombre es frente a su existencia en una nación. (Suárez, 2018)

Para lograr todo esto, como Estado, es importante asegurar que se va cumplir desde el establecimiento de los recursos que se tienen para diferentes enfoques sociales; como la educación, la salud, el mínimo vital de vida, sobre otros que no favorecen los intereses del Estado Social de Derecho.

Todo esto con énfasis en la dignidad humana como principal garantía que debe satisfacer el Estado.

El Estado; desde sus más primitivos orígenes, hasta el reconocimiento a nivel nacional como internacional de los derechos humanos, ha pasado por muchas etapas donde, el propósito central es su función dentro de las poblaciones que lo confirman; también, ha evolucionado con el fin de adaptarse a una definición; podría decirse que global, en la cual muchos de los postulados anteriores coinciden; en la que el Estado es una comunidad social con una organización política común y un territorio y órganos de gobierno propios que es soberana e independiente políticamente de otras comunidades. Recogiendo así, los atributos de soberanía, población, territorio y poder que ostentan para serlo.

Objetivo que Colombia alcanzó con cabalidad al responder afirmativamente a los fenómenos mundiales, siendo parte de las olas de transformación, en pro al reconocimiento de las clases, la economía y, ahora, la dignidad humana.

Es importante resaltar que el Estado se desarrolló para ser entendido como una entidad coherente, monolítica, omnipresente en cada una de las esferas sociales, que permite la coexistencia de sociedades, ideologías, incluso jurisdicciones, multicultural, con interacciones concretas entre diferentes agentes sociales y estatales, que represente los intereses de los firmantes y se comprometa y responsabilice de lo que sucede dentro suyo; que no es diferente a la del resto de países que *se subieron al tren* del Estado Social de Derecho; este proceso histórico tan reconocido se analizará en el capítulo siguiente, donde se tomarán los puntos donde convergen y hacen posible su organización como Estado.

Capítulo 2: La Responsabilidad Estatal en la Constitución Política de 1991.

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991; que resultó en la actual Constitución de Colombia, el Estado colombiano se comprometió a garantizar el mayor número de derechos a sus ciudadanos, con competencia suficiente para proteger y garantizar; desde los Derechos Fundamentales de primera generación; que incluye los derechos civiles y políticos (que implican menos acción e intervención de Estado), hasta los derechos de segunda (educación, salud, trabajo, vivienda digna, entre otros) y tercera generación (paz, desarrollo y medio ambiente). De esta manera, demostrando que tenía suficiente poder económico y organizacional para dar respuesta al gran objetivo del cambio de Constituciones como respuesta a los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la inseguridad jurídica y el totalitarismo surgido por las dictaduras latinoamericanas del siglo anterior.

Para entender a la respuesta del país al modelo del Estado Social de Derecho que adoptó hace casi 30 años, se puede estudiar por las mismas actuaciones y definiciones que ha dado el Estado:

Para Juan Carlos Marín, en la sentencia T-406 de 1992, se establecerían previamente los elementos que se derivan del Estado Social; en la cual La Corte dice que se puede enfocar desde dos puntos de vista: un criterio cuantitativo y uno cualitativo. El factor cualitativo, habla del Estado de Derecho como el Estado Constitucional, al ser la Constitución Política el centro y la cúspide de sus actuaciones. La jerarquía del orden jurídico es el pilar del Estado Social de Derecho. (Marín, 2016).

Por otro lado, el cuantitativo contempla este Estado de Bienestar, en el que se entiende la responsabilidad del Estado de garantizar unos mínimos ligados a la subsistencia; en especial, de los menos favorecidos, entendido como sus derechos básicos y fundamentales con base en la igualdad, la libertad y la dignidad humana.

Debido a un proceso histórico de inclusión creciente y a la lógica de la compensación que lo caracteriza (todo mal puede y/o debe ser compensado por el Estado), el Estado democrático de Bienestar está sometido a un destino imposible y trágico. Es imposible porque pretende alcanzar la representación o dirección del todo, de cuyas insuficiencias y carencias es responsabilizado. Es trágico porque su universal competencia se torna continua y típicamente en demostración de una incompetencia que el mismo ha de remediar. Se convierte así en un aprendiz de brujo dedicado crecientemente a poner remedio a sus propios desmanes. (Luhmann, N., & Vallespín, F.1993)

Se puede dejar claro que el fundamento que da origen a esta Constitución de manera estricta, es la dignidad humana, fundamentado en el preámbulo y primer artículo de la misma y; por tanto, cualquier perturbación a este, tendría como consecuencia, un atentado grave a la legitimidad del Estado Social de Derecho; y, por consiguiente, a los derechos que cobija este; no satisfaciendo el compromiso con los derechos de segunda, tercera y cuarta generación; que, para un país como Colombia no son absolutamente necesarios en la

actualidad colombiana ni reflejan la realidad del país, sino que plantea una expectativa, que podría fragmentarse al ver alterado el principio fundante de la Carta Magna.

Por tanto, una sublevación que ponga en entredicho la legitimidad de la dignidad humana para un Estado Social de Derecho crea un desfase entre el idealismo legal y la realidad social, que es algo a lo que el Estado no puede permitirse llegar.

Es esta dignidad humana con la que el Estado se obliga y la dota de un carácter irrenunciable y con autonomía jurídica en función de la sociedad, comprometiéndose a garantizar derechos y libertades solo por ser ciudadano colombiano.

Exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado. De lo expuesto fluye que cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social, establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógicas y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición personal del ser humano y, por contera, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos fundamentales, dado que estos constituyen condiciones mínimas para la "vida digna" del ser humano; en efecto, cuando se alude a los derechos fundamentales se hace referencia a aquellos valores que son ajenos a la dignidad humana (Corte Constitucional Sentencia C – 521 de 1998, p. 1).

El respeto a la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado en sus diversas manifestaciones.

Lo anterior se traduce en la prevalencia del ser sobre el tener o el haber dentro de un contexto que debe presidir las acciones de quienes son los encargados de administrar justicia en sus distintos niveles. Deberá tratarse a todas las personas sin distinción alguna, de acuerdo con su valor intrínseco. La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin del Estado (Corte Constitucional Sentencia T - 571 de 1998, p. 9).

La dignidad humana se toma no solo como el eje articulador del Estado en todas sus relaciones con y para los ciudadanos, sino que actúa como guía de todas sus actuaciones; por lo que dificulta su balance con la acción e intervención de los actores estatales.

Por estas razones, diferentes doctrinantes han llegado a cuestionar la legitimidad del Estado Social de Derecho en un país como Colombia, recuperándose de conflictos internos con guerrillas y bandas criminales, del narcoterrorismo y enfocándose en la protección de derechos que; posiblemente, no puede garantizar; esto, porque, los recursos de la Nación están direccionados más a la guerra (teniendo en cuenta el proceso de paz que atravesó el país hace 4 años), Transporte (18.1%) Hacienda (10.1%), que a la Educación (7.5%) y la Salud (1.4%). Dirección de Inversión y Finanzas Públicas del DNP (2020).

A pesar de que se firmó un Acuerdo de Paz con el que se suponía se iba a rebajar un poco la intensidad del conflicto, Colombia se ubica en el primer lugar de los países de la región que mayor gasto militar tiene, destina 3,1% del PIB para este rubro. Para

2018, el país invirtió US\$10.600 millones, US\$600 millones más que en 2017 cuando sumaba US\$10.000 según el reporte del Instituto Nacional de Investigación de Paz de Estocolmo (Siri) y del Banco Mundial. 17. Aristizábal Bedoya, M. P., (2018)

Otro de los dilemas gira en torno al conocimiento de los colombianos en reconocerse parte del Estado Social de Derecho y saber cómo pueden actuar dentro del mismo; esto por cuanto, la tutela que es un medio que conecta al Estado con sus ciudadanos para el ejercicio de sus derechos, es utilizada por razones que no contempla la figura y muchos ciudadanos no conocen su existencia o su uso adecuado para exigir al Estado por sus derechos,

(...) el modelo de Estado Social de derecho impone cargas a todos los órganos del Estado en tanto este modelo ya no solo buscara la no injerencia del Estado respecto de ciertos derechos de sus asociados sino ahora deberán realizarse acciones positivas en busca de crear las condiciones materiales para la garantía de los derechos consagrados en la Constitución Política de 1991. (Quiroga, Arciniegas & Sandoval, 2018)

Parte de esto, por la ausencia de educación política en las escuelas y colegios del país, así como en las Instituciones de Educación Superior en carreras diferentes a las relacionadas con el estudio del Derecho o las Ciencias Políticas.

Incluso, la aplicación del mismo porque algunos dirigentes lo saben cómo teoría, pero en la práctica no actúan acorde a este.

La Constitución tiene unos presupuestos y guías para la promulgación de leyes; poniendo por encima de estas, la dignidad humana de todos los firmantes, pero se legisla en líneas cercanas, pero que acaban siendo perturbaciones a esta, de una manera más propia del sistema liberal, al Estado de Derecho, privilegiando a los de mayor poder adquisitivo y no garantizando el mínimo vital de las esferas más bajas, ejemplos como estos se evidencia en casos muy sonados para Colombia, como los subsidios a campesinos de Agro Ingreso seguro, que terminaron siendo beneficios a terratenientes; de esta manera haciendo que los ciudadanos que deberían verse privilegiados, respetando un mínimo vital contemplado en la Constitución Política que aplique a ellos.

El concepto de mínimo vital, debe ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana (Constitución Política, 1991)

Algo importante que evaluar es que no es que Colombia no cuente como Estado con los recursos suficientes para respaldar condiciones mínimas vitales destinados al aval de sus necesidades básicas, como se mencionó anteriormente, condiciones mínimas como son la vivienda, la atención en salud, la alimentación, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, entre otras, para los individuos menos favorecidos; sino que, además, problemas como la corrupción propician más ventajas a las clases sociales con más

capacidad de adquisición y con relaciones en la política; proponiendo una situación de desventaja, ideas más propias de un Estado Liberal que no se esfuerza en brindar lo suficiente para un estado de bienestar, que se espera del Estado Social, que está en una constante renovación.

Es claro que el paso dado por el Constituyente de 1991, aleja aún más al ordenamiento jurídico colombiano, y ahora sí de modo inocultable y considerable, de la noción marcadamente individualista (aunque con innegables atenuantes), contenida en el artículo 669 del Código Civil, particularmente enfatizada por el adverbio *arbitrariamente*, así se hagan imposibles intentos hermenéuticos para restarle fuerza a esa palabra.

Acerca de los alcances del Estado social de derecho, en los términos prescritos por nuestra Carta, la Corte ha trazado claras líneas doctrinarias que precisan las consecuencias que de ese hecho han de extraerse. Valga citar algunos apartes relevantes:

"Lo primero que debe ser advertido es que el término "social" ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado". (Sentencia Corte Constitucional C - 595 de 1999)

Si bien, el proceso histórico del Estado Social de Derecho en Colombia significó en su momento un cambio de paradigma, que implicaría una nueva práctica jurídica y revolucionaria una manera de implementar el Derecho; salta a la vista las problemáticas surgidas de esta, que pueden desprenderse de la falta de información y preparación de los funcionarios estatales, tanto como la implementación basada en razones de compromiso internacional más que de un estudio de las potenciales implicaciones que traería a un país con tanto crecimiento político y social en el siglo XIX, como se analizará a continuación.

