

## El falaz discurso de la corrupción\*

The Disingenuous Speech Around Corruption

Fabricio Mantilla Espinosa<sup>a</sup>

Universidad de la Sabana, Colombia

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9796-5703>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj73.fdlc>

Recibido: 06 agosto 2023

Aceptado: 15 diciembre 2023

Publicado: 13 septiembre 2024

### Resumen:

Se trata de un análisis sobre el impacto jurídico del discurso político y periodístico de la corrupción en los contratos.

**Palabras clave:** corrupción, contratos, derecho privado, derecho público.

### Abstract:

This is an analysis of the legal impact of political and journalistic discourse on corruption in contracts.

**Keywords:** Corruption, Contracts, Private Law, Public Law.

## Introducción

Hace algunas semanas, me reuní con un viejo amigo y su esposa: café, cruasanes y conversación sobre cosas cotidianas. Él es un exitoso abogado laboralista, y ella, una empresaria que administra un negocio familiar.

Conversamos sobre el clima, los amigos en común, la política actual y el curioso perfil de nuestros jóvenes, que muestran un gran desinterés por las enseñanzas y logros del pasado y una gran esperanza en un futuro mejor de corte mesiánico. En medio de la conversación, como suele suceder, surgió el tema de la corrupción:

- Es el flagelo de nuestro tiempo —sostuvo él—.

- Creo que es un problema importante, pero no es de nuestro tiempo, ni mucho menos característico de nuestro país; ha existido siempre y en todo lugar, con mayor o menor intensidad y con manifestaciones diversas —le respondí—.

- Es cierto —dijo ella—, pero a Colombia la tiene sumergida en la miseria. Es el principal problema de nuestro país.

- La verdad, no lo creo —me atreví a decir—. Es un grave inconveniente, sin duda, pero pienso que ha sido distorsionado en el discurso político, sensacionalista y pseudomoral. En Colombia, no solo hay corrupción, también tenemos violencia, ineficiencia, desorden, arbitrariedad e improvisación que han contribuido a la pobreza del país. Se trata de factores que se potencian entre ellos y, difícilmente, podemos establecer relaciones claras de causa-efecto.

Eso es verdad, aunque la corrupción tiene repercusiones económicas directas y le cuesta al país ingentes sumas de dinero. Es una verdadera calamidad que debemos cortar de raíz, ¡hay que tomar medidas contundentes! —sostuvo la esposa de mi amigo—, con la seguridad y firmeza tan características de la gente de negocios. Antes de que comenzara con cifras y estadísticas, mi amigo suspirando dijo “¡qué buen papel han hecho los colombianos en el Tour de Francia!”, y la conversación se encaminó felizmente hacia otros horizontes.

### Notas de autor

<sup>a</sup> Autor de correspondencia: [fabricio\\_mantilla@hotmail.com](mailto:fabricio_mantilla@hotmail.com)

La corrupción se ha convertido en un tema recurrente en nuestro país; su fastidiosa y estéril aparición en conversaciones de cafetería es solo el reflejo de un discurso falaz de origen político y periodístico que exalta los ánimos, distrae la atención, da lugar a reacciones ineficientes y desproporcionadas y permite que algunos personajes se sitúen en una posición moral superior y se autoproclamen redentores de este terrible flagelo.

En este breve ensayo, el lector no encontrará análisis estadísticos, ni sofisticadas teorías, ni mucho menos discursos morales grandilocuentes; el objetivo que persigo es mucho más simple: solo haré unas precisiones básicas sobre la corrupción; básicas, porque la claridad de los conceptos fundamentales suele disolver muchos de los problemas, y, en no pocos casos, nos ayuda a resolver los restantes.

Me tomaré la libertad de plantear algunas de las preguntas más frecuentes respecto de la corrupción, para tratar de responder aquellas que se puedan responder, y descartaré las que sean solo un sinsentido.<sup>1</sup>

## ¿Qué es la corrupción?

Esta pregunta, preñada de existencialismo,<sup>2</sup> difícilmente puede responderse: si se hace de manera precisa, la respuesta, sin duda, será incompleta, y si se hace de forma general, casi con seguridad resultará abstrusa e inútil. Para evitar estos inconvenientes, haré unas precisiones preliminares sobre los vocablos *corrupción* y *corromper*, para luego aclarar qué pretendo designar cuando me sirvo de ellos. Ahora, no podemos olvidar que “el significado de las palabras y su valor funcional sólo adquieren plenitud de vida dentro del conjunto de que forman parte”.<sup>3</sup>

*Corrupción* es el sustantivo que se deriva del verbo *corromper*, que, a su vez, proviene de *romper* (del latín *rumpere*)<sup>4</sup> y esto, en buena medida, puede explicar su primer uso para designar alteraciones en *cosas corporales*:<sup>5</sup> “Alterar y trastocar la forma de algo”;<sup>6</sup> “alterar y trastocar la forma ó estado de una cosa, echar á perder, dañar”;<sup>7</sup> “cambiar la naturaleza de una cosa volviéndola mala”;<sup>8</sup> “echar a perder, podrir”;<sup>9</sup> “alterar la substancia orgánica de modo que se inutiliza, huele mal, etc.”;<sup>10</sup> “impurificar y dar mal olor y sabor al agua las cosas que se pudren en ella”;<sup>11</sup> “impurificar el ambiente con miasmas o mal olor”.<sup>12</sup>

Posteriormente, estos vocablos comenzaron a utilizarse también de forma metafórica<sup>13</sup> para referirse a alteraciones en cosas incorpóreas: “Vicio o abuso introducido en las cosas no materiales —corrupción de costumbres, de voces—”;<sup>14</sup> “pervertir a alguien”;<sup>15</sup> “hacer que algo se deteriore —corromper las costumbres, el habla, la literatura—”;<sup>16</sup> “hacer moralmente malas a las personas o a las cosas”;<sup>17</sup> “estropear cosas no materiales —corromper a la juventud—”;<sup>18</sup> “hacer que [alguien (cd)] se aparte de los principios morales o de la conducta honrada”;<sup>19</sup> “sobornar, cohechar con dádivas ó de otra manera”;<sup>20</sup> “hacer que [alguien (cd)] se comporte de manera deshonesto o ilegal por dinero”.<sup>21</sup>

Los cambios de significado,<sup>22</sup> en buena medida, describen la historia de las palabras: “El desarrollo semántico de muchas palabras consiste en una serie de cambios sucesivos, que a veces pueden apartarlas enormemente de su sentido original”.<sup>23</sup> Por mi parte, cuando utilice estos vocablos, en principio, solo haré referencia a *comportamientos relacionados con dar, prometer, solicitar o aceptar la promesa o entrega de dádivas o prebendas para el cumplimiento o incumplimiento de sus funciones*. Tres precisiones adicionales:

En primer lugar, *corrupción* es un vocablo que tiene una altísima carga emotiva:

El significado emotivo de una palabra es una tendencia de la palabra, que surge de la historia de su uso; tendencia que produce (da por resultado) reacciones *afectivas* en las personas. Es el aura inmediata de sentimiento que se ciernen en torno a las palabras. Esas tendencias a producir reacciones afectivas se adhieren a las palabras tenazmente. [...] Cuanto más pronunciado es el significado emotivo de una palabra, menos probable es que la gente la use de un modo puramente descriptivo. Algunas palabras son apropiadas para alentar a la gente, otras para desalentarla, otras para tranquilizarla y así sucesivamente.<sup>24</sup>

En segundo lugar, *corrupción* es una palabra vaga, que no designa un listado de comportamientos específicos y limitados, sino más bien una forma de actuar que implica ciertas intenciones de los sujetos, respecto de algunas normas de comportamiento debido, y que se pueden concretar de modos diversos.

En tercer lugar, en el lenguaje del derecho, algunas veces se utiliza la palabra *corrupción* para hacer referencia a categorías jurídicas<sup>25</sup> que no parecen tener mayor relación con “sobornar a alguien con dádivas o de otra manera”,<sup>26</sup> como es el caso del delito de *corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico* —art. 372 C. P.—, de la causal de divorcio que consiste en “toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo” —art. 157 núm. 7 C. C.— y de las normas que penalizan comportamientos sexuales con menores, que son conocidos comúnmente como *corrupción de menores*. Otras veces, el derecho sanciona, de distintas maneras, esta clase de comportamientos, pero no usa las mencionadas palabras, como es el caso del delito de cohecho —arts. 405, 406 C. P.— y de las nulidades contractuales por objeto y causa ilícitos —arts. 1519, 1524 C. C.—.

Solo de forma excepcional, el derecho se sirve de los vocablos *corrupto* y *corrupción*, como en el caso del delito de *corrupción de sufragante* —art. 390 C. P.—, de la Ley 1474 de 2011 —conocida como Estatuto Anticorrupción— y de la Ley 2195 de 2022, “por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”. Lo cual no implica, de ninguna manera, que nuestro sistema carezca de sanciones suficientes para esta clase de comportamientos, ni que necesitemos importantes reformas impulsadas a través de costosísimas y populistas consultas anticorrupción.

## ¿Cómo se reglamenta la corrupción en Colombia?

Para tratar de responder a esta pregunta, debo hacer antes algunas precisiones. Cuando utilice los vocablos *corrupción* y *corromper* solo me referiré a *comportamientos relacionados con dar, prometer, solicitar o aceptar la promesa o entrega de dádivas o prebendas para el cumplimiento o incumplimiento de sus funciones* —le ruego al lector me disculpe por ser tan reiterativo—.

Esta definición implica que solo habrá corrupción (i) en el marco de un sistema normativo que sirva de referencia, (ii) que se concreta en la violación de un deber institucional, (iii) para obtener un beneficio extrainstitucional y (iv) que se lleva a cabo de forma normalmente secreta o, por lo menos, discreta —por esto, cuando no es así, la calificamos de descarada—. <sup>27</sup>

Así, la corrupción es una desviación respecto de unos deberes sociales para obtener satisfacción de unos apetitos e intereses particulares —más o menos como el adulterio—; estos comportamientos pueden estar sancionados jurídicamente en mayor o menor medida —más o menos como el adulterio—; y pueden tener o no consecuencias económicas, aunque normalmente tendrán cierto nivel de censura social —más o menos como el adulterio—.

La corrupción ha existido siempre y en todo lugar<sup>28</sup> —si el lector lo desea, puede compararla con el adulterio—. Sería entonces muy ingenuo creer que en Colombia el fenómeno se debe a una insuficiencia de normas que lo sancionen jurídicamente —dejo total libertad al lector para que haga aquí las comparaciones que considere pertinentes—.