Situación que ha implicado una modificación trascendental en la forma de concebir al Estado y el actuar de sus diferentes órganos. Sin embargo, en Colombia es urgente y por lo tanto inaplazable afianzar una cultura constitucional, para que se logre que la Constitución como norma suprema no se quede sólo como un instrumento en manos de políticos y abogados, sino como la herramienta esencial e idónea para la solución pacífica de los conflictos que aquejan al país, bajo el manto del respeto por el otro bajo un régimen de democracia sustancial. En este punto es preciso aclarar que en el medio colombiano todavía el proceso de constitucionalización está por afianzarse y no son pocos los obstáculos que ha tocado afrontar en este proceso de reconocimiento de los derechos y los problemas que todavía hay por resolver en torno a la funda mentalidad de éstos y a la constitucionalización del orden jurídico nacional. (Marín, 2018, pág. 63).

Ahora bien, es el excesivo favorecimiento a los más privilegiados; que se tocaba con anterioridad, que permea en uno de los pilares del Estado Social de Derecho, la democracia, equidad social y la legitimidad.

Ésta última siendo la más importante, en tanto es entendida para los servidores como atributo de la función que ejercen en nombre del Estado, como fundamento de la soberanía que tiene este para con los ciudadanos; en relación al ejercicio del poder.

El concepto de legitimidad aparece, pues, ceñido al de poder político, en tanto que se representa como justificación de su ejercicio. En términos de Bertrand Russell, el poder aparece como un concepto cuantitativo que se puede definir como la producción de los efectos pretendidos. No se puede hablar de legitimidad sin hablar de poder, ni se puede hablar de poder sin hablar de política, dado que la política se define a sí misma a partir del ejercicio del poder. (Rúa, 2013)

Esta legitimidad en el ejercicio del poder político que se menciona anteriormente, implica el cumplimiento de los fines del Estado que determinan sus actuar, mencionados en el artículo 2do de la Carta Política; los cuales implican que las actuaciones de parte del Estado deben estar direccionados a la satisfacción de estos:

(...) servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.” (art.2 Constitución Política, 1991). (Rúa, 2013)

Siendo así, cuando no se orientan las actuaciones a la consecución de los fines del estado, se produce lo que los teóricos llaman “ilegitimidad material” en el incumplimiento de los objetivos del Estado. Uno de los factores por lo que esto ocurre es la corrupción, tema en el que centra esta investigación; así como el clientelismo, los paraestados que se han creado en los municipios alejados del poder estatal y las BACRIM en los barrios populares; donde la soberanía del Estado se ve entredicha, lo cual lleva a la captura del Estado o a la reconfiguración cooptada del Estado; la primera de estas, según el Banco Mundial como: "La acción de individuos, grupos o firmas, en el sector público y privado, que influyen en la formación de leyes, regulaciones, decretos y otras políticas del gobierno, para su propio beneficio como resultado de provisiones ilícitas y no transparentes de beneficios privados otorgados a funcionarios públicos" 5 referida a enfoque económico.

Por otro lado, la Reconfiguración Cooptada del Estado, es entendida Garay 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". (Garay,2008) Así, es fácil evidenciar que en Colombia se cumplen ambos presupuestos; para la muestra, se tiene el ejemplo anteriormente mencionado de Agro Ingreso Seguro, contrataciones Odebrecht y los diferentes carteles como el de la Toga, de papel higiénico, del azúcar, de cuadernos, entre otros; que actúan tanto dentro como fuera del sistema, respectivamente.

Ahora bien, para Cazzola la corrupción representada un Estado se ve así:

La definición que me parece más útil para los fines de una reconstrucción empírica del fenómeno es la siguiente: para que exista corrupción, en tanto intercambio de favores bajo la forma de trueque o de intercambio social, es necesaria la presencia de cuatro elementos constitutivos: 1) que exista la violación de normas y de reglas sancionadas normativamente; 2) que dicha violación suceda en el transcurso de un intercambio que se desarrolla en modo clandestino entre arenas políticas y mercado económico; 3) que la violación tenga como finalidad la apropiación por parte de individuos o grupos que actúan en las arenas políticas o en el mercado económico de recursos de uso o de intercambio (dinero, prestaciones, influencia, etcétera) de origen público para su utilización no prevista normativamente; 4) que todo esto tenga como consecuencia (deseada o aceptada) a nivel político modificar las relaciones de poder en los procesos decisionales, así como acrecentar la asimetría entre poder y responsabilidad (para algunos grupos o individuos el poder aumenta sin que esto comporte una mayor responsabilidad), mientras que a nivel social y económico, a la imposibilidad 'legal' de hacer respetar los contratos de intercambio sobreviene la violencia como elemento de sanción. (Cazzola, 2006, pág. 44)

Es esta corrupción la que lleva a esta ilegitimidad material, que, a su vez, compromete la estructura estatal al corromper directamente los fines del Estado Social Derecho y el objeto de este en Colombia, es posible deducir que la legitimidad material en el ejercicio del poder político es un ideal inviable de alcanzar; no obstante, se trata de un objetivo, un deber ser para el Estado.

Además de ser un problema social y económico, la corrupción tiene un trasfondo en la historia de la humanidad, de la mano de una relación causa - beneficio que se ha dado para favorecer a quién tiene los recursos para esto, así que, no toma por sorpresa cuando sale a la luz algún escándalo de esta naturaleza; de hecho, el índice de Percepción de la Corrupción realizado por la Organización no gubernamental Transparencia Internacional estimó un alza en la percepción de la misma en el país en los últimos 5 años, con un promedio de puntaje de 37 puntos sobre 100; ocupando en el año 2019 el puesto 97 a nivel mundial. (Transparencia Internacional, 2019).

Aunque el Estado colombiano ya cuenta con buenas herramientas para luchar contra la corrupción, como el Estatuto Anticorrupción, no se percibe que estas medidas sean efectivas. Estos avances normativos contrastan con los numerosos escándalos de corrupción que muchas veces terminan impunes. (Transparencia Internacional, 2013, párr. 6).

Sin embargo, en Colombia esta problemática no se centra en una sola rama o en el sector público;

El sector privado no queda de lado pues este tiene una inmensa responsabilidad en el problema de la corrupción. En temas como la financiación de campañas políticas, donde lamentablemente se encuentra la génesis de la corrupción, los empresarios

tienen que comenzar a ser más transparentes, contar a quiénes financian y bajo qué condiciones. (Zuleta, 2015)

Se ha logrado identificar que uno de los focos de este problema es la contratación estatal, ejemplos de estos, se tiene a Termorrio, Dragacol, Foncolpuertos, Ferrovías, Caprecom; no siendo los únicos que han comprendido grandes detrimentos a la nación, tales como Agro Ingreso Seguro, Coomeva, SaludCoop EPS, Empresa de Energía de Pereira, los Carteles, Odebrecht, Transmilenio CII 26, entre otros.

Las funciones de estas autoridades estatales responsables de la adjudicación de dineros públicos y ejecutar las finalidades del Estado están regladas en la Constitución de 1991 bajo el postulado central de legalidad; así, el artículo 2° de la Constitución establece que:

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

Adicional a esto, en su artículo 209 se aborda el tema de la Función Administrativa: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (...) (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 209).

Es así que se forman dos entes de control, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, y un ente acusador, la Fiscalía General de la Nación. Lo que implica una especie de blindaje a los intereses y fines del Estado que se mencionan en el artículo 2° de la Constitución Política.

La nueva carta política de los 90 delegó en la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de los recursos públicos, bien sea que la lleven a cabo servidores públicos, particulares o entidades privadas. El control fiscal de la Contraloría General de la República se concentra en cuatro labores misionales: i) control interno, ii) auditorias, iii) responsabilidad fiscal y iv) participación ciudadana. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación tiene como misión fundamental vigilar la conducta de los servidores públicos y defender los intereses de los ciudadanos, el orden jurídico y los derechos fundamentales. La Fiscalía General de la Nación es la entidad más joven de las tres. Fue creada por la Constitución de 1991 y le corresponde investigar delitos, calificar procesos y acusar infractores de la ley penal ante los tribunales competentes. De manera complementaria, 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. (Gamarra, 2006, pasos. 19-20).

Para casos de corrupción se han implementado varias alternativas, que Zuleta resume así:

1. Consejería Presidencial para la Administración Pública, función principal lo referente al Plan de Transparencia "Para Volver a Creer".
2. Estatuto Anticorrupción, cuerpo normativo de prevención, control y represión de la corrupción administrativa.
3. Eliminación de Trámites suprime requisitos, procedimientos y rituales administrativos innecesarios, inútiles, inoficiosos que generaban de actos de corrupción, acogándose al valor ético de la confianza y al principio de la buena fe.
4. Código Disciplinario Único, aplicable a los servidores públicos, recoge: derechos, deberes, prohibiciones, situaciones de inhabilidad e incompatibilidad, que pueden constituir faltas disciplinarias asociadas con actos de corrupción, previniendo fuertes sanciones.
5. Ley 412 de 1997, aprueba la "Convención Interamericana de lucha contra la corrupción". En el derecho interno, la extradición y la declaratoria de extinción de bienes adquiridos de manera ilícita, son medidas complementarias. Sumando la figura del soborno transnacional.
6. Consejo Nacional Transparente, cuerpo mixto confluyen el sector público y sector privado, organizaciones no gubernamentales, trabajadores, la academia, que tiene asignada como función esencial promover la participación de empresarios y sociedad civil en la lucha contra la corrupción administrativa, de manera conjunta con el Gobierno. (Zuleta, 2015 pág. 15-16)

Es decir, el Estado se ha encargado de poner barreras y hacer controles en casos hipotéticos de corrupción, el problema, se podría plantear, que es en la inaplicabilidad e ineficacia de los mismos.

El Coordinador Social Manos Limpias enumera las principales causas del origen de la corrupción; que, si bien no implican un cambio, dan una perspectiva de la potencial respuesta al Estado:

1. Las formales, se desprenden de la delimitación técnica del término: a) falta de una clara delimitación entre lo público y lo privado; b) existencia de un ordenamiento jurídico inadecuado a la realidad nacional; e inoperancia práctica de las instituciones públicas. Juntas o por separado.
2. Las culturales, (se refieren a la cultura política de un país), delimitan la extensión de las prácticas corruptas, la probabilidad que se produzcan y el grado de tolerancia social con que pueden contar, son cuatro: a) existencia de una amplia tolerancia social hacia el goce de privilegios privados, permite que prevalezca una moralidad del lucro privado sobre la moralidad cívica; b) existencia de una cultura de la ilegalidad generalizada o reducida a grupos sociales que saben que "la Ley no cuenta para ellos"

fomenta la corrupción y la tolerancia social hacia ella; c) persistencia de formas de organización y de sistemas normativos tradicionales, enfrentados a un orden estatal moderno, suele provocar contradicciones que encuentran salida a través de la corrupción; y, d) en algunos casos, ciertas manifestaciones corruptas podrían explicarse por la escasa vigencia de la idea de nación y la ausencia de una solidaridad amplia fundada en el bienestar común.

3. Causas materiales: son situaciones concretas de las que se trata en este caso son las distintas brechas existentes entre el orden jurídico y el orden social vigente. (Coordinador Social Manos Limpias. 2013, párr. 11– 18).

El procedimiento para la Constituyente en 1991 contempló que el comportamiento de los servidores públicos debía estar determinado por la existencia de un conjunto general de valores, que, a su vez, promoverían la aceptación de su ética en actuaciones en nombre del Estado. Al hacer esta constituyente, se llenó un vacío legal que solo se había subsanado a través de jurisprudencia, ahora, el Estado toma parte y garantiza el correcto ejercicio y procedimiento por casos en los que se vea perjudicada la legitimidad del Estado, a través de la garantía de los derechos de los ciudadanos, frente a los excesos de los agentes del Estado y su sometimiento a la ley; al menos, en abstracto. Caso en el cual, tenemos el artículo 90:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Por consiguiente, es este artículo el que dota al Estado del deber y compromiso de resarcir, compensar y subsanar las actuaciones reprochables de los funcionarios y autoridades que actúan en su nombre y representación, haciéndose responsable tanto por la acción, como por la omisión de los mismos, con fundamento en los derechos de sus firmantes; es decir, en razón al daño resarcible.

La Corte Constitucional, ha entendido el daño antijurídico como aquél que sufre la víctima sin tener el deber jurídico de soportarlo, constituyéndose así en un perjuicio injusto a su patrimonio. Por su parte, la jurisprudencia contencioso administrativa lo ha descrito como: “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”. Bajo esta definición, Considera la Sala oportuno aclarar, como lo ha hecho en otras ocasiones, que la antijuridicidad del daño no corresponde a la ilicitud del acto realizado por el agente u órgano del Estado o quien actúe como tal, pues esa actuación puede serlo o por el contrario ser perfectamente lícita y de igual forma generar un daño antijurídico. La antijuridicidad, se predica del carácter insoportable que tiene para la víctima el perjuicio sufrido y por lo que incluso, teniendo como fuente una actividad lícita, constituye una responsabilidad del Estado llevar a cabo la adecuada reparación como consecuencia de la afectación patrimonial que se ha presentado. (Corte Constitucional, 2015).

La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. (Corte Constitucional, 1996).

Se puede observar una íntima relación; independientemente de la noción del daño antijurídico, entre la naturaleza del acto en cuestión y el responsable atado al mismo; puesto que, es el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el fundamento único de la responsabilidad de Estado, lo que la dotaría de un carácter objetivo, integrada con los elementos propios de este;

Podría inferirse que con este artículo se consolida para el Estado una obligación real de cumplimiento de las obligaciones del Contrato Social 14, firmado con los miembros de la sociedad, yendo más allá del concepto de autoridad; en virtud de la soberanía propia de un Estado.

Ahora bien, tratándose de la responsabilidad del Estado como institución propiamente dicha, se recoge el estudio a nivel jurisprudencial; puesto que, la ley no ha sido extensiva a este tema en cuestión.

Es así como se esboza ésta, a través de sentencias del Consejo de Estado; la Sección Tercera establecen los presupuestos que deben cumplirse para que le se pueda atribuir responsabilidad al Estado desde los diferentes títulos de imputación. Claro está, desde una perspectiva constitucional y social, emanada del concepto de daño antijurídico, entendido como aquel daño que las personas no están en el deber de soportar.

Esta comisión estableció un nuevo título de imputación implementado por estos, denominado "riesgo conflicto", que configura una nueva especie del riesgo excepcional, en la que el Estado responde de forma objetiva; es decir, sin que haya incurrido en falta o falla en su actuar, por la omisión, por los daños en contra de bienes del Estado y que puedan representar un peligro para la sociedad, dentro de la cual puede verse inmersa la corrupción.

El título de imputación de responsabilidad objetiva por un daño antijurídico consiste en el rompimiento del principio de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas, cuando con el desarrollo de una actuación legítima desarrollada por el Estado, se le impone a los ciudadanos una carga aún mayor que la que soportan las demás personas que también se benefician de esa actuación lícita del Estado. (Cárdenas, 2018).

Puesto que, se busca materializar los fines del Estado y al no ser posible esto, por las diferentes conductas de corrupción se crea un daño, que los colombianos no están en el deber de soportar; mismo que se hace doble, al no cumplirse el objetivo de la inversión estatal y el apropiamiento de los recursos destinados para ese fin en particular.

Con base en el problema expuesto en esta investigación, se puede partir de la teoría en la cual el Estado debe responder por las conductas corruptas de sus agentes dentro de un proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa; en razón a que es el mecanismo de

responsabilidad idóneo para configurar el reproche al Estado en su conjunto, haciendo necesario reconocer las razones que establezcan los fundamentos por los cuales el Estado debe responder en un proceso de responsabilidad.

De esta manera, tomando teorías como: la reconfiguración cooptada del Estado (definida anteriormente en este mismo capítulo) y la falla en el servicio. Partiendo de la primera:

Con base en esta teoría, en los casos de captura corrupta de las entidades públicas no sería suficiente el reproche individual de agentes del Estado por las conductas ilícitas que realicen. El reproche debe ser dirigido, también, al Estado como unidad estructurada, puesto que la cooptación de las entidades del Estado reconfigura los fines de la función pública, creando contextos de corrupción institucionalizada. (Rodelo, 2018).

Ahora bien, la segunda teoría, se da cuando se logra demostrar la previsibilidad y la viabilidad del acto o en los casos donde ya se han presentado actos de corrupción; que exigen un mayor control estatal de parte de las entidades que los regulan como Contraloría o Procuraduría. Al presentarse, el Estado respondería al no tomar las medidas suficientes y necesarias para repeler, evitar o menguar las consecuencias del mal manejo de los recursos puestos a la disposición de una entidad a funcionario para materializar un fin del Estado, como los descritos en el artículo 2° de la Carta Política. También, "está directamente vinculado a dos máximas del Derecho Administrativo y por ende del funcionamiento del Estado, como lo son el Principio de Legalidad, por un lado y la actividad de servicio por el otro, de hecho, no estaría de más añadir a estas máximas las potestades discrecionales ejercidas por el Estado en el desarrollo de esa actividad del mismo, como las que se llevan a cabo en la actividad de recaudación realizada por la Administración Tributaria.

Pues como es sabido muchas veces la Administración funda sus decisiones en razones de oportunidad, mérito, conveniencia o discrecionalidad" (Henning, 2019). Siendo así la forma de atentar contra el Estado por estos actos de corrupción y el medio para imputar la responsabilidad de la conducta a una institución que no hizo el adecuado control.

La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. (Corte Constitucional, 1996).

Conforme a ello, es oportuno resaltar que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado se constituye en "...una garantía constitucional que busca proteger y garantizar los derechos de todos los administrados, y se constituye como un valor democrático que soporta nuestro Estado Social de Derecho", toda vez que descansa en el principio de responsabilidad del Estado." (Corte Constitucional, 2015).

Podría decirse que con esta figura se consolida para el Estado una obligación real de cumplimiento de las obligaciones del Contrato Social (analizado a profundidad en el primer

capítulo) firmados con los miembros de la colectividad, yendo más allá del concepto de soberanía.

La responsabilidad patrimonial del Estado se constituyó en un instrumento de protección de los ciudadanos para precaver los daños ocasionados por el aumento de autoridad del poder público. Así, el artículo 90 es el resultado de la aplicación de un modelo de Estado en el que se prioriza al ser humano, debiendo el Estado propugnar por la consecución de sus fines; por tanto, se le pueden imputar las consecuencias de esas conductas llevándolas a ámbito de responsabilidad social, civil e incluso, penal.

Es importante resaltar la complementación que se da con la ley de contratación estatal, Ley 80 de 1993, en la cual se regula la Responsabilidad Estatal Contractual; que consagra en su artículo 50:

Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista. (Ley 80/1993).

Lo que a su vez contempla una responsabilidad subjetiva; referida a la conducta y comportamiento de la actuación, diferente a la responsabilidad contemplada en la Constitución. Haciendo sí que prevalezca la norma de normas por el principio de primacía; no obstante, permite un nivel intermedio de ambas cuando una no sea suficiente; posterior a una demanda por la evidente contradicción que representa; al respecto La Corte Constitucional en la sentencia del 1º de agosto de 1996 sostuvo:

Por todo lo anterior, la Corte considera que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagró en la cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del estado en el campo contractual por lo que el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo. (Corte Constitucional, 1996),

Al ser la corrupción un acto que tiene como sujeto activo a un funcionario o autoridad pública que incumple los deberes a los que está obligado, haciendo un mal uso intencional o no, de los recursos del Estado que tienen en su disposición, está inmerso en una responsabilidad descrita en el artículo 90 de la Constitución Política, a la par del Estado; al no ejercer los adecuados controles por el clientelismo de la función pública o la ineficacia de los mismos.

Uno de los problemas raíz de la corrupción es la cultura mafiosa, o ethos mafioso representada como la perversión generalizada de la ética colectiva, en este caso, en el país; como es el caso de Mejía Quintana que la dibuja así.

(...)es un fenómeno inocultable cuyo punto de inflexión se produce hace 20 años con el asesinato de Luis Carlos Galán a manos del cartel de Medellín y, si nos atenemos a las investigaciones en punta, con la complicidad de sectores políticos comprometidos ya con el narcotráfico. Lo cierto es que a partir de ese asesinato el fenómeno del narcotráfico, cuyos tentáculos ya habían penetrado amplios sectores de la vida nacional, en especial de sus regiones por la producción y el tráfico de la droga, se proyecta con fuerza y decisión sobre la vida social y política del país. (Mejía, 2019)

Esta, cuenta con varios elementos que describen su origen e implicaciones en el medio: El primer elemento tiene que ver con la precaria institucionalidad dentro del Estado, con la que se aseguran relaciones con agentes de la sociedad civil, fortaleciendo la débil institucionalidad y permitiendo que esta naturaleza corrupta se impregne a los aspectos que deja la frágil institucionalidad estatal.

Los actos de corrupción no solo se ven porque existen unos personajes dispuestos a ofrecer dinero a unos funcionarios, sino porque la institucionalidad en los ámbitos privado y público está diseñada de tal forma, que facilita la tarea de quienes están dispuestos a saltarse las normas y manipular los procedimientos para obtener beneficios individuales; como se mencionó con anterioridad y como se ha visto en diferentes carteles y actos de corrupción conocidos por los ciudadanos de a pie.

Un segundo elemento se puede relacionar con el efectivo manejo que los corruptos hacen de lo que se llama la economía del delito:

Como saben que el aparato judicial es permeable y corrupto, apelan a hábiles abogados, formados para manipular al sistema judicial mismo. Al final, las penas impuestas, por demás irrisorias, les permiten sopesar los costos morales que les puedan generar las sanciones penales a las que haya lugar y los beneficios económicos alcanzados en las actividades desarrolladas de manera ilegal. (Montero & Torres, 1998)

Un tercer elemento tiene que ver con la sanción colectiva que deberían recibir los magistrados, congresistas y contratistas corruptos, entre otros. En una sociedad como la colombiana, la sanción moral y colectiva no existe como patrón de comportamiento social.