Ahora bien, en lo que concierne a la regulación jurídica, *grosso modo*, podemos ordenarla de acuerdo con sus principales funciones, como preventiva y punitiva.<sup>29</sup>

La *preventiva* establece directrices, recomendaciones, obligaciones y prohibiciones encaminadas a evitar situaciones que pudieran desembocar en actos de corrupción. En las últimas décadas se ha desarrollado mucho esta normativa, y, en la práctica, se denomina mediante el anglicismo *compliance*.<sup>30</sup>

Sin embargo, en el derecho colombiano, de vieja data, existen disposiciones que de forma más o menos directa pueden tener esta orientación: normas que van desde la regulación específica de conflictos de intereses<sup>31</sup> hasta la consagración de principios generales, como el de la moralidad administrativa,<sup>32</sup> por no mencionar instituciones de control, cuyas funciones, en buena medida, permiten prevenir los actos de corrupción, como la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.<sup>33</sup>

La *punitiva* consagra sanciones particulares para algunas actuaciones que corresponden a nuestra definición de corrupción. En materia penal, tenemos distintos delitos, como el cohecho —arts. 405, 406 C. P.—, la concusión —art. 404 C. P.—, el tráfico de influencias —art. 411 C. P.—, el prevaricato —arts. 413, 414 C. P.—. Además, en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales,<sup>34</sup> los distintos comportamientos relacionados con solicitar o aceptar dádivas o prebendas pueden también corresponder a tipos penales especializados, como el interés indebido en la celebración de contratos —art. 409 C. P.), la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 C.P.) y el contrato sin cumplimiento de requisitos legales —art. 410 C. P.—.

La Ley 2195 de 2022 consagró, además, multas, inhabilidades para contratar, publicaciones en medios de alta circulación, prohibiciones de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno en un plazo de diez (10) años, remociones de administradores u otros funcionarios o empleados, para personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras, aplicadas por las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia y control, a título de “responsabilidad administrativa sancionatoria”.

Por si fuera poco, y sin tener en cuenta las normas de responsabilidad que existen de vieja data —sus condiciones, efectos y trámites—, el artículo 59 de esta ley dispuso

responsabilidad por daño al patrimonio público. Los particulares que ejerzan función administrativa y los servidores públicos incurrirán en responsabilidad extracontractual cuando por actos de corrupción lesionen los intereses individuales del Estado por daño al patrimonio público [...]. El daño al patrimonio público puede ser resarcido a través de medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias; el juez deberá tener en cuenta para la tasación de los perjuicios el impacto en la sociedad del acto de corrupción. El daño al patrimonio público admite para su reparación el reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales siempre que estén acreditados.

En materia de contratación privada, el Estatuto Anticorrupción —Ley 1474 de 2011— consagró nuevos delitos, a saber: la corrupción privada —art. 16 - art. 250A C. P.—, la administración desleal —art. 17 - art. 250B C. P.—, el fraude de subvenciones —art. 26 - art. 403A C. P.— y el tráfico de influencias de particular —art. 28 - art. 411A C. P.—. Los delitos de acuerdos restrictivos de la competencia —art. 27 - art. 410A C. P.— y el soborno trasnacional —art. 30, L. 1474/2011 - art. 433 C. P.—<sup>35</sup> serían aplicables tanto en materia pública como privada.

Ahora bien, si nos concentramos en la contratación, los actos de corrupción podrían también corresponder a un *abuso o desviación de poder* —arts. 44 núms. 2 y 3 y 24 núm. 8 L. 80/1993— y a algunas categorías tradicionales del derecho privado que han sido retomadas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que comentaré de forma somera a continuación.

## ¿Qué sanciones contractuales se pueden aplicar a los actos de corrupción?

A esta pregunta sí puedo responder de forma más o menos precisa. Como ya vimos, los *comportamientos relacionados con dar, prometer, solicitar o aceptar la promesa o entrega de dádivas o prebendas para el cumplimiento o incumplimiento de sus funciones* pueden estar sancionados por distintos delitos y, en el caso de las funciones públicas, también pueden dar lugar a sanciones disciplinarias y a las concernientes al abuso o desviación de poder.

Estos comportamientos podrían además corresponder a categorías propias del derecho de los contratos, que ahora comentaré brevemente. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la gran carga emotiva del

lenguaje de la corrupción,<sup>36</sup> la tendencia que existe a creer esta clase de rumores<sup>37</sup> y la manipulación que de ellos hacen políticos y periodistas<sup>38</sup> pueden influir en el juez del contrato e inducirlo a creer que su misión consiste en “luchar por todos los medios contra la corrupción”, antes que en aplicar de forma previsible y estricta las normas contractuales que corresponden a los hechos probados en el proceso.

De manera preliminar, quisiera explicar una clasificación de los contratos que depende de los actos de corrupción mismos, de si estos constituyen la finalidad que persiguen las partes o si solo fueron medios para su celebración.<sup>39</sup>

*Contratos para la corrupción:* son contratos de intermediación que, bajo una calificación formal (comisión, corretaje, mandato, representación, asistencia administrativa, asesoría técnica, *consulting agreement*, *agency*, *sponsoring*), esconden su objetivo de influir indebidamente para obtener la celebración de otro contrato o algún tipo de beneficio indebido. Así, el intermediario se obliga para con la empresa que le encarga la misión a influir en un tercero —mediante entrega o promesa de dádivas o a través de ciertas presiones— con el fin de que este celebre un contrato con aquella o la beneficie de alguna manera.<sup>40</sup>

La preposición *para*<sup>41</sup> nos permite resaltar el hecho de que el contrato de intermediación no se celebró por medio de actos de corrupción, sino que estos constituyen el objetivo que busca la convención. *La corrupción es entonces el fin perseguido por el contrato y no el medio que determinó su celebración.*

*Contratos por la corrupción:*<sup>42</sup> su objeto es proveer materias primas o productos manufacturados, prestar servicios, construir obras, etc.; sin embargo, en su celebración se presentaron entregas o promesas de dádivas o prebendas indebidas. *La corrupción se encuentra, entonces, en los medios y no en los fines contractuales.*

Recordemos que la institución jurídica llamada *contrato* es solo un instrumento para realizar negocios; su regulación obedece en principio a objetivos económicos; las reglas con contenido moral son solo una suerte de freno, tienen en cuenta distintas conductas reprochables y establecen diferentes sanciones, con regímenes jurídicos bien distintos,<sup>43</sup> no se trata de una orden genérica del legislador al juez para que castigue por todos los medios que considere efectivos.

Por consiguiente, el juez no puede servirse de genéricos y emotivos *principios*,<sup>44</sup> como la buena fe, la moralidad administrativa, la transparencia, la libre competencia, y pretender utilizarlos como fundamento para toda suerte de sanciones,<sup>45</sup> que pueden ir desde multas astronómicas hasta innovadoras “suspensiones definitivas de contratos”:

La “justicia del caso individual” que se invoca en contraste con la “justicia de las normas” ha llegado a ser en los últimos años un *leitmotiv* más bien generalizado en el ámbito de varias orientaciones *posmodernas* de la teoría del derecho. [...] Cuáles sean los criterios en función de los que el juez debería determinar caso por caso en esta “justicia reequilibradora” de los defectos sociales sigue siendo asunto del todo misterioso; parece más bien que los sostenedores de esta orientación no desean siquiera imaginar “decisiones según criterios”, y pretendan que el juez no pueda hacer otra cosa que decidir los casos individuales según una especial sensibilidad suya para la tutela de los sujetos discriminados. No parece que haya necesidad de mayores ahondamientos para entender que aquí se concibe una decisión desvinculada de cualquier regla [...] y, por lo tanto, remitida exclusivamente a la sensibilidad individual del juez.<sup>46</sup>

Ateniéndonos a las normas precisas de nuestro derecho contractual, hay que precisar que los *contratos para la corrupción* pueden dar lugar a nulidades absolutas y algunas sanciones accesorias; mientras que los *contratos por la corrupción* generan una gama de sanciones más variada y fundamentada en el dolo contractual.<sup>47</sup>

*Contratos para la corrupción:* como los actos de corrupción se hallan solo en los fines, estos contratos podrían tener objeto —arts. 1518, 1523 C. C.—<sup>48</sup> y causa ilícitos —art. 1524 C. C.—<sup>49</sup>, figuras que, para los contratos estatales, estarían regidas además por ciertas normas especiales —arts. 13, L. 80/1993, 10 C. C.—<sup>50</sup>: artículos 44 numerales 2 y 3 y 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993.<sup>51</sup>

Objeto y causa ilícitos son, entonces, categorías jurídicas que permiten controlar los objetivos contractuales: que no contraríen lo dispuesto por el ordenamiento,<sup>52</sup> ni estén determinados por motivos

que contravengan ciertos principios morales que sirven de referencia al sistema —orden público y buenas costumbres—. <sup>53</sup>

Es importante tener en cuenta que la jurisprudencia colombiana, tradicionalmente, ha exigido que la finalidad ilícita o inmoral haya sido *determinante* y, además, que haya *entrado en el campo contractual*, es decir, que sin ella no se hubiera celebrado el contrato, y que hubiera sido común a las partes y no un mero motivo de una sola de ellas. Esta solución fue consagrada expresamente por el Código de Comercio para el contrato de sociedad —art. 104 C. Co.— y ha recibido importante apoyo de la doctrina nacional. <sup>54</sup>

Su sanción sería la nulidad absoluta, la cual, por proteger intereses generales, puede ser alegada no solo por las partes, sino también por cualquier persona que tenga interés, por el Ministerio Público y, para ciertos contratos estatales, también por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Además, esta debe ser declarada de oficio por el juez y no es susceptible de ratificación por las partes —arts. 1740, 1741, 1742, 1746 C. C., 899 C. Co., 45, L. 80/1993, 141 L. 1437/2011—. <sup>55</sup>

Como sanción accesoria, el derecho privado establece —art. 1525 C. C.— que: “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. <sup>56</sup> La Ley 80 de 1993, por su parte, dispone en su artículo 48 que

la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público. <sup>57</sup>

El Consejo de Estado <sup>58</sup> parece interpretar una regla con un campo de aplicación mucho más general que el de la norma consagrada en el artículo 1525 del Código Civil, <sup>59</sup> puesto que no solo prohibiría repetir lo pagado por objeto o causa ilícitos a sabiendas, sino que, además, impediría el reconocimiento de prestaciones ejecutadas y que no hayan sido pagadas, cuando las partes, con pleno conocimiento, proceden a celebrar un negocio jurídico contra el derecho público de la nación. <sup>60</sup>

Es menester precisar que la Ley 1882 de 15 de enero de 2018, cuyo artículo 20 modificó el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, estableció un régimen especialísimo para cierta clase de contratos (Contratos de Asociación Público Privada), ciertos sujetos (contratistas), en ciertos eventos (nulidad absoluta) y para ciertos costos (establecidos con suma precisión...).

Pero, para llegar a la nulidad absoluta, algunos fallos <sup>61</sup> han buscado “refuerzos”, o incluso “atajos”, mediante referencia a la violación de normas imperativas —899 C. Co., 44 núm. 2, L. 80/1993—. Esto permitiría, supuestamente, anular el contrato sin necesidad de demostrar ni la causa ni el objeto ilícitos. No obstante, esta posición está lejos ser satisfactoria. En efecto, determinar cuándo una norma es imperativa no siempre es tarea fácil; <sup>62</sup> además, considerar como imperativa una regla solo tiene por función resolver un conflicto entre dos clases distintas de normas jurídicas: una principal, de carácter legal, que protege intereses generales del Estado, y otra secundaria, de origen contractual, que salvaguarda intereses diferentes —art. 16 C. C.— <sup>63</sup>, y su sanción es solo considerar una disposición contractual como *no escrita*, <sup>64</sup> no se puede interpretar como una causal de nulidad del contrato distinta del objeto ilícito.