Alfredo Molano daba esta lectura del fenómeno en sus orígenes:

En nuestro medio hay una herencia política que va de los chulavos y pájaros de los años 50, pasa por las bandas de esmeralderos y llamados mágicos –juego burlón con la palabra mafia–, que reinan hasta hoy y que ya compraron boleta “a futuro” bajo el nombre de “los emergentes”. Fue sin duda la aristocracia del país –blanca y rica– la que primero sintió, resintió y ridiculizó los síntomas externos de la mafia, su cultura extravagante, irrespetuosa, presuntuosa, que construía clubes sociales completos si le negaban la entrada a uno, que compraba los más lujosos carros, los más finos caballos de paso, las haciendas más linajudas, los jueces más rigurosos, los generales más

amedallados, en fin, que se puso de ruana todos los valores de la autodenominada ‘gente bien’, que descubrió pronto, para su propia fortuna, que era mejor asociarse a la mafia que luchar contra ella. Y así lo hizo. (Molano, 2008)

De esta manera, se puede apreciar que para que los comportamientos de corruptos se sigan dando a tan gran escala y de manera tan común, debe existir la cultura mafiosa; no solo en los procesados por corrupción, sino de la sociedad que paulatinamente normaliza y acepta estos comportamientos.

La cultura política colombiana, en su base y sus prácticas cotidianas es en lo sustancial lo que se denomina súbdito-parroquial, fundada en sentimientos tradicionales y carismáticos. Ese es el caldo de cultivo de prácticas mafiosas, catalizadas por la ausencia histórica de una institucionalidad fuerte, un mercado democratizado y un imaginario nacional proyectivo. Prácticas mafiosas que se expresan en la cultura del atajo y los reconocidos “decimoprimeros” y “decimosegundos” mandamientos colombianos: “No dar papaya” y “A papaya dada, papaya partida”. Esa es la evidencia cotidiana de una cultura mafiosa, tanto de los que la usufructúan como de quienes nos tenemos que defender de ello. (Montero & Torres, 1998)

Una alternativa idónea es atacar el problema de la corrupción desde sus cimientos; es decir, desde este problema cultural que se trató con anterioridad, brindando soluciones tanto a corto, mediano y largo plazo; puesto que, es una problemática que evoluciona a la velocidad y ritmo del Estado.

Ser un buen funcionario público es realizar sus labores dentro del marco normativo, legislativo y empresarial, aportando al cumplimiento de los objetivos institucionales, para lo cual se requiere tener un perfil profesional acorde al cargo endilgado, la confianza se mide en especial por la experiencia y las recomendaciones de otras empresas en las que laboró con anterioridad. En Colombia infortunadamente tenemos la dificultad de venir de una tradición de Estado botín, donde cada cual aprovecha su cuarto de hora para obtener los mayores beneficios posibles, esto ha generalizado el imaginario de la corrupción en el servicio público en detrimento de la esencia del servicio público, prima el interés particular sobre el general. (Chocontá, 2015)

Así que, dentro de las herramientas que ha implementado la Constitución Política de 1991 desde su creación; en contra de la corrupción, está el control apoyado en la legitimidad y la garantía a los derechos fundamentales que debe proporcionar el Estado amparadas en el trabajo conjunto de la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría y la Contraloría, marcando un antes y un después en la manera de responder por estos actos (apoyados en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991), dotando; tanto a los funcionarios como a sí mismos del compromiso y competencia de asumir los hechos por los cuales son condenados frente a la corrupción en el Estado. Esta responsabilidad abarca tanto la acción como la omisión de las autoridades públicas; por los daños antijurídicos que les sean imputables, dando un amplio espectro para la aplicación y una dimensión preventiva a las posibles fallas del Estado y sus funcionarios frente a la corrupción; sin perder el objetivo central del origen

del problema de la corrupción; la cultura mafiosa y la falta de oportunidades que se trata en extenso en el capítulo siguiente.

Capítulo 3: ¿Cómo combatir la corrupción?

“Cuando un candidato invierte millones y millones en su campaña: no es un candidato es un empresario y como empresario cuando llegue su cargo, solo pensará en sacar lucro, provecho y en lo que menos pensará... será en la gente. El que paga para llegar, llega a robar” (Gaviria, 2019)

Más allá de las causas de la corrupción; que se analizaron con suficiencia en el capítulo anterior, es importante brindar unas potenciales soluciones a este problema que aqueja a todos los gobiernos del mundo; en menor o mayor medida, según la Agencia de Transparencia Internacional.

De acuerdo con lo anterior se identifican dos factores importantes que reducen la efectividad de la lucha contra la corrupción relacionadas fundamentalmente con el sistema judicial: el primero es que la administración de justicia no ha dado resultados en estos casos, el segundo es que las penas para los delitos de cuello blanco en Colombia son muy flexibles, por los tiempos de condena que son exageradamente reducidos, además los acuerdos que pueden hacer quienes están involucrados para conseguir rebajas de penas y que en algunos de estos casos no se hace reparación a las víctimas de estos delitos, solo se impone una pena que se acorta en el transcurso del proceso penal. (Chocontá, 2015)

Según las características de esta problemática, se pueden analizar varias alternativas; tanto para combatir el problema, como para evitar; dentro de lo posible, su origen.

Estas se pueden analizar según el tiempo para su ejecución; a corto, mediano y largo plazo.

° A corto plazo:

Referido a la punibilidad de los actos de corrupción que se han demostrado por la justicia colombiana; no enfocadas en la sanción carcelaria, ni en el aumento de las mismas; que ya contempla Ley 599 del 2000 Código Penal, Título XV en los delitos contra la Administración Pública, desde el artículo 397 hasta el 434, sino a soluciones que combatan el problema desde una perspectiva diferente como inhabilidades permanentes a los que se comprueben corruptos; que actualmente se contempla solo por 20 años, según la Ley 80 de 1993:

8. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

j). (Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019. Estatuto anticorrupción) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas,

a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años. (Congreso de la República, 1993)

Plantear esa inhabilidad para contratar con el Estado como permanente, haría que los ciudadanos sientan que el Estado se apersona y toma medidas útiles y eficaces contra un atentado a la legitimidad del Estado como es la corrupción.

Es importante dejar sentado que en el 2011 con la expedición del Estatuto Anticorrupción se contemplaron tanto limitaciones para los condenados judicialmente por delitos contra la administración pública, así como una contención y variables a las posibles situaciones para el inadecuado uso de los recursos del Estado, como es el caso de la financiación de campañas políticas, la prohibición para que exservidores públicos gestionen intereses privados en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que ejercían, la imposibilidad de contratar con el Estado si se fue empleado público, entre otras.

Ahora bien, es probable que estas medidas no sean lo suficiente para atacar un problema que en aumento y que se ha convertido en una de las principales problemáticas en el país; por lo cual se hace necesario implementar una solución inmediata a los casos actuales y que están por ser investigados y procesados por la justicia y que funcionen como una muestra continua de la justicia; contemplados como una vigilancia fiscal permanente para quienes han ostentado cargos de poder en el Estado y, que se les haya demostrado en un proceso judicial o disciplinario por el uso inadecuado con los recursos puestos a su disposición por el desempeño en el cargo, que puede incluirse al ordenamiento de diferentes maneras.

✓ Actuaciones especiales.

Esta modalidad de vigilancia fiscal implementada a partir de 2012, fue concebida como una acción de control fiscal breve y sumaria, en la que se investigan hechos relativos a entidades sujetos de control o los recursos públicos respecto de los cuales tenga competencia la Contraloría General de la República y que lleguen a su conocimiento por cualquier medio de información o denuncia ciudadana, la cual podrá adquirir connotación fiscal por su afectación al interés general, la moralidad administrativa y el patrimonio público, establecida mediante las Resoluciones 6680 de 2012 y 7130 de 2013.

✓ Controles excepcionales.

El control excepcional es la facultad constitucional que le permite a la Contraloría General de la República, ejercer control fiscal en cualquiera de sus modalidades y acciones sobre cualquier entidad pública del nivel territorial, cuya competencia natural recae en el ente de control fiscal territorial, relevando a éste de su competencia sobre los asuntos materia del mismo; con el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley, esto es, que sea requerido por las autoridades o personas legalmente autorizadas, precisando el asunto o materia sobre el cual debe recaer el control. (Escalante, 2017. Pág. 23)

Esto, para blindar a la administración de posibles actos futuros con el dinero que no pudieron encontrar a los funcionarios en su debida investigación; haciendo un control

suficiente al patrimonio de estas personas, amparados en el derechos civiles y políticos de los colombianos. Esta herramienta ya se encuentra en la Constitución Política de Colombia, aunque el objetivo de esta figura es abarcar una protección más amplia.

Artículo 119: “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.”

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado, incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial (Constitución Política de Colombia, 1991, p.94). (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Es importante resaltar que este instrumento no ha perdido su efectividad; incluso, ha demostrado reducir los índices de corrupción en la Nación, según los resultados que emite la Contraloría en la lucha contra la corrupción. (Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción coactiva, 2014)

Por otra parte, las auditorías son un medio de control importante en todas las entidades públicas, porque son el insumo para poder realizar un diagnóstico adecuado que permita identificar los factores que fortalecen y los que afectan la administración pública, con esto tenemos datos que nos acercan a la información real para tomar decisiones específicas y especializadas en lo que se refiere al manejo fiscal.

La auditoría que se realiza de forma selectiva por parte de la Contraloría se aplica tiempo después del proceso administrativo, no tiene fase preventiva ni disuasiva, es solo reactiva, castiga la corrupción de las entidades públicas cuando se materializó, encontrando la evidencia hasta un año después de haber sido cometido el delito, lo que significa que es realmente insuficiente para frenar la corrupción porque no posee la competencia para monitorear el correcto uso de los recursos públicos distribuidos.(Chocontá, 2013)

° A mediano plazo:

Otra herramienta que ha demostrado ser de gran utilidad en función del deber y compromiso estatal tratado en el capítulo anterior con la actuación indebida de los recursos, en países europeos es la figura de la Responsabilidad Penal Empresarial. En esta, el Estado es entendido y analizado como la persona jurídica pública que es, con la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Ahora bien, si llevamos al Estado sobre un panorama de empresa o persona jurídica, como el que plantea la Carta Política de 1991, tenemos que, a esta se le pueden equiparar los deberes que deben cumplir las personas jurídicas; tanto públicas como privadas.

Dentro de las personas jurídicas, las estatales propiamente dichas así como las de capital mixto -público y privado- no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones, toda vez que, por conducto de sus órganos y con indudable repercusión en el interés y en los derechos de los seres humanos, son sujetos que obran con mayor o menor autonomía dentro del cuerpo social, que no puede menos de reconocer su existencia y su influjo, benéfico o perjudicial según cada caso, como tampoco ignorar sus obligaciones, deberes, cargas

y prerrogativas. La persona jurídica pública no es un simple enunciado teórico ni una ficción, como durante algún tiempo lo aceptaron la ley y la doctrina, sino una incontrastable y evidente realidad que las normas no ignoran ejercer derechos y contraer obligaciones. (Sentencia SU Corte Constitucional, 1998)

Esto, observando las normas éticas que velan por el bien general y que acompañan todas sus actuaciones. Es por lo mismo, que el Estado no debe ser ajeno a esta y debe regirse por su mismo funcionamiento; en lo que respecta un supuesto de responsabilidad penal estatal (como empresa).

Es de vital importancia dejar en claro el axioma latino “societas delinquere non potes” que es utilizado fundamentalmente en derecho penal que puede traducirse como “una sociedad no puede delinquir”; no obstante, en razón a los acontecimientos modernos y que la figura de la sociedad se ha utilizado para delinquir y defraudar, se puede concluir que esta figura debe ser dejada atrás; teniendo en cuenta, de igual manera todas las aplicaciones y la protección de la cual se deriva.

Entonces, como es una figura relativamente nueva, es complicado llegar a analizar desde sus consecuencias a largo plazo, pero si a corto; en especial, en nuestro continente.

Legislaciones como Chile, Perú, Argentina, España y Ecuador han avanzado hasta este supuesto; llegando a tipificar la responsabilidad de la ficción de persona jurídica como sujeto activo en una conducta punible; referido al caso ecuatoriano:

A nivel legal los arts. 49 y 50 del COIP, regulan la parte medular de la responsabilidad penal de los entes ficticios tanto nacionales como extranjeros. El art. 49 en una redacción similar al de la legislación penal española, lo cual refleja que en ambas legislaciones se adopta el sistema de *numerus clausus* según (De La Cuesta, 2011), o sistema cerrado de imputación de delitos, con lo que las corporaciones únicamente podrán ser procesadas por determinados delitos (...)

Tipos de corporaciones pueden ser penalmente responsables en Ecuador. -Tanto las personas jurídicas nacionales, cuanto las extranjeras (sus sucursales o filiales) que operen en el país serán penalmente responsables por la comisión de los delitos indicados supra. En esta determinación debe tomarse en cuenta, cuestiones de jurisdicción conforme a lo indicado en el art. 400 del COIP, que regula los ámbitos de potestad jurisdiccional penal. Por regla general, en ordenamientos jurídicos como el francés, por ejemplo “la jurisdicción depende del lugar de comisión de la infracción y de la situación de la sede de la persona jurídica” (Poelemans, 2014, p. 123). En Ecuador, habrá de tomar en consideración también los dos aspectos conforme a la antes citada norma del art. 400 y a las regulaciones estatutarias de las corporaciones nacionales y extranjeras. (Suquí. Merchán & Vigna, 2018)

Acotando, que esta responsabilidad es únicamente para las personas jurídicas privadas y que no solo analiza la situación de la sociedad como persona jurídica, sino que individualiza el enfoque hacia sus administradores, sus asociados o quienes ejerzan autoridad en la compañía.

En Argentina, en materia penal, se han avizorado dos artículos relacionados al tema incorporados en el Código Penal, Título XIII: Delitos contra el Orden económico y financiero, tipificados en los artículos 303 y 304 del Código Penal Argentino.

Artículo 304.- (Incorporado por ley 26.683, art 5; BO 21/06/2011) Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: 1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito. 2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. 5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere. 6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica. Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica. Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4. (Código Penal Argentino, 2001. Art.304)

Posterior a esto, con la ley Responsabilidad Penal Empresarial (Ley 27.401) en el Código Aduanero y algunos supuestos normativos donde se observa la imputación de manera indirecta de la responsabilidad penal empresarial.

En México, la figura está regulada por diferentes normativas: por el Código Nacional de Procedimiento Penal, el Código Penal Federal y, en dos códigos estatales, el Código Penal del Distrito Federal y el Código Penal del Estado de Yucatán.

El primero reza:

Artículo 421: Ejercicio de la acción penal y responsabilidad penal autónoma: Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho. El Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en contra de las personas jurídicas con excepción de las instituciones estatales, independientemente de la acción penal que pudiera ejercer contra las personas físicas involucradas en el delito cometido. No se extinguirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se transformen, fusionen, absorban o escindan. En estos casos, el traslado de la pena podrá graduarse atendiendo a la relación que se guarde con la persona jurídica originariamente responsable del delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica tampoco se extinguirá mediante su disolución aparente,

cuando continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. Las causas de exclusión del delito o de extinción de la acción penal, que pudieran concurrir en alguna de las personas físicas involucradas, no afectará el procedimiento contra las personas jurídicas, salvo en los casos en que la persona física y la persona jurídica hayan cometido o participado en los mismos hechos y estos no hayan sido considerados como aquellos que la ley señala como delito, por una resolución judicial previa. Tampoco podrá afectar el procedimiento el hecho de que alguna persona física involucrada se sustraiga de la acción de la justicia. Las personas jurídicas serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas. (Código Penal Federal del Estados Unidos de México, 1990)

Esto, de la mano de la inobservancia del debido control de la organización, es decir, se juzga desde la omisión a un deber constitucional. Y utilizando a esta como un instrumento o herramienta para la consecución de un delito aparte; desligado; claro está, de la persona natural que comete este.

Si bien esta teoría plantea un desfase entre las posibles implicaciones a un ordenamiento jurídico que pueda ser condenado; potencialmente, como responsable de conductas que atentan contra el mismo patrimonio y administración pública, permite una protección, no vista antes, de la forma de Estado como un compromiso con este.

Hay diversos autores que plantean sus puntos de vista; tanto a favor como en contra, sin embargo, es posible ver a futuro que las ventajas estarían direccionadas a satisfacer una necesidad y un compromiso en el que se ve inmerso el artículo 90 de la Constitución Política del país.

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Aller sostiene; bajo ese entendido que prevalece la actuación administrativa, por ser un medio más idóneo.

No debe suponerse que negar la responsabilidad penal de la empresa, en tanto persona jurídica, tenga el menor atisbo de proponer la impunidad frente al delito. Lejos de ello, la praxis exhibe que la punición a la persona jurídica, se limita a un control administrativo que se da de bruce con la aplicable teoría del disregard of legal entity, mediante la cual se corre el velo hasta imputar la conducta infractora a la persona física que está detrás, dado que –de todos modos- desde el punto de vista civil, laboral, mercantil y administrativo, igualmente seguirán existiendo vías sancionatorias aptas hasta el extremo de la liquidación o clausura de la persona jurídica (por ejemplo, en materia mercantil). Para responsabilizar penalmente a la persona jurídica habría que modificar la definición legal de delito y el principio de

culpabilidad en virtud de que el delito se sustenta en la imputabilidad, la culpabilidad y la responsabilidad pensada en función del individuo, puesto que la capacidad de culpabilidad está dirigida al hombre y no a entes construidos por este, así como el dominio del hecho y la motivación en la norma son valoraciones en clave de persona física susceptible de imputársele delito (Aller, 2012, pág. 4 -5).

Por otro lado, pero siguiendo los mismos razonamientos a objetivo de penalizar una a la figura de persona jurídica; pública o privada, Cesano y Balcarce sostienen que;

Los sistemas de imputación individual (persona física) entrañan ciertas dificultades para este tipo de casos: a) De carácter procesal: los criterios de división y delegación del trabajo que rigen una organización empresarial se convierten en causa de impunidad por la seria dificultad que existe para detectar y probar la responsabilidad. La persona jurídica es obviamente una organización destinada a realizar actividades lícitas, en la cual se pueden cometer comportamientos delictivos en el desarrollo de sus operaciones. En estas condiciones resulta difícil imputar a un directivo un comportamiento realizado en el seno del organismo y ejecutado por los empleados. b) De carácter sustantivo: Los inconvenientes trascienden el terreno procesal, pudiendo incluso proyectarse a problemas de derecho sustantivo, como sucede, por ejemplo, en los delitos especiales o los que exigen la concurrencia de elementos subjetivos” (Cesano y Balcarce, 2014, pág. 223).

Todo esto para demostrar que la figura es viable y una alternativa funcional para implementar en el Ordenamiento Jurídico Colombiano y poner un alto de manera paulatina pero eficaz y adecuadamente al problema de la corrupción, tanto para los funcionarios condenados por esta, como el Estado en casos donde se compruebe su omisión; pero ésta debe ser realizada de tal manera de se contemple una modificación al código penal, donde las conductas puedan ser cometidas por un ente sin la capacidad de comprender y determinar un comportamiento; sino; como manifiestan Cesano y Balcarce, en la destinación por la cual deben ser provista de un revestimiento más amplio.

Es casi innegable que por razones de política criminal hay que atribuirles sanción penal a las personas jurídicas, ya que la discusión no se tiene que centrar en el contenido dogmático, sino, que es materia del legislador regular los parámetros de atribución de sanciones a las conductas que son realizadas por los entes ideales y que ponen en peligro o afectan intereses de la sociedad en su conjunto.

La discusión doctrinaria, que emerge de negarle responsabilidad penal a la personalidad jurídica en base a los principios del Derecho Penal, no es un capricho doctrinario, ni jurisprudencial, es el desencadenante de lo que se regula en el Código Penal, en nuestra Constitución y en nuestro sistema procesal penal. (Vigna, 2018)

Ahora bien, al implementar esta figura en Colombia en pos de una sanción para la corrupción se debe analizar el impacto tanto desde una perspectiva social como económica, en concordancia al camino y objeto del proyecto de una ley de esta naturaleza.

Este ejercicio del poder del Estado sobre las organizaciones empresariales tiene el sentido de determinar las conductas que atentan contra la sociedad, con el fin de

imponerles una consecuencia jurídica, puesto que el derecho penal, es un derecho violento que protege al ciudadano y a la comunidad. El derecho penal objetivo es, entonces, la materialización del *Ius Puniendi* o facultad configurativa del Estado como medio de control social a través del ejercicio de la violencia legítima. Sin embargo, esta facultad “tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar los desmanes transgresores de la vida en comunidad” (C-575, 2009), es decir, para establecer una norma del estatuto represor, se deben haber agotado todas las alternativas posibles del ordenamiento jurídico para sanear el problema. Esta es la aplicación del principio de mínima intervención, fragmentariedad del Derecho penal y el principio de necesidad, que están implícitos en la máxima jurídica que establece que el derecho penal debe ser la última ratio del control social. (Gómez, 2018. Pág. 16)

Esto es, la responsabilidad del Estado en estas conductas como última opción, después de las potenciales soluciones descritas al principio del capítulo; centrados en su eficacia, contemplado dentro de una visión integral del Derecho. Este tema, no ha sido ajeno en Colombia; solo que su desarrollo se ha visto envuelto en discusiones de aplicación más que de necesidad.

(...) La necesidad de criminalizar una conducta debe estar fundamentada en la respuesta a preguntas como: ¿existe un verdadero riesgo para la sociedad en determinadas conductas de la persona jurídica? ¿Este riesgo puede ser enfrentado por mecanismos diferentes a los del derecho penal? ¿La aplicación del derecho penal es proporcional al riesgo? Las respuestas a estos interrogantes son el problema que se pretende enfrentar en este estudio.

(...) una de las particularidades del Derecho penal moderno es su carácter de prima ratio, por lo que resulta urgente buscar argumentos para precisar cuándo es necesario el Derecho penal, en términos de eficiencia y racionalidad. (Gómez, 2018)

Siguiendo con esta idea, la Corte Constitucional reza en la sentencia C-320 de 1998:

(...) las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones –que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad– se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. (...) Dado que, a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso, la Corte considera que la expresión “objetiva” que aparece en el último inciso del artículo 26 del proyecto es inexecutable. No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y

controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad. Justamente, la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la “responsabilidad objetiva”, la cual en cambio sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil.