Ahora bien, en un sistema como el colombiano, el Estado interviene activamente en la economía y una de las principales vías que utiliza para ello es la consagración, cada vez más abundante, de normas imperativas. Si entendemos que la mera violación de una de ellas implicaría nulidad absoluta del contrato, corremos el riesgo de anular toda suerte de contratos por referencia a todo tipo de normas imperativas, lo cual se traduciría en un grave problema de seguridad jurídica.

Al respecto, el Consejo de Estado ha sido muy claro en que

no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos dará lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que se han dejado señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa y explícita.<sup>65</sup>

*Contratos por la corrupción*: como los actos de corrupción no se encuentran en las finalidades del contrato — objeto y causa ilícitos —, estas convenciones no pueden ser objeto de las sanciones que acabamos de comentar. Sin embargo, los actos de corrupción sí corresponden a una institución del derecho de los contratos, que consagra múltiples sanciones: el dolo contractual.<sup>66</sup>

A pesar de que la jurisprudencia colombiana lo ha analizado siempre como un mero vicio del consentimiento —art. 1508 C. C.—,<sup>67</sup> si leemos con atención el Código Civil, podemos percatarnos de que su consagración legal es mucho más amplia:

Art. 63. [...] El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Art. 1515. El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.

En efecto, el citado artículo 1515 solo exige del dolo, para que vicie el consentimiento, que haya sido obra de una de las partes y determinante en la celebración del contrato, pero no que hubiera inducido a error.<sup>68</sup> En el derecho romano, el vocablo *dolo*, en la formación de los contratos, designaba cualquier maniobra deshonesta destinada a obtener de otra persona su consentimiento para celebrar un contrato.<sup>69</sup> Como bien lo resume el profesor Eugène Gaudemet, “el criterio era, entonces, la deshonestidad y no el engaño”.<sup>70</sup>

Precisado lo anterior, podemos explicar brevemente el régimen jurídico aplicable. Probados los actos de corrupción —art. 1516 C. C.—,<sup>71</sup> el juez del contrato podría anularlo por nulidad relativa —arts. 1741 C. C., 900 C. Co., 46 L. 80/1993—:

Art. 1743 C. C. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.

El juez, entonces, solo podría decretar la nulidad cuando (i) los actos de corrupción hubieran sido obra de la otra parte, (ii) aparece claramente que sin estos no se hubiera celebrado el contrato (*dolo determinante*) —art. 1515 C. C.— y (iii) la nulidad hubiese sido solicitada por la “víctima” —arts. 281, 282 C. G. P.—.<sup>72</sup> Sin embargo, si los actos de corrupción fueron obra de un tercero, cabría la posibilidad de ejercer acción indemnizatoria —art. 2341 C. C.—, y la acción restitutoria contra quien, por la celebración del contrato, recibió provecho del dolo ajeno —art. 2343 C. C.—.

Ahora bien, cuando se presentan actos de corrupción, por parte del otro contratante, pero se establece que aun sin estos se hubiera celebrado el contrato (*dolo no determinante*), la “víctima” solo podría solicitar la indemnización de los perjuicios efectivamente probados —art. 1515 C. C.—. Como en el caso en que se demuestre que el contrato, como resultado de una licitación, fue adjudicado a un contratista que *prometió o entregó dádivas o prebendas indebidas* al empleado del contratante, pero, independientemente de esto, este contratista obtuvo la mayor puntuación en el proceso licitatorio o era el único de los proponentes que cumplía con los requisitos exigidos.

La sanción accesoria de las no repeticiones, en todos sus regímenes —arts. 1525 C. C., 48, L. 80/1993, 32, L. 1508/2012—, no sería aplicable para los contratos por la corrupción, puesto que solo procede en caso de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos. Su aplicación, desde una perspectiva práctica, también traería

resultados indeseados. En efecto, muchos contratos para la realización de importantes obras de infraestructura solo son posibles a través de sofisticadas operaciones de financiación, cuyo funcionamiento depende de los pagos que se realicen al contratista, por consiguiente, la aplicación de esta punición innominada daría al traste con toda la operación económica y, a mediano plazo, desincentivaría la financiación de las obras de infraestructura en nuestro país, tanto más cuanto que esta clase de riesgos derivados del dolo no es cubierta por las pólizas de seguro —arts. 1055, 1127 C. Co.—. La aplicación de la regla de las no repeticiones implicaría, entonces, la eventual pérdida no solo de las utilidades obtenidas del contrato, sino también del capital invertido.

Así y todo, la calificación de los actos de corrupción como dolo siempre permitiría a la víctima dirigirse contra terceros beneficiarios en los términos de los artículos 1515 y 2343 del Código Civil. Además, conviene recordar que los comportamientos fraudulentos de un empleado o representante en contra de los intereses de aquel en cuyo nombre actúa no solo reciben una sanción moral, sino que, en ciertos casos, pueden incluso corresponder a delitos tipificados por el derecho penal, como sucede con la *infidelidad a los deberes profesionales* —art. 445 C. P.—. Con esta misma lógica parece haber sido concebido el artículo 838 del Código de Comercio:

Art. 838. El negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado.

Si bien es cierto que esta norma no exige expresamente que se demuestre la existencia de acuerdos fraudulentos entre el representante y el tercero —y mucho menos actos de corrupción—, resulta evidente que consagra, igual que para el dolo, la sanción de nulidad relativa, y su redacción —al exigir la manifiesta desviación del poder, por parte del representante, y el conocimiento, por parte del tercero— parece sugerir la existencia de maniobras desleales.

Así, la calificación de los contratos por la corrupción en la categoría del dolo no solo resulta viable, desde una perspectiva normativa, sino, además, muy útil, desde una perspectiva práctica: si la corrupción aparece probada en el proceso, el juez no está obligado a anular el contrato y a aplicar los regímenes de no restituciones;<sup>73</sup> la nulidad relativa de la convención es solo una de las sanciones posibles, y las demás permiten tomar en consideración las distintas hipótesis —dolo no determinante y dolo de un tercero— y sancionar moralmente sin sacrificar de forma radical la operación económica que regula el contrato.

“Para matar las cucarachas no es menester incendiar la casa”. Entre tanto espanto e indignación,<sup>74</sup> en el fondo, todos sabemos que tan pronto “se disipe el enneguecedor humo y se enfríen las cenizas” volverá a merodear la misma plaga discreta.

Al respecto, traigo a colación el célebre laudo arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura, de 6 de agosto de 2019,<sup>75</sup> que declaró la “**NULIDAD ABSOLUTA**, por objeto y causa ilícitos, del Otrosí No. 3 suscrito el 15 de julio de 2013, modificado el 13 de marzo de 2014, y el Otrosí No. 6 suscrito el 14 de marzo de 2014, junto con sus actas complementarias, que adicionaron el Contrato de Concesión No. 001 de 2010”, cuando era evidente que, en el caso en cuestión, la corrupción no se hallaba en los fines, sino solo en los medios.<sup>76</sup>

Respecto de estos mismos hechos, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 6 de diciembre de 2018, que resolvió una acción popular interpuesta por la Procuraduría General de la Nación, entre las múltiples sanciones impuestas, había condenado solidariamente a personas jurídicas y naturales a pagar la suma de \$800 156 144 362,50 debido a “la comisión de actos de corrupción que dieron lugar a la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa” y a “la vulneración de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público; al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y a la libre competencia económica”. Además de la “suspensión definitiva del contrato”,

la cual se había ordenado provisionalmente en la medida cautelar del 9 de febrero de 2017, porque, para la fecha de la sentencia, el tribunal de arbitramento aún no había resuelto sobre la citada demanda de nulidad.

Sin embargo, la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que resolvió el recurso de apelación<sup>77</sup> revocó varios numerales de la parte resolutive del fallo de primera instancia y, de forma muy acertada, precisó lo siguiente:

63.- Así se hubiese evidenciado la ocurrencia de gravísimos actos de corrupción en la celebración y modificación del Contrato, la intervención del juez de la acción popular debía tener en cuenta las disposiciones legales vigentes. Según ellas, incluso en los casos en los que el contrato esté afectado de causa u objeto ilícito, el contratista tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones ejecutadas hasta cuando se declare judicialmente su nulidad, siempre que se establezca que las mismas han beneficiado a la entidad contratante [...].

64.- La normativa particular que regula la nulidad de los contratos estatales tiene en cuenta el interés general involucrado en la ejecución de su objeto, particularmente cuando el mismo consiste en la construcción y el mantenimiento de obras públicas [...].

65.- Aunque la regla general es que se considere *immoral* que se siga ejecutando un contrato celebrado y modificado con actos de corrupción porque el contratista no puede seguir aprovechándose de los dineros públicos involucrados en el mismo (lo cual no es exacto, pues en un contrato de concesión la financiación de las obras también está a cargo del concesionario), la respuesta del juez de la acción popular no puede ser la de proferir decisiones precipitadas y de impacto en la colectividad para que en esta se genere la sensación de que se está protegiendo la moralidad y el patrimonio público.

Las providencias que se guían por el falaz discurso de la corrupción fuerzan la anulación de contratos —incluso en contra de los intereses de la víctima de los actos de corrupción—, desconocen los ámbitos de competencia y el alcance de las acciones judiciales, generan una gran inseguridad jurídica y tienen consecuencias económicas muy graves.<sup>78</sup>

El fenómeno de la corrupción, con su discurso mediático y político, termina difuminando las fronteras entre la justicia y el espectáculo, mediante una explosiva mezcla entre normas, pasión y presión. En palabras del profesor François Ost,

de un tiempo para acá, como es bien sabido, los medios de comunicación se han apoderado de la justicia. [...] Pero ¿cómo esperar, en efecto, una colaboración —o, por lo menos, una yuxtaposición— entre dos lógicas tan diferentes? La justicia cultiva, con bastantes dificultades, el principio [...] de la presunción de inocencia; los medios de comunicación no se preocupan por esto, ora presentan al acusado estigmatizado por una evidente culpabilidad ora como un héroe moderno cuyo buen aspecto permite que, de entrada, sea absuelto por unas encuestas soberanas. La justicia, lo sabemos perfectamente, es lenta y minuciosa, necesita plazos y toma su tiempo para realizar sus análisis; trata de reconstituir los hechos en tiempo real y espera a que se calmen las pasiones. La justicia televisiva, por el contrario, sólo conoce la urgencia y se mueve por atajos; todo término aparece, ante sus ojos, como un aplazamiento; para ella, lo importante es hacer que la presión aumente por medio de emociones que van *in crescendo*; no busca la verdad, mediante la acumulación de pruebas, sino la mera sensación, a través de la acumulación de hechos.

La justicia se conforma con el principio del contradictorio y con la regla de igualdad de armas; para los medios de comunicación, por el contrario, el mejor, es decir el más espontáneo, el más seductor será quien gane [...].

El procedimiento judicial se desarrolla en un marco de reglas preestablecidas —que a veces, un poco a la ligera, se critica por exceso de formalismo. La justicia televisiva, por su parte, obedece a las reglas de la producción de espectáculos: lo que importa es dar golpes de originalidad, producir *scoops*, subyugar y fidelizar al público [...].

Los medios de comunicación se sumergen en la *jurisdicción de las emociones*: la intuición reemplaza al razonamiento, y un rostro surcado por lágrimas siempre convencerá más que una demostración racional. Los textos abstractos, como ya lo vimos, no tienen cabida y así, privada de referentes y de fuentes hermenéuticas, la ‘justicia mediática’ es necesariamente regresiva, una suerte de reminiscencia inmediata de un sentimiento primitivo de justicia que, normalmente, se distingue mal de la necesidad de venganza y del ansia de sacrificio [...].

La justicia de los tribunales practica el autocontrol: cada decisión tiene su recurso, cada etapa del procedimiento su control: apelación, casación, oposición, recusación. Tantas formas de imponer un juez al juez, y a la ley, un saludable respiro. La

“justicia mediática” no es susceptible de apelación: nadie revoca ni confirma nada, solo se multiplica en imágenes ora fluidas y evanescentes, que se pierden en las arenas del inconsciente, ora fuertes y obsesivas, que alimentan grandes olas de emociones.<sup>79</sup>

Pero no solo los jueces han sido seducidos por el falaz discurso de la corrupción, en la legislación encontramos también rastros de su peligrosa influencia. La Ley 1474 de 2011 nos ofrece algunos ejemplos de normas “caza fantasmas”, que, en lugar de espectros de corrupción, terminan atrapando a cualquier parroquiano golpeado por la fatalidad. Por ejemplo, el famoso delito de *tramitar un contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o celebrarlo o liquidarlo sin verificar el cumplimiento de los mismos* —art. 33—, en cuyo lenguaje la palabra “dolo” designa, simplemente, el hecho de realizar la conducta, sin necesidad de exigir el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero.<sup>80</sup>

Los artículos 82 a 85, con el loable fin de “proteger la moralidad administrativa”, erigieron a los supervisores e interventores de los contratos estatales en “garantes de la corrupción”. El problema es que este honor se confirió a unos técnicos, generalmente ingenieros y arquitectos, que difícilmente podrían dar cuenta a la entidad pública de aquellos “hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción”, que se presentan a media luz, bajo los escritorios, y no se suelen reflejar ni en los planos de las obras, ni en sus avances por etapas. Y este flaco honor conlleva una muy gorda responsabilidad: civil, fiscal, penal y disciplinaria; inhabilidades hasta por 5 años y, además, el interventor sería responsable “solidariamente con el contratista por los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento”.<sup>81</sup>

Ser responsable solidariamente —los romanos decían *in solidum*<sup>82</sup>— significa que el interventor estaría obligado de forma completa, por los mismos montos y en las mismas condiciones que el contratista por los perjuicios que este deba indemnizar. Pero ¿cuáles serían los montos?, ¿los de las coimas que se pagaron?, ¿el precio del proyecto?, ¿todo lucro cesante y daño emergente derivados de la anulación del contrato?

Estas responsabilidades penales y civiles vaporosas son completadas por la Ley 2195 de 2022 con toda una gama de multas y sanciones accesorias; por ejemplo, su artículo 60 dispone lo siguiente :

Sentencia en los casos de corrupción. En los casos en que la amenaza o vulneración al derecho colectivo hayan sido producto de un acto de corrupción que causare un daño al patrimonio público, el juez en la sentencia deberá imponer, adicional al daño probado en el proceso, una multa al responsable de hasta mil de (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la cual atenderá a la gravedad de la conducta, el grado de participación del demandado y su capacidad económica. El pago de la multa impuesta deberá dirigirse al Fondo de Reparación de las Víctimas de Actos de Corrupción.

Y en el artículo 59 párrafo 1 incorporó una definición omnicompreensiva de “actos de corrupción”:

Entiéndase por acto de corrupción las conductas penales enlistadas en los capítulos de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, los delitos electorales o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados.

Esta clase de normas “contundentes”, improvisadas y desarticuladas, que se fundamentan en brumosas referencias a emotivos principios, terminan generando un verdadero caos judicial y dando lugar a toda suerte de decisiones “justitrarias”.<sup>83</sup> Como bien lo precisa el consejero de estado Guillermo Sánchez Luque en su aclaración de voto al fallo de 27 de julio de 2023:

Cada proceso y recurso tienen su función, por ello la decisión de cada uno de ellos debe suponer que no interfiera con los demás, ni que uno le reste eficiencia al otro y tampoco que coexistan varios medios de control o recursos para decidir un mismo asunto. Lo que ocurrió en este proceso impone reflexionar sobre la conveniencia de seguir en este “desorden jurídico” que permite la coexistencia de instrumentos paralelos —acción popular— o sucesivos —acción de tutela— para la resolución de las controversias.<sup>84</sup>

## ¿Cuáles son los costos económicos de la corrupción?

Para esta pregunta no tengo respuesta, y creo que nadie puede dar una respuesta satisfactoria. Los actos de corrupción son siempre objeto de reproche moral y, en muchos casos, de distintas sanciones jurídicas, pero ello no implica que podamos cuantificarlos económicamente y presentarlos con frías estadísticas y coquetas gráficas con líneas y colores.<sup>85</sup>

Explico mi afirmación: de forma abstracta —y en buena medida intuitiva—, todos sabemos que la corrupción en materia contractual trae graves consecuencias económicas, aumenta los riesgos de la inversión a largo plazo, propicia las obras e inversiones ineficientes, aumenta los costos y los precios de los productos e impone barreras al libre mercado.<sup>86</sup> Sin embargo, esto no nos permite asignar pérdidas económicas a cada uno de los actos de corrupción, ni mucho menos cuantificarlos de forma general y confiable.

En efecto, muchas promesas o solicitudes de coimas nunca se concretan en pagos, son actos de corrupción, tipificados penalmente, pero sin consecuencias económicas claras;<sup>87</sup> tampoco podemos dejar de lado los sobornos que no tienen incidencia práctica, pagados a falsos tramitadores; finalmente, recordemos que estas operaciones se suelen llevar a cabo en escondrijos y entre las sombras,<sup>88</sup> ¿qué tan fiables son entonces los universos de casos que se suelen usar para las estadísticas?

Si la administración está altamente burocratizada, con procedimientos ineficientes y órganos de control asfixiantes, los plazos y trámites para la celebración y ejecución de los contratos pueden implicar costos elevadísimos. En las lapidarias palabras de Huntington: “En términos de crecimiento económico, lo único peor que una sociedad con una burocracia rígida, sobre-centralizada y deshonesta es una que tenga una burocracia rígida, sobre-centralizada y honesta.”<sup>89</sup>

¿Cómo cuantificar entonces los costos de la corrupción? ¿Le anotamos también en su cuenta las pérdidas por los contratos mal planeados, la negligencia de los funcionarios y las decisiones arbitrarias? ¿Vamos a sostener que la carretera inconclusa, ya con maleza en el asfalto, y los costos de la nueva contratación fueron consecuencia directa de los sobornos pagados por Odebrecht, y no de las abruptas y contundentes decisiones, de la “suspensión definitiva”<sup>90</sup> previa y de la posterior anulación del contrato?

Como bien lo precisa Daniel Levitin,

cuando encontréis una noticia nueva sobre una nueva investigación, es importante estar alerta sobre cómo han sido definidos los elementos de esa investigación. Debemos juzgar si son aceptables y razonables. Es un asunto de especial importancia cuando se trata de temas muy politizados, como el aborto, el matrimonio, la guerra, el cambio climático, el salario mínimo y las políticas de vivienda. Nada está más politizado que la política. [...] Si una estadística se construye a partir de un conjunto de medidas mal definidas, intuiciones, errores conceptuales, sobre simplificaciones, medidas equivocadas o estimaciones incompletas, las conclusiones serán imperfectas.<sup>91</sup>

Resulta evidente que una visión espectacular de la corrupción siempre será más tentadora para los medios de comunicación. El profesor Diego Younes, de forma muy concisa, demuestra cómo los distintos titulares periodísticos tienden a generar la sensación de que la corrupción es omnipresente y omnipotente: “Definitivamente Colombia es un país de cacos...”, “La corrupción: nos comió la serpiente”, “Hoy es casi imposible ganar un contrato con el Estado en forma honesta. Los carruseles de los contratistas se tomaron a Colombia”, “En qué momento se acabó la ética en Colombia.”<sup>92</sup>

Este efecto se agudiza por las cifras astronómicas que alegremente se presentan al público. Por ejemplo, en la página web de la Secretaría de Transparencia, como mero entremés, encontramos: “Documento ‘Grandes Hallazgos (2020)’. La corrupción es un problema generalizado en Colombia que *cada año* les cuesta a los colombianos *50 billones de pesos*, unos 18 400 millones de dólares.”<sup>93</sup> ¿Cómo obtuvieron esta descomunal cifra?, ¿cuál fue la definición de corrupción que adoptaron?, ¿cuál fue el método para construir el universo de casos?, ¿cuantificaron las coimas?, ¿se basaron en entrevistas?, ¿calcularon la pérdida de rentabilidad de

los proyectos y establecieron una relación causa-efecto con los sobornos?, ¿sumaron también los costos de la estructura burocrática preventiva? Para aclarar estas dudas, hice clic en el enlace correspondiente, y la página muy amablemente me informó que “el recurso solicitado no ha sido encontrado”.

Esta visión apocalíptica no solo beneficia a políticos y periodistas, sino al crecimiento de la corrupción misma: aumenta el apetito, crea en la comunidad la impresión de que se trata de comportamientos generalizados, muy rentables, de cierta forma tolerados y, por lo general, impunes.<sup>94</sup> ¿Qué mejor acicate para dejar atrás los viejos principios morales y el temor a la justicia?

El falaz discurso de la corrupción permite señalar con el dedo, lo más lejos posible, la podredumbre y así achacarle toda suerte de consecuencias. Indignarse ante la corrupción, levantar la voz y proceder de forma contundente siempre suena bien y, además, hace que las miradas se distraigan para que todos se concentren en la búsqueda de los malos olores.<sup>95</sup>

El falaz discurso de la corrupción permite inmolar las obras públicas en el altar de la pseudomoral, mientras los expedientes penales<sup>96</sup> se llenan de moho, los términos se vencen<sup>97</sup> y los políticos prometen amnistías para los corruptos ya condenados. El Gobierno acusa de corrupta a la oposición, y esta acusa al Gobierno de corrupción en sus actuaciones.

El falaz discurso de la corrupción excita al legislador para atiborrarnos de normas, arbitrarias, redundantes e ineficientes, y distrae la atención de los jueces de las reglas aplicables al caso para prestar oído a los cantos de políticos y periodistas.<sup>98</sup>

Para luchar contra la corrupción, necesitamos unas pocas normas claras, aplicadas de forma estricta y uniforme por los jueces, y una sociedad educada con unos principios morales más sólidos, que censure y condene.<sup>99</sup> No basta con ratificar convenciones internacionales, proferir un par de sentencias radicales y ejemplares, anunciarlas con micrófonos, y sostener discursos falaces y estériles. Como bien lo precisa John Mackie,

en todos estos asuntos es preciso poner algunas restricciones a las inclinaciones de los individuos si queremos que los hombres vivan juntos de manera tolerable. Los principios morales, las reglas, los sentimientos y las disposiciones son una primera línea de defensa. La formulación y promulgación autoritaria de las leyes es la segunda. Y la aplicación de la ley es la tercera. Es obvio que las tres son necesarias en alguna ocasión, pero también es evidente que la segunda y la tercera no podrán funcionar a menos que se hallen en estrecha concordancia con la primera.<sup>100</sup>

## Agradecimientos

Las generosas y acertadas críticas al texto que hicieron María Teresa Palacio Jaramillo, Diana Vargas Escobar, Adriana Zapata Vargas, María Clara Mejía González, Martín Pimiento Martínez, Jorge Oviedo Albán, Jorge Pinzón Sánchez, Ernesto Rengifo García, Samuel Urueta Rojas, Santiago Mantilla Hinestroza y Francisco Rodríguez Latorre me permitieron mejorar en buena medida su contenido y su forma; los yerros restantes y corrupciones de estilo son mi responsabilidad personal, pero confío en que el lector sea pragmático y comprensivo, antes que radical y contundente.