(...) la ley penal brinda la máxima protección jurídica a bienes valiosos para la persona humana y la vida social. La traducción de esta defensa en sanciones penales, tiene un propósito tanto comunicativo como disuasorio. Cuando la acción prohibida por la norma penal es susceptible de ser realizada por un ente —y no solamente por una persona natural—, limitar a ésta última la imputabilidad penal reduce el ámbito de protección acotado por la norma. (Sentencia C Corte Constitucional, 1998)

Siendo así, la persona jurídica pública por excelencia; el Estado, no escapa de la teoría de la responsabilidad, pues no solo es el centro de la economía y el desarrollo del país, sino que tiene una marcada influencia en la cultura, con las repercusiones políticas tan grandes que ocasionaría esta, llevándola a abordar diversas ramas del derecho: administrativo, civil, penal, tributario, laboral, por decir algunas. Por lo cual, lo cubriría de gran importancia con los profundos contenidos constitucionales y de principios listica nacional e internacional. Así, los principios constitucionales y penales como el principio de legalidad harían gala de su necesidad y eficiencia.

La dificultad de aplicar una sanción penal a los entes colectivos deriva de su propia naturaleza, pues las organizaciones se conciben como agrupaciones de personas o de capitales, lo que hace difícil proyectar una voluntad que no esté ligada al comportamiento de una persona física. (Gómez, 2018)

Algo muy importante a considerar es la sanción a la que estaría sometido el Estado como persona jurídica; puesto que, la pena principal de prisión que contemplan los Estatutos Internacionales y el Código Penal Colombiano no aplicaría, al ser una sanción de carácter personalísimo y considerar trasladar esta al representante legal del Estado o persona jurídica pública; es decir, el presidente, se hace innecesario e ineficaz para las consecuciones de los fines de esta. Las soluciones podrían estar orientadas al aumento de las rentas públicas del área que se ha visto afectada por el acto corrupto investigado y penado en cuestión; esto, de ser revisado y auditado por la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, coadyuvando esta gestión.

En concordancia con lo anterior, las leyes y la jurisprudencia admiten que las personas morales, tienen una capacidad de acción (distinta a la capacidad de acción de la persona física) que puede conducir a la vulneración de un bien jurídico protegido por el derecho penal. (Dietes, 2016)

Retomando lo anterior, el Estado encarado como persona jurídica; así como estas, son reconocidas constitucionalmente como sujetos de derecho, las cuales tienen plena capacidad para obrar y sus actuaciones pueden estar orientadas a lograr intereses ilegítimos, o vulnerar los preceptos legales que han firmados y están en las disposiciones que las obligan. No

obstante, el ordenamiento jurídico no le reconoce como sujeto aún al cual se le pueda atribuir responsabilidad; por tanto, es necesario que se implemente un sistema de responsabilidad a la persona jurídica, privada o pública, a la par de un sistema especial para estas y la persona natural; como se contempla en algunas de las legislaciones mencionadas anteriormente, con sus equivalentes funcionales y en la búsqueda de un efectivo control al problema de la corrupción en el país.

Esta responsabilidad es necesaria en el panorama actual con servidores públicos actuando en nombre de la persona jurídica pública por excelencia, haciendo un uso malintencionado de los recursos de esta. Estas corporaciones tienen una gran influencia en la sociedad y en la economía del país, a tal punto de tener la capacidad de afectar bienes jurídicos tutelados por la ley; por lo amerita tomar una medida a la altura de las circunstancias.

Esta solución a mediano plazo implicaría un mayor compromiso de parte de las entidades administrativas con la Procuraduría y Contraloría, haciendo una brecha aún más grande entre estas, para evitar la intervención del Estado en las decisiones y controles que adopten estos para el manejo de la responsabilidad penal estatal, como se describió en este mismo capítulo.

Haciendo énfasis en los presupuestos de la Constitución Política Colombiana, en su artículo 267, que establece que: "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación" referido a la Contraloría y "Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley." a la Procuraduría; misma que se identifica por iniciar, adelantar y fallar las investigaciones que por faltas disciplinarias se adelantan contra los servidores públicos y contra de los particulares que ejercen funciones públicas o manejan dineros del estado, de conformidad con lo establecido en el código único.

Adicional a esto, se ha creado una nueva institución que tiene como propósito el control y auditoría de los organismos de control.

Una institución más creada por el estado para el control, es la Auditoría General de la República, y que tiene dentro de sus funciones según la misma Auditoría General (2000) "La vigilancia de la gestión fiscal de los organismos de control como las Contralorías, al igual que la fijación de políticas en la forma de rendir cuentas, forma de aplicarse la evaluación financiera, de gestión y de resultados..." Y finalmente, está la Fiscalía General de la Nación que a partir del estatuto anticorrupción creó la oficina anticorrupción y cuenta con fiscales especializados que se encargan de investigar los diferentes hechos de corrupción. (Procuraduría General de la Nación, 2001)

Todo esto con el fin de desligar, en la medida de las posibilidades al Estado de las funciones de la Procuraduría y Contraloría, evitando actos de corrupción y haciendo un efectivo manejo e inspección a estos.

° A largo plazo:

La medida que se puede plantear a largo plazo y que abarca; en gran medida, el capítulo dos está direccionadas tratar el problema de la corrupción desde la educación, claro está, manteniendo las políticas implementadas en las opciones de corto y mediano plazo. Esta alternativa está direccionada, no a tratar el problema, sino a evitarlo.

Si bien la mayoría de la población no ve con buenos ojos al corrupto y su comportamiento, es susceptible de incurrir en corrupciones en la vida cotidiana justificándose en esos mismos ejemplos o por el hecho de suponer que otras personas lo hacen mientras ella intenta actuar de manera indicada y pierde oportunidades. Esta aceptación, esta validación de la corrupción, termina teniendo efecto incluso en épocas electorales, pues los electores parecen aceptar que todos los candidatos van a robar, en mayor o menor proporción, pero aceptan a aquel que robe siempre y cuando haga o, como se dice en el Perú: “roba, pero hace obra”. De esta manera, el corrupto no castigado o no descubierto, puede perpetuarse en su posición de poder y prácticas en contra del erario público (Trahtemberg, 2016)

Esta necesaria educación debería ser aplicada a todas las esferas sociales y académicas, y centrándose en el conocimiento desde la Constitución, pasando por el desarrollo de políticas públicas, hasta las formas de actuar frente al presunto actor del incumplimiento.

Se puede complementar con la cultura de la corrupción; que se trató en extenso en el capítulo anterior con suficiencia, para determinar que el origen de esta problemática va más allá de aumentar las penas y tomar medidas para contener; en lugar de evitar.

(...) la sociedad colombiana cuenta con el privilegio de tener democracia, y ser un país donde se intenta tener cimientos fuertes frente a ella, lo único que falta es ejercerlos a favor de toda la comunidad. También mediante la educación se podría implementar una cátedra anticorrupción donde se enseñen principios, valores, conciencia social y educación frente a este fenómeno que a medida que va creciendo haciendo frágil las vigas de la democracia que existen en el país, una cátedra que como fin sea dirigido a la evitar la corrupción que existe en la administración de recursos públicos, que es evidente la problemática existente en esta área a nivel nacional (...) (Olmos, 2019)

Dicha teoría no es nueva, ni es la primera vez que se pone sobre análisis; de hecho, en octubre de 2018 se radicó un proyecto de ley por el Congreso de la República por medio del cual se constituía cátedra obligatoria de ética ciudadana y cuidado de los recursos públicos, haciendo énfasis en los mecanismos de pedagogía social, fijando sanciones sociales a quienes hayan sido condenado por actos de corrupción. 21 mismo que se radicó con el objeto de establecer mecanismos mediante los cuales se establecieran programas de educación y conciencia social para combatir la corrupción en la administración de los recursos públicos, enfocado a fortalecer la prevención de los actos de corrupción.

Resulta menester anteponerse a estos desde el origen: desde las exigencias y los retos en la educación, de la mano de promover y enseñar la ética y los valores en las actuaciones públicas y cargos de poder. No solo desde las instituciones educativas; sino desde las familias, desde el primer entorno en que se desarrolla la personalidad y los valores; también,

trabajando de manera conjunta para hacer y ser el cambio con la enseñanza y aprendizaje, innovando en promover prácticas centradas en la colaboración y no en la competencia, con el compromiso de hacer un ciudadano que no carezca de criterio político.

Es precisamente, la ética la que debería funcionar como un ente articulador entre la función pública y las actuaciones de los funcionarios; por su cargo y su profesión.

Asimismo, los valores que requiere a la Ética Pública son un conocimiento que, durante un largo tiempo, inclusive actualmente, ha sido prescindido al exigir una gran preparación y un goce de requisitos para ostentar un cargo público, convirtiéndose así en un obstáculo para los que aspiran a gobernar sin formación, aptitudes o cualidades óptimas. En el caso de Colombia, la ética viene dada a través de la Resolución No. 11037 de octubre 31 de 2007, la cual es creada por el Sistema de Gestión Ética del Instituto, el cual tiene como objetivo principal adoptar, implementar, mantener, realizar seguimiento, socializar y validar permanentemente las políticas, normas, procedimientos, instancias además de mecanismos que resulten aplicables al interior del Instituto y referentes al establecimiento de principios, valores, normas y lineamientos éticos que autorregulen el comportamiento de los servidores públicos.

Precisando, al hablar de la ética pública se reseña simplemente a la ética aplicada en los asuntos de gobierno, de acuerdo a esto, es la ética ejercida por los servidores públicos, entendiendo por éstos aquel individuo que ostenta un cargo público ya sea por elección, concurso u otro medio, el cual le genera compromiso ante el Estado. Dichas responsabilidades se convierten en actos precisos encauzados hacia el interés común y/o de la ciudadanía, por lo que se espera de este funcionario un actuar apegado a las normativas, principio, leyes y estatutos. En ese sentido, el modelo político democrático tiene como columna la legitimidad que se sustenta cuando el Estado intenta dar solución a los distintos inconvenientes de índole nacional, como la miseria, y funciona con honestidad y objetividad en el ejercicio de la función pública, asumiendo como fin el bien común. Para ello los funcionarios deben obligatoriamente proceder con una ética de la función pública.

Siendo este el principal motor de las actuaciones del Estado, para la correcta administración de los recursos y el apoyo de la sociedad para con las diferentes iniciativas estatales que toma este para crecer como nación.

Combatir la corrupción es una tarea muy compleja. Todos sabemos la gran cantidad de instituciones que, pese a realizar grandes esfuerzos en frenar la corrupción en el mundo, fracasan en el intento de cambiar la situación en aquellos países que poseen elevados niveles de corrupción. Peor es el caso de aquellos países en los que la ciudadanía acepta la corrupción como algo normal y habitual en su día a día. Por ello, estos países donde la corrupción ha penetrado tanto en la sociedad, llegando a percibirse como un fenómeno legal y justo, la tarea a desempeñar para frenar los casos de corrupción en el país parte de la educación e inculcación de determinados valores éticos y morales en la sociedad desde la más temprana edad.