## Referencias

### Doctrina

Agustín Mateos Muñoz, *Etimologías latinas del español* (Ed. Esfinge, 1984).

Albert Calsamiglia, *Racionalidad y eficiencia del derecho* (Ed. Fontamara, 1997).

Alejandro Nieto, *El desgobierno judicial* (Ed. Trotta, 2005).

Alf. Ross, *Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro Carrió, Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés (Ed. Fontamara, 2001).

Alfredo Bullard González, *Derecho y economía, Análisis económico de las instituciones legales* (Ed. Palestra, 2006).

- Andrés Roemer, *Análisis económico de la corrupción*, en Miguel Carbonell & Rodolfo Vázquez, coord., Poder, derecho y corrupción (Ed. Siglo Veintiuno, 2003).
- Arturo Valencia Zea & Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil*, t. III. De las obligaciones (Ed. Temis, 2010).
- Bruno Oppetit, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, JDI 5-21 (1987).
- Carlo Alberto Brioschi, *Breve historia de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días*, trad. Juan Ramón Azaola (Ed. Taurus, 2010).
- Carlos Guillermo Castro Cuenca, *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla* (Ed. Universidad del Rosario, 2017).
- Cass Sunstein, *Rumorología. Cómo se difunden las falsedades, por qué nos las creemos y qué se puede hacer contra ellas*, trad. Alfonso Barguñó Viana (Ed. Debate, 2010).
- Cécile Pérès, *La règle supplétive* (Ed. LGDJ, 2004).
- Charles Stevenson, *El significado emotivo de los términos éticos*, en Alfred Ayer, El positivismo lógico (Ed. Fondo de Cultura Económica, 1979).
- Claudio Luzzati, *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*, trad. Pau Luque Sánchez (Ed. Marcial Pons, 2013).
- Cristian Fabián Martínez Sánchez, *El concepto utilitarista de corrupción y la efectividad de los compliance program en la lucha contra este flagelo* (Ed. Ibáñez, 2019).
- Daniel Levitin, *La mentira como arma*, trad. Jesús Martín Cordero (Ed. Alianza, 2019).
- David Deroussin, *Histoire du droit des obligations* (Ed. Économica, 2007).
- Diego Younes Moreno, *La corrupción en Colombia. El análisis sociológico como respuesta a la ineficiencia normativa* (Ed. Ibáñez, 2017).
- Dominique Bureau, France Drummond & Dominique Fenouillet, Dir., *Droit et moral* (Ed. Dalloz, 2011).
- Edward Roberts & Bárbara Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española* (Ed. Alianza, 2018).
- Emmanuel Breen, *FCPA. La France face au droit américain de la lutte anti-corruption* (Ed. Joly/Lextenso, 2017).
- Eugène Gaudemet, *Théorie générale des obligations* (Ed. Sirey, 1965).
- Fabricio Mantilla Espinosa & Tatiana Oñate Acosta, *Derecho privado y contratos estatales*, en María Teresa Palacio Jaramillo, Dir., *Contratos estatales*, t. I. (Ed. Ibáñez, Universidad del Rosario, 2022).
- Fabricio Mantilla Espinosa, Myriam Salcedo Castro & Francisco Bernate Ochoa, *El arbitraje nacional frente a la corrupción. Colección Arbitraje 360°* (Ed. Ibáñez, Association des juristes franco-colombiens, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2018).
- Fabricio Mantilla Espinosa, *El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional*, 7 Revista Internacional de Arbitraje (Ed. Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2007).
- Felipe Rosiasco Piraján, *La corrupción y el arbitraje. Estudio comparado en arbitrajes internacionales de inversión y nacionales. El caso Odebrecht en Colombia y Perú*, en Hernán Darío Gómez Lee, Hernando Herrera Mercado & Fabricio Mantilla Espinosa, El arbitraje y sus dimensiones desde el Ministerio Público. Colección Arbitraje 360° (Ed. Ibáñez, Cámara de Comercio de Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 2022).
- François de Marcillac, Duc de La Rochefoucauld, *Réflexions ou sentences et maximes morales* (Ed. Jean de Bonnot, 1970).
- François Ost. *Dire le droit, faire justice* (Ed. Bruylant, Bruselas, 2007).
- Gabriel M. & P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1. Les sources (Ed. Sirey, 1988).
- George Lakoff & Mark Johnson, *Metáforas de la vida cotidiana*, trad. Carmen González Marín (Ed. Cátedra, 2019).
- Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (Ed. LGDJ/Lextenso, 1949-2014).
- Guido Gómez de Silva, *Breve diccionario etimológico de la lengua española* (Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998).
- Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Teoría del contrato y del negocio jurídico* (Ed. Temis, 2005).
- Henri Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)* (Ed. La mémoire du droit, 2012).

- Jaime Lombana Villalba, *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia* (Ed. Universidad del Rosario, 2014).
- Joan Corominas & José Pascual, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, vol. V. RI-X. (Ed. Gredos, 2015).
- John Mackie, *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, trad. Tomás Fernández Aúz (Ed. Gedisa, 2000).
- Jorge Malem Seña, *Notas preliminares*, en Daniel Mendonca, *Corrupción. Un estudio sobre la corrupción en el Paraguay* (Ed. Intercontinental, 2005).
- Jorge Malem Seña, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos* (Ed. Gedisa, 2002).
- Jorge Malem Seña, *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica* (Ed. Marcial Pons, 2017).
- José Antonio Alonso & Carlos Garcimartín, *Causas y consecuencias de la corrupción: una revisión de la literatura*, en José Antonio Alonso & Carlos Mulas-Granados, Dir., *Corrupción, cohesión y desarrollo. El caso de Iberoamérica* (Ed. Fondo de Cultura Económica, 2011).
- José Leandro Urbina, *Los dueños del mundo. Una historia de la corrupción desde la Antigüedad hasta nuestros días* (Ed. Planeta, 2022).
- Juan Carlos Forero Ramírez & Juanita María Ospina Perdomo, *Aspectos penales de la contratación estatal* (Ed. Ibáñez/ Universidad del Rosario, 2017).
- Julio Casares, *Diccionario ideológico de la lengua española* (Ed. Gustavo Gili, 1977).
- Luis Felipe Henao Cardona & Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Compliance: prevención de la corrupción pública y privada* (Ed. Tirant lo Blanch, 2020).
- Luis Jorge Garay Salamanca & Eduardo Salcedo-Albarán, *El gran libro de la corrupción en Colombia* (Ed. Planeta, 2018).
- Manuel Seco, Olimpia Andrés & Gabino Ramos, *Diccionario del español actual*, vol. I (Ed. Aguilar, 1999).
- María Moliner, *Diccionario de uso del español*, A-G. (Ed. Gredos, 1997).
- María Teresa Palacio Jaramillo, *Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción*, en Felipe De Vivero Arciniegas, *Análisis de 25 años de aplicación de la ley 80 de 1993. XVI Jornadas de contratación estatal. V Congreso de compra pública* (Ed. Universidad de los Andes, 2020).
- María Teresa Palacio Jaramillo, *Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales*, en Rocío Araujo Oñate, Ed., *La Ley 1150 de 2007. ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* (Ed. Universidad del Rosario, 2011).
- María Teresa Palacio Jaramillo, *Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia*, 14 *Revista de Derecho Público* (Universidad de los Andes, 2002).
- Michael Reisman, *¿Remedios contra la corrupción? Cohecho, cruzadas y reformas*, trad. Mariluz Caso (Ed. Fondo de Cultura Económica, 1984).
- Michele Taruffo, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, trad. Beatriz Quintero (Ed. Temis, 2006).
- Nicolas Borga, Jean-Claude Marin & Jean-Christophe Roda, Dir., *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge* (Ed. Dalloz, 2018).
- Pauline Corre Dumoulin, *De l'absence de théorie des catégories en droit*, en Guillaín Wernert, Dir., *Les catégories en droit. Actes de la journée d'études des jeunes chercheurs de l'Institut d'études de droit public* (Ed. Mare & Martin, 2017).
- Philip Abrams, Akhil Gupta & Timothy Mitchell, *Antropología del Estado*, trad. Marcela Pimentel (Ed. Fondo de Cultura Económica, 2018).
- Pierre Bourdieu, *Sur la télévision suivie de L'emprise du journalisme* (Ed. Raisons d'Agir, 2008).
- Pierre Guiraud, *La semántica*, trad. Juan Hasler (Ed. Fondo de Cultura Económica, 1997).
- Pierre Mayer, *La sentence contraire à l'ordre public au fond*. 4 *Rev. Arb.* (1994).
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, t. II A/G. (Ed. Planeta, 2014).
- Real Academia Española, *Nueva gramática de la lengua española* 569 (Ed. Espasa, Asociación de Academias de la Lengua Española, 2010).

- Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, trad. Miguel Carbonell (Ed. Fontamara, 2003).
- Richard Hare. *El lenguaje de la moral*, trad. Genaro Carrió & Eduardo Rabossi (Ed. UNAM, 1975).
- Rufino José Cuervo & Instituto Caro y Cuervo, *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*, t. 2.<sup>do</sup> C-D. (Ed. Herder, 1998).
- Samuel Gili & Gaya, *Curso superior de sintaxis española* (Ed. Spes, 1960).
- Secretaría de Transparencia, Observatorio de Transparencia y Anticorrupción, *Costos de la Corrupción*. <http://www.secretariatransparencia.gov.co/observatorio-anticorrupcion/costos-de-la-corrupcion>
- Sophie Gaudemet, *La clause réputée non écrite* (Ed. Économica, 2006).
- Stephen Ullmann, *Semántica. Introducción a la ciencia del significado*, trad. Juan Martín Ruiz-Werner (Ed. Aguilar, 1965).
- Susan Rose-Ackerman & Bonnie Palifka, *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas* (Ed. Marcial Pons, 2019).

## **Jurisprudencia.**

### **Corte Suprema de Justicia**

- C. S. J. Cas. Civ. 23/10/1936. M. P. Ricardo Hinestrosa Daza. G. J. XLIV.
- C. S. J. Cas. Civ. 24/4/1961. M. P. José J. Gómez. G. J. N° 2.239.
- C. S. J. Cas. Civ. 6710/1981. M. P. Ricardo Uribe Holguín. Tomo XI. Núm. 121
- C. S. J. Cas. Civ. 24/6/1997. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Rad. (4816).
- C. S. J. Cas. Civ. 23/4/1998. M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Rad. 4544.
- C. S. J. Cas. Civ. 2/8/1999. M. P. José Fernando Ramírez Gómez. Rad. (4937).
- C. S. J. Cas. Civ. 6/3/2012. M. P. William Namén Vargas. Rad. (11001-3103-010-2001-00026-01).