Es por el hecho de que en muchos países no se castigue la corrupción con la severidad que se debe o que ésta quede impune, que la sociedad percibe este tipo de actuaciones

como algo cotidiano, por lo que no hay un empeño considerable en reducirla. Por ello, ante una sociedad totalmente vulnerable a la corrupción, la solución es la creación de una nueva sociedad desde cero mediante el arma más poderosa influyente que tiene un país: la educación. La educación es donde el ciudadano empieza a cultivar sus primeros valores cívicos y éticos. Durante la etapa escolar, los alumnos empiezan a desarrollar conocimiento, y con ello, a generar un pensamiento crítico y libre. (Morales, 2018. Pág. 7(10))

Y analizados tanto el origen como las potenciales soluciones que podrían aplicarse en un país como Colombia, queda pasar a observar qué está haciendo el Estado y preguntarse si es efectivo y si implica un cambio a futuro o un alivio temporal de esta problemática que año tras año permea en los aspectos que evolucionan la sociedad e impiden el crecimiento que podría esperarse de un país como Colombia; entendiendo, a su vez, el gran poder del que ha dotado la Constitución de 1991 a los ciudadanos; puesto que, estos son el centro y todas las actuaciones estatales deben procurar su bienestar, la garantía y el respeto de sus derechos; por tanto, es necesario que se apersonen de estos y ejerzan el control sobre estos actos reprochables; ya que, la población tiene la obligación de exigir el cumplimiento de estas opciones que se analizaron en este capítulo, adquiriendo criterio político y participación en la democracia.

Conclusiones

Un país como Colombia, azotado por problemas de violencia, desigualdad, ignorancia, hambre y pobreza; tiene uno más que ocupa la mente de los funcionarios y las personas del común, permea en todos los anteriores, acentuando la brecha social y ubicando a la Nación en estadísticas que dañan el buen nombre de la misma. Es la corrupción, que impacta en todos los sectores y aspectos sociales como se llegó a señalar en múltiples ocasiones en esta investigación.

El Estado como concepto y organización política desarrolla y asegura múltiples garantías desde el establecimiento de los recursos que se tienen para diferentes enfoques sociales; como la educación, la salud y el mínimo vital de los suscribientes del pacto social, que son los que se reflejan en la construcción de la Constitución Política de 1991, tras una evolución a nivel internacional y nacional, dando cuenta del recorrido por el que pasaron muchas legislaciones en el siglo XX; todo esto, claro, con énfasis en la dignidad humana como principal garantía que debe satisfacer y garantizar el Estado; que no es más que el respeto a los todos los derechos inherentes al ser humano, por el mero hecho de serlo.

Esto, porque el Estado; desde sus más primitivos orígenes, hasta el reconocimiento a nivel nacional como internacional de los derechos humanos, ha pasado por muchas etapas donde, el propósito central es su función dentro de las poblaciones que lo reconocen como tal; ha evolucionado con el fin de adaptarse como una comunidad social con una organización política común, soberana e independiente políticamente de otras comunidades.

El Estado se desarrolló para ser entendido como una entidad coherente, monolítica, omnipresente en cada una de las esferas sociales, que permite la coexistencia de sociedades, ideologías, incluso jurisdicciones, multicultural, con interacciones concretas entre diferentes agentes sociales y estatales, que representa los intereses de los firmantes y se compromete y responsabiliza de lo que sucede dentro suyo; que no es diferente a la del resto de países que suscribieron su legislación del Estado Social de Derecho; particularmente, en Colombia se implementaron diferentes herramientas para avanzar a través de las dificultades propias de un Estado, el cuál es concebido como garante de todos los derechos fundamentales de primera, segunda, e incluso, tercera generación; concretamente y con motivo de la investigación, la corrupción se toma como un atentado grave a estos derechos fundamentales, derivados en las diferentes generaciones, específicamente denota un paradigma articulador entre la ignorancia a la norma de algunos sectores de la sociedad y la incidencia del mal uso de los recursos puesto a disposición de algunos funcionarios públicos, el cual marca un grave asalto a la legitimidad como pilar de un Estado como Colombia.

Tratándose de la legitimidad del Estado, en el ejercicio del poder, debe ser obedecido, comportándose como la garantía de todas sus actuaciones de la mano de la justicia, la validez y la eficacia.

Así que, dentro de todas las herramientas que ha implementado la Constitución Política de 1991 desde su creación; en contra de la corrupción, está el control apoyado en esta legitimidad y garantía a los derechos fundamentales que debe proporcionar el Estado amparada en el trabajo conjunto de la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, el cual, marca un antes y un después en la manera de responder por estos actos (fundamentado en el artículo 90 de la Constitución

Política de 1991), dotando; tanto a los funcionarios como a sí mismo del compromiso y competencia de asumir los hechos por los cuales son condenados frente a la corrupción en el Estado, concretamente si se producen daños antijurídicos por parte de las autoridades públicas. Esta responsabilidad abarca tanto la acción como la omisión de estos, estableciendo que estos daños antijurídicos deben serles imputables, dando un amplio espectro para la aplicación y una dimensión preventiva a las posibles fallas del Estado y sus funcionarios frente a la corrupción; sin perder el objetivo central del origen del problema de la corrupción; la cultura mafiosa, la ignorancia y la falta de oportunidades.

La responsabilidad penal empresarial es una de las alternativas que se trae en la presente investigación para imputar al Estado efectivamente, mostrando así mismo una sanción y observando las normas éticas que velan por el bien general y que acompañan todas sus actuaciones; que al equipararse al Estado como la persona jurídica por excelencia que es, encargada del cumplimiento de obligaciones de carácter constitucional adscritos por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991; puede ser imputada. Claro está, en casos donde se compruebe la omisión del Estado, realizada de tal manera que se contemple una modificación al código penal y adecuándose a los criterios de la Constitución, donde las conductas puedan ser cometidas por un ente sin la capacidad de comprender y determinar un comportamiento; pero que cumpla con la destinación encaminada a provocar un detrimento, por la cual deben ser provista de un revestimiento más amplio; ya que, el Estado no es ajeno a esta y debe regirse por su mismo funcionamiento; en lo que respecta un supuesto de responsabilidad penal estatal (como empresa), atendiendo a una sanción dirigida a fortalecer estructuras debilitadas por la corrupción. Se traen ejemplos de países como México y Argentina; para que, de esta manera se estudie que la figura es viable y una alternativa funcional para implementar en el Ordenamiento Jurídico Colombiano y así, poner un alto de manera paulatina, pero, eficaz y adecuadamente al problema de la corrupción, tanto para los funcionarios condenados por esta, como para el Estado.

Lo que realmente es menester, es una reconcepción del Estado, del derecho y la ética como uno en función de la sociedad, como es establecido desde el inicio, en la cual se evalúen alternativas idóneas para atacar el problema de la corrupción desde sus cimientos; es decir, desde este problema cultural que se trata, pasando por el desarrollo de esta a través del tiempo, brindando soluciones tanto a corto, mediano y largo plazo; puesto que, es una problemática que evoluciona a la velocidad y ritmo del Estado. Por tanto, rediseñar las políticas punitivas, públicas y educativas es una estrategia que abarca y satisface las exigencias de un crecimiento desmesurado de una Nación como Colombia.

Resulta necesario indagar y anteponerse a estos desde el origen: desde las exigencias y los retos en la educación, de la mano de promover y enseñar la ética y los valores en las actuaciones públicas y cargos de poder. No solo desde las instituciones educativas; sino desde las familias, desde el primer entorno en que se desarrolla la personalidad y los valores; también, trabajando de manera conjunta para hacer y ser el cambio con la enseñanza y aprendizaje, innovando en promover prácticas centradas en la colaboración y no en la competencia, con el compromiso de hacer un ciudadano que no carezca de criterio político.

Y es precisamente, la ética la que debería funcionar como un ente articulador entre la función pública y las actuaciones de los funcionarios; por su cargo y su profesión y en donde se encuentra el objeto que rompería con el vínculo entre los actos de corrupción y las actuaciones de funcionarios y autoridades públicas.

Es también importante, observar el papel del Estado y preguntarse si sus prácticas y estrategias para contener esta problemática son efectivas y si implican un cambio a futuro o un alivio temporal, que año tras año permea en los aspectos que evolucionan la sociedad e impiden el crecimiento que podría esperarse de una país como Colombia; entendiendo, a su vez, el gran poder del que ha dotado la Constitución de 1991 a los ciudadanos; puesto que, estos son el centro y todas las actuaciones estatales deben procurar su bienestar, la garantía y el respeto de su derechos; por tanto, es necesario que se apersonen de estos y ejerzan el control sobre estos actos reprochables; ya que, la población tiene la obligación de exigir el cumplimiento de estas opciones que se analizaron en esta investigación, adquiriendo criterio político y participación en la democracia.

El Estado es responsable también por las acciones y omisiones, por la corrupción y las medidas que se han implementado en pro de contenerla y tratarla; es importante que al implementar estas últimas abarquen más factores de seguridad y riesgo y sean eficaces, demostrando el realismo ético y el compromiso de un Estado Social de Derecho con los conciudadanos.

Bibliografía

Aller, G. (2012) Nuevos desafíos en el Derecho Penal Económico. Argentina: Ed. BdeF.

Aristizábal Bedoya, M. P., (2018) EE.UU. y China sumaron el 50% de participación entre los países que más invirtieron en gasto militar alrededor del mundo durante 2018. La República. Recuperado de:

<https://www.google.com/amp/s/amp.larepublica.co/globoeconomia/el-gasto-militar-de-colombia-es-el-mas-alto-de-la-region-supera-los-us10000-millones-2905034>

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia, 1991. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Balcarce, F y Cesano, J. D (2014) Derecho Penal Económico. Argentina: Ed. Mediterránea. Recuperado de:

[https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0,5&q=Balcarce,+F+y+Cesano,+JD+\(2014\)+Derecho+Penal+Econ%C3%B3mico.+Argentina:+Ed.+Mediterr%C3%A1nea.#d=gs_qa&u=%23p%3DV0ZWCnzb5SQJ](https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0,5&q=Balcarce,+F+y+Cesano,+JD+(2014)+Derecho+Penal+Econ%C3%B3mico.+Argentina:+Ed.+Mediterr%C3%A1nea.#d=gs_qa&u=%23p%3DV0ZWCnzb5SQJ)

Blanco, J. B. (2007). De la gran Colombia a la Nueva Granada, contexto histórico-político de la transición constitucional. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 10(20), 71-87. Recuperado de:

https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Blanco%2C+J.+B.+%282007%29.+De+la+gran+Colombia+a+la+Nueva+Granada%2C+contexto+hist%C3%B3ricopol%C3%ADtico+de+la+transici%C3%B3n+constitucional.+Proleg%C3%B3

Borda, L. V. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Rev. Derecho del Estado*, 20, 73. Recuperado de: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/revderest20&div=8&id=&page=>

Campagno, M. (1998). Pierre Clastres y el surgimiento del Estado. Veinte años después. *Boletín de Antropología Americana*, (33), 101-113. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/40978132>

Cando Pacheco, J. D. D. (2018). Temores empresariales en tiempos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Universidad y Sociedad*, 10(1), 89-95. Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/15447>

Cárdenas Triana, D. A. Análisis de las posiciones jurídicas del Consejo de Estado de Colombia, respecto de la responsabilidad estatal por daño especial, entre los años 2010 y 2018

Cazzola, Franco, "Conceptualizando la corrupción", *Revista Metapolítica*, N° 45, enero-febrero, Centro de Estudios de Política Comparada, México, 2006, p. 44. Recuperado de:

https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Cazzola%2C+Franco%2C+%2CConceptualizando+la+corrupci%C3%B3n%22%2C+Revista+Metapol%C3%ADtica%2C+N%C2%B0+45%2C+enero-febrero%2C+Centro+de+Estudios+de+Pol%C3%ADtica+Comparada%2C+M%C3%A9xico%2C+2006%2C+p.+44.&btnG=#d=gs_qabs&u=%23p%3DqQSk65NqKu0J

Chocontá, G. M. (2015). El control fiscal colombiano y la reducción de la corrupción en las entidades públicas. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/6604>.