### **Consejo de Estado**

- C. E. Secc. Terc. 25/11/2004. C. P. Germán Rodríguez Villamizar. Rad. 110010326000200300055-01 (25560). C.
- E. Secc. Terc. 18/3/2010. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).
- C. E. Secc. Terc. 3/8/2011. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 11001-03-26-000-2005-00047-00 (31354).
- C. E. Secc. Terc. 29/10/2012. C. P. Stella Conto Díaz del Castillo. Rad. 250002326000199802230-01 (21022). C. E.
- Secc. Terc. Subsecc. A. 2/05/2013. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-2010-03126-01(AP). C. E.
- Secc. Terc. Subsecc. B. 29/5/2014. C. P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 25000232600019980227701(29366). C. E.
- Secc. Terc. 16/7/2015. C. P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 760012331000200204055 01(41768).
- C. E. Secc. Terc. 27/7/2023. C. P. Martín Bermúdez Muñoz. Rad. 25000234100020170008302(64048).

### **Laudos**

- Trib. Arb. CAC-CCB. 19/03/2010. Ingelcom Ingeniería Electrónica y de Telecomunicaciones Ltda. contra Grupo Inversiones Filigrana S. A. Árb. Isaac Devis Granados, Ximena Tapias Delporte y Néstor Fagua Guauque.
- Trib. Arb. CAC-CCB. 30/10/2014. Martha Lucía Ramírez Gómez contra Luis Fernando Correa Bahamón. Árb. Luis Fernando Salazar López.
- Trib. Arb. CAC-CCB. 10/02/2015. Constructora Bogotá Fase III S.A. contra Instituto de Desarrollo Urbano —IDU— y Empresa de Transporte del Tercer Milenio —Transmilenio S. A.—. Árb. Hernán Fabio López Blanco, Jorge Hernán Gil y William Namén Vargas.

Trib. Arb. CAC-CCB. 25/11/2016. Agencia Nacional de Infraestructura —ANI— contra La Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y Otros. Árb. María Luisa Mesa Zuleta, Fernando Montoya Mateus y Julio Roberto Nieto

Trib. Arb. CAC-CCB. 6/8/2019. Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. vs. la Agencia Nacional de Infraestructura. Árb. Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Catalina Hoyos Jiménez y Carlos Mauricio González Arévalo.

## Notas

- \* Artículo de reflexión.
- 1 En este breve ensayo, en buena medida, vuelvo sobre las ideas que desarrollé hace un par de años en un libro elaborado con unos colegas y buenos amigos: Fabricio Mantilla Espinosa, Myriam Salcedo Castro y Francisco Bernate Ochoa. *El arbitraje nacional frente a la corrupción. Colección Arbitraje 360°*. Ed. Ibáñez / Association des juristes franco-colombiens / Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá (2018).
  - 2 “En el análisis lógico deberían evitarse preguntas del tipo ‘¿qué es [...]?’ porque huelen a esencialismo. Uno puede preguntar qué es cierta sustancia, por ejemplo, el agua o la pólvora, cuando resulta claro qué es lo que uno significa (designa) al usar las palabras ‘agua’ o ‘pólvora’. La pregunta es inadecuada cuando el problema principal consiste en determinar el significado con el que la palabra efectivamente se usa, o el significado que lógicamente podría atribuírsele, pero que solo se presenta en forma difusa en el uso común”. Alf Ross, *Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro Carrió, Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés 33-34 (Ed. Fontamara, 2001).
  - 3 Samuel Gili & Gaya, *Curso superior de sintaxis española* 17 (Ed. Spes, 1960).
  - 4 Del latín *corrumpere* formado por *rumpere* y el prefijo *cum* —con, compañía— (que ante “r” la “u” deviene “o” y la “m” se asimila a la primera consonante del sufijo), romper en conjunto, completamente. Véase A. Mateos Muñoz, *Etimologías latinas del español* 241 (Ed. Esfinge, 1984). Joan Corominas & José Pascual, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, vol. V. RI-X., 62 (Ed. Gredos, 2015). Rufino José Cuervo Instituto Caro y Cuervo, *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*, t. 2.<sup>do</sup> C-D., 573 (Ed. Herder, 1998).
  - 5 “Romper ‘separar con violencia las partes de un todo, deshacer, hacer pedazos’: latín *rumpere* ‘romper’, del indoeuropeo *ru-m-p-* ‘romper; arrebatar de *rup-*, de *reup-* ‘arrebatar’; romper”. Guido Gómez de Silva, *Breve diccionario etimológico de la lengua española* 612-613 (Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998). Y comparte raíces con palabras tan variadas como “robar”, “rozar”, “ruta”, “rutina”, “abrupto”, “derrota”, “erupción” e “interrumpir”. Véase Edward Roberts & Bárbara Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española* 145-146 (Ed. Alianza, 2018).
  - 6 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, t. II A/G., 647 (Ed. Planeta, 2014).
  - 7 Rufino José Cuervo & Instituto Caro y Cuervo, *supra* nota 4, pág. 571.
  - 8 María Moliner, *Diccionario de uso del español*, A-G., 782 (Ed. Gredos, 1997).
  - 9 Julio Casares, *Diccionario ideológico de la lengua española* 227 (Ed. Gustavo Gili, 1977).
  - 10 María Moliner, *supra* nota 8, pág. 782.
  - 11 *Id.*
  - 12 *Id.*
  - 13 “Nuestros conceptos estructuran lo que percibimos, cómo nos movemos en el mundo, la manera en que nos relacionamos con otras personas. Así que nuestro sistema conceptual desempeña un papel central en la definición de nuestras realidades cotidianas. Si estamos en lo cierto al sugerir que nuestro sistema conceptual es en gran medida metafórico, la manera en que pensamos, lo que experimentamos y lo que hacemos cada día también es en gran medida cosa de metáforas”. George Lakoff & Mark Johnson, *Metáforas de la vida cotidiana*, trad. Carmen González Marín, 35 (Ed. Cátedra, 2019).
  - 14 Real Academia Española, *supra* nota 6, pág. 647.
  - 15 *Id.*
  - 16 *Id.*
  - 17 María Moliner, *supra* nota 8, pág. 782.
  - 18 *Id.*
  - 19 Manuel Seco, Olimpia Andrés & Gabino Ramos, *Diccionario del español actual*, vol. I., 1278 (Ed. Aguilar, 1999).
  - 20 Rufino José Cuervo & Instituto Caro y Cuervo, *supra* nota 4, pág. 572.
  - 21 Seco, Andrés & Ramos, *supra* nota 19, pág. 1278.
  - 22 “Hemos visto que toda palabra es un complejo de asociaciones. Basta que una de ellas evolucione para que acometa al sentido y termine por alterarlo, por ahogarlo y finalmente hasta por remplazarlo”. Pierre Guiraud, *La semántica*, trad. Juan Hasler., 46 (Ed. Fondo de Cultura Económica, 1997).

- 23 Stephen Ullmann, *Semántica. Introducción a la ciencia del significado*, trad. Juan Martín Ruiz-Werner, 253 (Ed. Aguilar, 1965).
- 24 Charles Stevenson, *El significado emotivo de los términos éticos*, en Alfred Ayer, *El positivismo lógico* 278 (Ed. Fondo de Cultura Económica, 1979).
- 25 “El uso de la herramienta ‘categoría’ en últimas, se traduce en atribuir un nombre para asociarle a éste consecuencias jurídicas. Para que sea útil y pertinente, la categoría creada o redefinida por la autoridad normativa o el investigador debe responder a la necesidad de adaptabilidad a la sociedad, a la realidad de los hechos y de la práctica”. Pauline Corre Dumoulin, *De l’absence de théorie des catégories en droit*, en Guillaín Wernert, Dir., *Les catégories en droit. Actes de la journée d’études des jeunes chercheurs de l’Institut d’études de droit public* 27 (Ed. Mare & Martin, 2017).
- 26 Real Academia Española, *supra* nota 6, pág. 647.
- 27 Véase Jorge Malem Seña, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos* 21-38 (Ed. Gedisa, 2002). Jorge Malem Seña, *Notas preliminares*, en Daniel Mendonca, *Corrupción. Un estudio sobre la corrupción en el Paraguay* 9-16 (Ed. Intercontinental, 2005). Michael Reisman, *¿Remedios contra la corrupción? Cobecho, cruzadas y reformas*, trad. Mariluz Caso, 43-58 (Ed. Fondo de Cultura Económica, 1984).
- 28 Una simpática e instructiva —aunque naturalmente incompleta— recopilación en Carlo Alberto Brioschi, *Breve historia de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días*, trad. Juan Ramón Azaola. (Ed. Taurus, 2010). Véase también: José Leandro Urbina, *Los dueños del mundo. Una historia de la corrupción desde la Antigüedad hasta nuestros días* (Ed. Planeta, 2022).
- 29 Para un análisis con un enfoque más general, véase Luis Jorge Garay Salamanca & Eduardo Salcedo-Albarán, *El gran libro de la corrupción en Colombia* (Ed. Planeta, 2018).
- 30 Véase Luis Felipe Henao Cardona & Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Compliance: prevención de la corrupción pública y privada* (Ed. Tirant lo Blanch, 2020). Nicolas Borga, Jean-Claude Marin y Jean-Christophe Roda, Dir., *Compliance : l’entreprise, le régulateur et le juge* (Ed. Dalloz, 2018). Emmanuel Breen, *FCPA. La France face au droit américain de la lutte anti-corruption* (Ed. Joly/Lextenso, 2017). Cristian Fabián Martínez Sánchez, *El concepto utilitarista de corrupción y la efectividad de los compliance program en la lucha contra este flagelo* (Ed. Ibáñez, 2019).
- 31 Véase Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Cas. Civ. 6710/1981, M. P.: Ricardo Uribe Holguín. Tomo XI. Núm. 121, pp. 19-38, [Colom].
- 32 “Así, la moralidad administrativa —como principio de la actividad administrativa y como derecho colectivo— se perfila como un estándar de conducta —que encuentra su paralelo en el derecho civil en la figura del buen padre de familia y, en el derecho comercial, en la del buen hombre de negocios— de las autoridades administrativas, de carácter eminentemente normativo, cuyo contenido se integra a partir de los principios, valores y reglas que inspiran, dirigen y condicionan toda actuación administrativa”. Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc. Subsecc. A. 2/05/2013, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-2010-03126-01(AP), [Colom.].
- 33 Una clara y concisa presentación sobre las instituciones del derecho colombiano para prevenir y sancionar la corrupción en Diego Younes Moreno, *La corrupción en Colombia. El análisis sociológico como respuesta a la ineficiencia normativa* 23-51 (Ed. Ibáñez, 2017).
- 34 Un análisis general sobre los delitos que se pueden cometer en la contratación pública en Juan Carlos Forero Ramírez & Juanita María Ospina Perdomo, *Aspectos penales de la contratación estatal* (Ed. Ibáñez/Universidad del Rosario, 2017).
- 35 Sin embargo, la consagración de este nuevo delito implica dos graves dificultades: por un lado, la nueva categoría se traslapa parcialmente con la del cohecho activo y, por el otro lado, puede dar lugar a problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. Véase al respecto Carlos Guillermo Castro Cuenca, *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla* 199-207 (Ed. Universidad del Rosario, 2017).
- 36 “El lenguaje moral es frecuentemente emotivo, por la simple razón de que las situaciones en que es típicamente usado son situaciones que a menudo nos conciernen profundamente”. Richard Hare, *El lenguaje de la moral*, trad. Genaro Carrió & Eduardo Rabossi 140 (Ed. UNAM, 1975).
- 37 “Es evidente que los rumores tienen más posibilidades de propagarse si incitan y respaldan los sentimientos de las personas. [...] Cuando los rumores producen sentimientos fuertes -repulsión, enojo, indignación- es mucho más probable que la gente los difunda”. Cass Sunstein, *Rumorología. Cómo se difunden las falsedades, por qué nos las creemos y qué se puede hacer contra ellas*, trad. Alfonso Barguñó Viana 88-89 (Ed. Debate, 2010).
- 38 “La opinión pública queda configurada por la combinación de esos mismos ejes discursivos con los estereotipos que sobre ellos se forman. En este campo hay que reconocer que los ejes discursivos en la narración contaminan la supuesta objetividad del periodista en un proceso complejo, creando fábulas [...]. El escándalo termina en la estigmatización, sin esperar un juicio pausado y con frecuencia algunos escándalos se originan sin que se haya producido un acto de corrupción. Aunque lo normal es que se produzcan a partir de la sospecha de un comportamiento corrupto, el escándalo político consiste en un proceso de intento de estigmatización de un agente determinado. [...] Para los medios existen dos variables trascendentales: la rentabilidad económica y la influencia social en un sistema que puede ser denominado como la industria del escándalo. [...] Por lo anterior debemos situar el debate no solo en la ilicitud de la conducta de

- los personajes de la fábula, sino también en los intereses de los fabuladores [...]”. Jaime Lombana Villalba, *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia* 57-58 (Ed. Universidad del Rosario, 2014).
- 39 Véase Mantilla Espinosa, Salcedo Castro & Bernate Ochoa, *supra* nota 1, págs. 70-74.
- 40 Véase Bruno Oppetit, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, JDI 5-21 (1987). Fabricio Mantilla Espinosa, *El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional*, 7 Revista Internacional de Arbitraje 67-89 (Ed. Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2007).
- 41 “La PREPOSICIÓN PARA expresa DESTINO en el sentido físico y también en el figurado. [...] El más característico de los sentidos figurados es el de FINALIDAD o PROPÓSITO [...]”. Real Academia Española, *Nueva gramática de la lengua española* 569 (Ed. Espasa/Asociación de Academias de la Lengua Española, 2010).
- 42 “Es característico de por encabezar los COMPLEMENTOS CAUSALES formados con grupos nominales y adjetivales, así como las oraciones subordinadas: Está cerrado por vacaciones; Lo regañaron por perezoso y por hablar con sus compañeras. Aunque este sentido causal se considera hoy propio de *por*, por oposición al sentido de *para*, ambas proposiciones proceden de una forma iberorrománica común [...]. Los grupos que esta proposición toma como término adquieren otros valores. [...] Los medios o recursos empleados en una acción (*Habían tomado la sede por la fuerza*)”. Id., pág. 570.
- 43 Véase Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (Ed. LGDJ/Lextenso, 1949-2014).
- 44 “La sensación de fundamentación incontestable que suscitan los principios apenas ejemplificados, según mi opinión, es debida también al modo genérico en que se formulan normas similares [...]: las palabras dejan contentos a todos. Recuérdese que cuanto más genérica es una afirmación más probablemente es verdadera —lejos de ser cierta—. De manera no diferente, cuanto más genérica es una afirmación más fácil es satisfacerla”. Claudio Luzzati, *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*, trad. Pau Luque Sánchez., 69 (Ed. Marcial Pons, 2013).
- 45 “[L]os principios no son idóneos por sí solos para ofrecer la solución de específicas controversias: por lo general necesitan, como suele decirse, ‘concretización’. [...] la construcción de esta norma específica constituye, precisamente, la ‘concretización’ del principio. Pero, de otra parte, no hay norma específica que pueda ser recabada de un principio con un razonamiento deductivo, y, por lo tanto, constrictivo, sin la adición de ulteriores premisas. La elección de las premisas es fruto de la discrecionalidad”. Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, trad. Miguel Carbonell, 137 (Ed. Fontamara, 2003).
- 46 Michele Taruffo, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, trad. Beatriz Quintero, 182-183 (Ed. Temis, 2006).
- 47 Véase Mantilla Espinosa, Salcedo Castro & Bernate Ochoa, *supra* nota 1, págs. 75-107.
- 48 “Se ha propuesto distinguir el objeto del contrato, que sería la operación jurídica perseguida por las partes —por ejemplo, una compraventa, un arrendamiento— del objeto de las obligaciones contraídas, que sería la prestación prometida —por ejemplo, la transferencia de la propiedad de un bien. [...] La distinción es teóricamente exacta, pero si se considera el contrato como una convención que crea obligaciones, la operación jurídica proyectada por las partes se concreta en una creación de obligaciones, y es esta finalidad, el objeto de estas obligaciones, la que condiciona la validez del contrato”. Gabriel Marty & Pierre Raynaud, *Les obligations*, t. 1. Les sources, 171 (Ed. Sirey, 1988).
- 49 Sería, entonces, preferible, para mayor claridad, sustituir la expresión *causa*, por *finalidad*, sin embargo, *causa* es una palabra que ha sido consagrada por el uso y esto es algo que debemos aceptar. Además, se puede entender fácilmente por qué razón: resulta viable sostener que es la consideración respecto de la finalidad la que determina al deudor para que se obligue, lo cual, por consiguiente, sería la causa de su consentimiento”. Henri Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)* 21-22 (Ed. La mémoire du droit, 2012).
- 50 Véase María Teresa Palacio Jaramillo, *Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia*, 14 Revista de Derecho Público 26-27 (Universidad de los Andes, 2002), María Teresa Palacio Jaramillo, *Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales*, en Rocío Araujo Oñate, Ed., La Ley 1150 de 2007. ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? 69-73 (Ed. Universidad del Rosario, 2011). Fabricio Mantilla Espinosa & Tatiana Oñate Acosta, *Derecho privado y contratos estatales*, en María Teresa Palacio Jaramillo, Dir., Contratos estatales, t. I, 113-126 (Ed. Ibáñez, Universidad del Rosario, 2022).
- 51 “Sobre el particular, es de anotar que la causal de desviación de poder tiene lugar cuando se persiguen fines distintos a los consagrados en la Constitución Política o la ley, lo que impone, necesariamente, que en la actuación respectiva se demuestren las motivaciones que en realidad dieron lugar a la expedición del acto o a la celebración del contrato. De lo anterior se concluye que las autoridades públicas no pueden pasar por alto los procesos de selección objetiva o mutar su naturaleza y finalidad, como quiera que con ello se configura la causal de nulidad prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993”. Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 29/10/2012. C. P.: S. Conto Díaz del Castillo, Rad. 250002326000199802230-01 (21022), [Colom.].
- 52 Véase Trib. Arb. CAC-CCB. 10/02/2015. Constructora Bogotá Fase III S.A. contra Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y Empresa de Transporte del Tercer Milenio (Transmilenio S. A.). Árb.: Hernán Fabio López Blanco, Jorge Hernán Gil & William Namén Vargas.

- 53 Véase Trib. Arb. CAC-CCB. 19/03/2010. Ingelcom Ingeniería Electrónica y de Telecomunicaciones Ltda. contra Grupo Inversiones Filigrana S. A. Árb. Isaac Devis Granados, Ximena Tapias Delporte y Néstor Fagua Guauque, pp. 60-63. Trib. Arb. CAC-CCB. 30/10/2014. Martha Lucía Ramírez Gómez contra Luis Fernando Correa Bahamón. Árb.: Luis Fernando Salazar López.
- 54 Véase Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Cas. Civ. 24/4/1961, M. P.: José J. Gómez. G. J. N° 2.239, p. 473. Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Teoría del contrato y del negocio jurídico* 440-441 (Ed. Temis, 2005). Arturo Valencia Zea & Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil*, t. III. De las obligaciones, 112 (Ed. Temis, 2010).
- 55 Véase Trib. Arb. CAC-CCB. 25/11/2016. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) contra La Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca y Otros. Árb.: María Luisa Mesa Zuleta, Fernando Montoya Mateus & Julio Roberto Nieto, pp. 321-329. Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 16/7/2015, C. P.: Hernán Andrade Rincón, Rad. 760012331000200204055 01(41768), [Colom.]. Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 3/8/2011, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 11001-03-26-000-2005-00047-00 (31354), [Colom.].
- 56 Véase Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Cas. Civ., 2/8/1999, M. P.: José Fernando Ramírez Gómez, Rad. (4937). Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Cas. Civ., 23/4/1998, M. P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles, Rad. 4544, [Colom.]. Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Cas. Civ., 24/6/1997, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Rad. (4816), [Colom.].
- 57 Véase Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 25/11/2004, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar, Rad. 110010326000200300055-01, [Colom.]. Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 29/10/2012, C. P.: Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 250002326000199802230-01 (21022), [Colom.]. Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 16/7/2015, C. P.: Hernán Andrade Rincón. Rad. 760012331000200204055 01, [Colom.].
- 58 Véase Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 25/11/2004, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar, Rad. 110010326000200300055-01 (25560), [Colom.]. Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 29/10/2012, C. P.: Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 250002326000199802230-01 (21022), [Colom.]. Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., Subsecc. B., 29/5/2014, C. P.: Danilo Rojas Betancourth, Rad. 25000232600019980227701(29366), [Colom.].
- 59 A partir de la reforma introducida por la Ley 50 de 1936, el artículo 1742 del Código Civil, acertadamente, permite que aun el contratante que incurrió en la ilicitud solicite la nulidad del contrato y la sanción se limita, entonces, a lo concerniente a las repeticiones correspondientes.
- 60 Véase Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 25/11/2004, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar, Rad. 110010326000200300055-01(25560), [Colom.]. En el mismo sentido: Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 29/10/2012, C. P.: Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 250002326000199802230-01 (21022), [Colom.]. En el mismo sentido, véase Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., Subsecc. B, 29/5/2014, C. P.: Danilo Rojas Betancourth, Rad. 25000232600019980227701(29366) [Colom.]. Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., Subsecc. B, 29/11/2016, C. P.: Stella Conto Díaz Del Castillo, Rad. 25000-23-26-000-1998-02230-01(21022), [Colom.].
- 61 Véase Trib. Arb. CAC-CCB. 6/8/2019. Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. vs. la Agencia Nacional de Infraestructura. Árb. Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Catalina Hoyos Jiménez & Carlos Mauricio González Arévalo.
- 62 Véase Cécile Pérès, *La règle supplétive* 4-6 (Ed. LGDJ, 2004).
- 63 El profesor Pierre Mayer explica la regla equivalente del Código Civil francés (art. 6) en los siguientes términos: “En la lógica de los redactores, el ‘orden público’ debe entenderse en sentido estricto, y *explica* la prohibición de derogar la norma: porque el cumplimiento de la norma es necesario para salvaguardar los intereses de la sociedad, los particulares, en sus contratos, no pueden derogarla. Pero, hoy en día, se entiende exactamente a la inversa: cuando el legislador prohíbe a los contratantes derogar una norma, ésta es, *ipso facto*, de orden público. Esto es simplemente que el efecto principal del orden público terminó tomando el lugar de la noción misma: ahora la inderogabilidad, o imperatividad, es el orden público mismo y no su consecuencia [...] Es posible que, desde la óptica del derecho de los contratos, la distinción entre normas imperativas y normas de orden público no tenga, en últimas, utilidad práctica, pero, conceptualmente, si se prescindiera de ella se terminaría por vaciar de su sustancia a la expresión orden público, puesto que ya no reenviaría a la salvaguarda de las reglas y principios fundamentales sobre los cuales se cimienta la sociedad –ya sean de naturaleza moral, política, social o económica-, sino que, simplemente, se limitaría a hacer referencia a una particularidad técnica de ciertas normas, particularidad que bien podría conferirles el legislador con el fin de proteger intereses meramente privados”. Pierre Mayer, *La sentence contraire à l’ordre public au fond*, 4 Rev. Arb. 618-619 (1994).
- 64 “Históricamente concebido como un mecanismo que permite la conservación de un acto amputado de pleno derecho de algunas de sus disposiciones, la sanción que consiste en considerar una cláusula como no escrita continúa, hoy en día, cumpliendo la misma función: garantiza la conservación de un contrato, purgado de sus irregularidades y, si es necesario, corregido. [...] Mecanismo objetivo, el considerar una cláusula como no escrita permite conservar el contrato, independientemente de la importancia que las partes le hubieran otorgado a la cláusula en cuestión. Así las cosas, no puede confundirse con la nulidad parcial, cuyo impacto depende de la aplicación de un criterio subjetivo. Mecanismo automático, que opera de pleno derecho, el considerar una cláusula como no escrita garantiza, de entrada, la conservación de un contrato conforme a las exigencias de la legalidad. A tal título, debe distinguirse de la nulidad, en general, la cual sólo existe cuando es declarada judicialmente”. Sophie Gaudemet, *La clause réputée non écrite* 303 (Ed. Économica, 2006).