Código Penal Argentino (2001). Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Contraloría Delegada para Investigaciones. Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva (2014). Contraloria.gov.co (2014). Contraloría General de la República en Cifras. Recuperado de: <http://www.contraloria.gov.co/documents/10136/183026335/CGR+en+cifras+%28proceso+de+responsabilidad+fiscal%29.pdf/d95dcc2c-7888-4e01-9342-d80487bc3fff>

Coordinadora Social Manos Limpias. (2013, 30 de junio). Corrupción. Recuperado de: <https://www.facebook.com/CoordinadorSocialManosLimpias/posts/19177972765472>

Dietes Calderón, S. A., & Dietes Calderón, M. P (2019). Novedad derecho penal: hacia un derecho penal empresarial basado en el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal en el sistema jurídico-penal colombiano. Recuperado de: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/44412>

Domingo, M. (2002). Naturaleza humana y estado de educación en Rousseau: la sociedad. PULSO. Revista de Educación, (25), 45-60. Recuperado de: <https://revistas.cardenalcisneros.es/index.php/PULSO/article/view/18>

Escalante Rueda, M. I. (2017). Modelo de gestión para el control fiscal: Paradigmas de eficacia ante la corrupción en el Estado colombiano. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=173109>

Fortin, E. L., «Santo Tomás de Aquino (1225-1274)» (trad. L. García Urriza), en AA.VV. (Strauss, L. y Crosey, J. [comps.]), *Historia de la Filosofía Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 252. Recuperado de: https://scholar.google.es/scholar?cluster=9552869210937354946&hl=es&as_sdt=0,5#d=gs_qabs&u=%23p%3DwuqvH--bkoQJ

Gamarra, J. R. (2006, noviembre). Agenda anticorrupción en Colombia: reformas, logros y recomendaciones. Pobreza, corrupción y participación política: una revisión para el caso colombiano. No. 82. En: Documentos de trabajo sobre economía regional. Cartagena: Sucursal Banco de la República. Recuperado de: <https://repositorio.banrep.gov.co/handle/20.500.12134/3009>

Garay E, (2008) *La Captura*, Ius et Praxis. Recuperado de: <https://repositorio.usta.edu.co/handle/11634/19986>

Gaviria, C. (2019a). ‘Si pagan para llegar, llegan para robar’: Gaviria. Recuperado El Mañana: <https://elmanana.com.mx/opiniones/si-pagan-para-llegar-llegan-para-robar-gaviria/>

Gómez, J. E. M. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Problemáticas sobre su aplicación desde la expedición del Código Penal. Criterio Jurídico, 16(1). Recuperado de: <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1788>

Guier, J. E (2014). Nociones de Derecho Precolombino, Revista Universidad de Costa Rica, 17094. 156 - 159. Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17094>

Henao, J. F. S. (2012). Evolución y origen del concepto de “estado social” incorporado en la constitución política colombiana de 1991. Ratio Juris UNAULA, 7(14), 141-158. Recuperado de: <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/140>

Hennig Castellanos, S. J. De la responsabilidad del estado, la acción de reparación directa y su procedencia ante el daño antijurídico producido por el legislador en la creación de normas tributarias declaradas inexequibles y por la administración tributaria, al no desaplicarlas cuando fueren manifiestamente incompatibles con la constitución.

Hevia de la Jara, F. (2009). Relaciones sociedad-Estado: análisis interactivo para una antropología del Estado. Espiral (Guadalajara), 15(45), 43-70. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-05652009000300002

Isunza Vera, Ernesto (2001), Las tramas del alba. Una visión de las luchas por el reconocimiento en el México contemporáneo (1968-1993), México, cieras-Miguel Ángel Porrúa. Recuperado de: https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=rJcxSHb3rjUC&oi=fnd&pg=PA5&dq=info:4A_Ejk3p-

IwJ:scholar.google.com/&ots=qOHTk213Jf&sig=cWhw0Fx8H7wOR72HTSh9Fw_Vmtg#v=onepage&q&f=false

Luhmann, N., & Vallespín, F. (1993). *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid. Alianza. Recuperado de: https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Luhmann%2C+N.%2C+%26+Vallesp%C3%ADn%2C+F.+%281993%29.+Teor%C3%ADa+Pol%C3%ADtica+en+el+Estado+de+Bienestar.+Madrid.+Alianza.&btnG=#d=gs_qabs&u=%23p%3DHQfC9u3bcfoJ

Luna Campo, G. C. (2019). Fundamentos constitucionales del daño antijurídico en Colombia (Doctoral dissertation, Universidad Santiago de Cali).

Marín Castillo, J. C., & Trujillo González J. S (2016). *El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar*. Revista Jurídica Derecho, 3(4), 53-70. Recuperado de: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2413-28102016000100005&script=sci_abstract&tlng=en

Mejía Quintana, O. (2019). La cultura mafiosa en Colombia y su impacto en la cultura jurídico-política. Pensamiento Jurídico; núm. 30 (2011): Cultura y Derecho; 15-62 2357-6170 0122-1108. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36710>

MENESES, J. E. C. La Corrupción en la Administración de Justicia: Un análisis desde la Fiscalía General de la Nación. Recuperado de: https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=MENESES%2C+J.+E.+C.+La+Corrupci%C3%B3n+en+la+Administraci%C3%B3n+de+Justicia%3A+Un+an%C3%A1lisis+desde+la+Fiscal%3%ADa+General+de+la+Naci%C3%B3n.&btnG=#d=gs_qabs&u=%23p%3DtBpshQkAqJQJ

Molano, Alfredo, “Cultura mafiosa”, en: El Espectador, marzo 28 de 2008, Sección editorial. Recuperado de: https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Molano%2C+Alfredo%2C+%E2%80%9CCultura+mafiosa%E2%80%9D%2C+en%3A+El+Espectador%2C+marzo+28+de+2008%2C+Secci%C3%B3n+editorial.&btnG=#d=gs_qabs&u=%23p%3DKoAOYz-SmUIJ

Montero, A., & Torres, J. (1998). La economía del delito y las penas. México: Editorial Comares. Recuperado de: https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Montero%2C+A.%2C+%26+Torres%2C+J.+%281998%29.+La+econom%C3%ADa+del+delito+y+las+penas.+M%C3%A9xico%3A+Editorial+Comares.&btnG=#d=gs_qabs&u=%23p%3DWwbjtjVRhiIJ

Morales, F. C. (2018). El papel de la Educación en un mundo corrupto. *Revista internacional de transparencia e integridad*, (7), 10.

Moreno, I. G., & de Jiménez, M. U. (2010). La enseñanza del derecho en Colombia 1886-1930. Universidad de Nariño. Recuperado de: https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Moreno%2C+I.+G.%2C+%26+de+Jim%C3%A9nez%2C+M.+U.+%282010%29.+La+ense%C3%B1anza+del+derecho+en+Colombia+1886+1930.+Universidad+de+Nari%C3%B1o.&btnG=#d=gs_qabs&u=%23p%3D1VwH9kkR0dIJ

Olmos González, P. A. (2016) Educación, democracia y corrupción.

Pérez, R. (2019). Ética y corrupción frente a la reforma administrativa de la función pública colombiana. Estatuto Ley 1474 de 2011. *Consensus (Santiago)-Revista interdisciplinaria de investigación*, 3(1), 68-98.

Procuraduría General de la Nación. Recuperado de: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/transparencia.page>

Quiroga Sánchez, J. A., Arciniegas Bernal, M. A., & Sandoval Murillo, M. (2018). Las implicaciones del estado social de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. Recuperado de: <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/6460> Recuperado de: <http://pragmatika.cl/review/index.php/consensus/article/view/32>

RODELO, A. S. APROXIMACIÓN A LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR CORRUPCIÓN DESPOJADORA.

Rousseau, J. J., (1972). *Contrato Social*. Editorial Espasa. Madrid.

Rúa Delgado, C. (2013). La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho: una revisión desde el caso colombiano. *Ius et Praxis*, 19(2), 85-122. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122013000200004&script=sci_arttext&tlng=p

Suárez Morales, D. M. (2016). Análisis socio-jurídico del estado social de derecho: un principio que contextualiza al estado colombiano. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/13709> .

Suárez, L. A. C. (2018). El significado real de que Colombia sea un Estado Social de Derecho. *DIXI*, (27), 5. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7422752>

Suqui Romero, G. Y., Merchán Ramón, M. E., & Vigna, A. M. (2018). La responsabilidad penal empresarial en el ordenamiento jurídico argentino: su evolución y situación actual (Bachelor's thesis). Recuperado de: https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Morales%2C+F.+C.+%282018%29.+El+papel+de+la+Educaci%C3%B3n+en+un+mundo+corrupto.+Revista+internacional+de+transparencia+e+integridad%2C+%287%29%2C+10.&btnG=#d=gs_qabs&u=%23p%3D_qvtsmjpOGEJ

Thomas Hobbes, El Leviathan, 1651. Se describe al Estado como un súper hombre con poder soberano al cual todos los hombres han cedido su voluntad en pro de superar el estado de naturaleza, “Bellum omnium contra omnes”, “Guerra de todos contra todos”, y asegurar la paz. “Homo homini lupus est” (“El hombre es un lobo para el hombre”).

Vigna, A. M. (2018). La responsabilidad penal empresarial en el ordenamiento jurídico argentino: su evolución y situación actual (Bachelor's thesis). Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/15447>

Zuleta, A. P. (2015). La corrupción, sus historia y consecuencias en Colombia. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/13973>

Línea Jurisprudencial

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia, 1991. Recuperado de:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Código Penal Federal de los Estados Unidos de México (2003). Recuperado de:
<https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/>

Corte Constitucional Sentencia C-320 de 1998: Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-320-98.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996, Expte D 1111 (1996). Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-333-96.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 2015, D-10494 § (2015). Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-410-15.htm>

Ley Fundamental, 1831. Considerandos. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Constitucion/30020185>

Ley 80 de 1993. Congreso de la República. Recuperado de:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993_pr001.html#50

Proyecto de Ley, No. de proyecto: Cámara: 184/2018C, Gaceta N° 809 de 2018.
Recuperado de:
<http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Camara&fec=29-08-2019&num=809>

Sentencia SU 182 de 1998, Corte Constitucional. Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU182-98.htm>