- 65 Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 18/3/2010, C. P.: M. Fajardo Gómez, Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), [Colom.].
- 66 Véase Mantilla Espinosa, Salcedo Castro & Bernate Ochoa. *supra* nota 1, págs. 107-121.
- 67 Véase Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Cas. Civ., 23/10/1936, M. P.: Ricardo Hinestrosa Daza, G. J. XLIV, pp. 483-484, [Colom.] y Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Cas. Civ., 6/3/2012., M. P.: William Namén Vargas, Rad. (11001-3103-010-2001-00026-01), [Colom.].
- 68 A diferencia de lo que sucede en el delito de estafa: art. 246 C. P.: Estafa (mod. por el art. 33, Ley 1474 de 2011.. “El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.
- 69 Véase David Deroussin, *Histoire du droit des obligations* 517-521 (Ed. Économica, 2007).
- 70 Eugène Gaudemet, *Théorie générale des obligations* 70 (Ed. Sirey, 1965).
- 71 Art. 1516 C.C. *El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.*
- 72 En términos simples, *la corrupción no se encuentra en los fines contractuales comunes, sino sólo en los medios de su celebración.* Esto es tanto más cierto cuanto que uno de los contratantes sería, en alguna forma, “víctima” de la corrupción de uno sus empleados, ya sea por el otro contratante o bien por un tercero.
- 73 Si tenemos en cuenta que en estos casos una de las partes es, de cierta forma, “víctima” de la corrupción, la sanción de nulidad absoluta podría resultar inapropiada e incluso perjudicial para sus intereses.
- 74 Como decía el duque de La Rochefoucauld, “*l’hypocrisie est un hommage que le vice rend à la vertu*”. François de Marcellac, Duc de La Rochefoucauld, *Réflexions ou sentences et maximes morales* 77 (Ed. Jean de Bonnot, 1970).
- 75 Trib. Arb. CAC-CCB. 6/8/2019. Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. vs. la Agencia Nacional de Infraestructura. Árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najar, Catalina Hoyos Jiménez & Carlos Mauricio González Arévalo.
- 76 Véase un interesante análisis del caso desde la perspectiva del Ministerio Público en Felipe Rosiasco Piraján. *La corrupción y el arbitraje. Estudio comparado en arbitrajes internacionales de inversión y nacionales. El caso Odebrecht en Colombia y Perú*, en Hernán Darío Gómez Lee, Hernando Herrera Mercado & Fabricio Mantilla Espinosa. El arbitraje y sus dimensiones desde el Ministerio Público. Colección Arbitraje 360° 267-300 (Ed. Ibáñez, Cámara de Comercio de Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 2022).
- 77 Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 27/7/2023., C. P.: Martín Bermúdez Muñoz, Rad. 25000234100020170008302(64048), [Colom.].
- 78 Véase María Teresa Palacio Jaramillo, *Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción*, en Felipe De Vivero Arciniegas, Análisis de 25 años de aplicación de la ley 80 de 1993. XVI Jornadas de contratación estatal. V Congreso de compra pública 61-83 (Ed. Universidad de los Andes, 2020).
- 79 François Ost, *Dire le droit, faire justice* 172-176 (Ed. Bruylant, 2007).
- 80 Véase Forero Ramírez & Ospina Perdomo, *supra* nota 34, págs. 487-581.
- 81 Un análisis conciso y muy acertado al respecto en Palacio Jaramillo, *supra* nota 78, págs. 75-83.
- 82 En efecto, el vocablo *solidaridad* proviene de la raíz indoeuropea “*sol-*”, entero, y deriva directamente del latín “*solidus*”, “sólido, firme; constante, completo, entero”. Gómez de Silva, *supra* nota 5, pág. 647.
- 83 “Para algunos individuos esclarecidos la tarea del juez no consiste sólo en aplicar la ley sino en hacer justicia de acuerdo con la ley e incluso a pesar de la ley y hasta a falta de la ley, aunque nunca en contra de ella. La judicatura no se entiende, por tanto, como un oficio sino como una vocación a la que no se regatean esfuerzos y sacrificios laborales y, sobre todo, éticos, puesto que su actitud supone que no trasladan al Legislador la responsabilidad de la Justicia sino que la asumen ellos en cada uno de sus actos”. Alejandro Nieto, *El desgobierno judicial* 88 (Ed. Trotta, 2005).
- 84 A.V. Guillermo Sánchez Luque. Consejo de Estado [C. E.], Secc. Terc., 27/7/2023, C. P.: Martín Bermúdez Muñoz, Rad. 25000234100020170008302(64048), [Colom.].
- 85 “Al componerse de cifras, las estadísticas nos resultan hechos fríos, sólidos. Parece como si representasen los hechos que nos ofrece la naturaleza y que fuera mera cuestión de encontrarlos. Pero es importante recordar que quienes *elaboran* las estadísticas son personas. Son las personas quienes deciden qué contabilizar, cómo hacerlo y qué parte de las cifras resultantes van a compartir con nosotros. Las estadísticas no son hechos. Son interpretaciones, y vuestra interpretación puede ser igual de buena o mejor que la de la persona que os está informando”. Daniel Levitin, *La mentira como arma*, trad. Jesús Martín Cordero, 23 (Ed. Alianza, 2019).
- 86 Véase Susan Rose-Ackerman & Bonnie Palifka, *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas* 85-94 (Ed. Marcial Pons, 2019). Jorge Malem Seña, *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica* 51-55 (Ed. Marcial Pons, 2017). José Antonio Alonso & Carlos Garcimartín, *Causas y consecuencias de la corrupción: una revisión de la literatura*, en José Antonio Alonso & Carlos Mulas-Granados, Dir. Corrupción, cohesión y desarrollo. El caso de Iberoamérica 61-72 (Ed. Fondo de Cultura Económica, 2011).
- 87 Véase Andrés Roemer, *Análisis económico de la corrupción*, en Miguel Carbonell & Rodolfo Vázquez, coord., Poder, derecho y corrupción 245-275 (Ed. Siglo Veintiuno, 2003).

- 88 “La próxima vez que leáis que el neozelandés promedio utiliza hilo dental 4,36 veces por semana (un dato que me acabo de inventar, pero que es tan preciso como cualquier otra estimación), podéis preguntaros: ¿cómo puede alguien saber tal cosa? Si hubiera cámaras ocultas en los cuartos de baño sería otro cantar, pero lo más probable es que se trate de personas que responden cuestionarios y únicamente responden aquello que pueden recordar, o lo que prefieren pensar que es la verdad, siempre tendremos que enfrentarnos a eso”. Levitin, *supra* nota 85, pág. 113.
- 89 Samuel P. Huntington, *Political Order in Changing Societies, New Haven* (Yale University Press, 1968), citado en José Antonio Alonso & Carlos Garcimartín, *supra* nota 86, pág. 61. Véase también Alfredo Bullard González, *Derecho y economía, Análisis económico de las instituciones legales* 48 (Ed. Palestra, 2006).
- 90 “La decisión de ‘suspender definitivamente el contrato’ por haber sido celebrado con causa ilícita y desviación de poder y la condena al pago de los perjuicios derivados de lo anterior. Estas son decisiones que sobrepasan la competencia del juez de la acción popular porque son consecuenciales a su anulación, sin que exista diferencia entre ‘terminar’ un contrato y ‘suspenderlo definitivamente’ y está probado que, desde antes de que se iniciara la acción popular, ya se había pedido la anulación del contrato; por tal razón, en el caso concreto era improcedente adoptar tal determinación. Adicionalmente, la reparación del daño colectivo, que es lo que puede disponerse en la acción popular a favor de la entidad encargada de garantizarlo, no puede imponerse sin que medie el incidente previsto en la ley, en el cual debe determinarse su cuantía con base en medios de prueba legalmente practicados”. C. E. Secc. Terc. 27/7/2023. C. P. Martín Bermúdez Muñoz. Rad. 25000234100020170008302(64048).
- 91 Levitin, *supra* nota 85, págs. 111-112.
- 92 Véase Younes Moreno, *supra* nota 33, págs. 51-55.
- 93 Secretaría de Transparencia, Observatorio de Transparencia y Anticorrupción, *Costos de la Corrupción*.
- 94 “Es evidente que no hay ningún punto de apoyo de Arquímedes desde el cual visualizar ‘el estado’, sólo numerosos conocimientos situados. Los burócratas, por ejemplo, se lo imaginan a través de estadísticas, informes oficiales y visitas, mientras que los ciudadanos lo hacen a través de artículos de prensa, tratos con determinados organismos gubernamentales, declaraciones de los políticos, y así sucesivamente”. Akhil Gupta, *Fronteras borrosas: el discurso de la corrupción, la cultura de la política y el estado imaginado*, en Philip Abrams, Akhil Gupta & Timothy Mitchell, *Antropología del Estado*, trad. Marcela Pimentel, 125 (Ed. Fondo de Cultura Económica, 2018).
- 95 En la parte analógica de su célebre diccionario, Julio Casares relaciona un poco más de 100 palabras y expresiones con “corrupción”. Entre las primeras, encontramos: “putrefacción”, “pudrición”, “podredura”, “descomposición”, “sepsia”, “moho”, “pus”. Véase Casares, *supra* nota 9, pág. 108.
- 96 El derecho penal es, sin duda, la disciplina jurídica más relacionada con la moral en razón, no solo, del análisis de la culpabilidad, juicio de valor, que ella implica, sino, además, de la sanción que la caracteriza. La pena se define, en efecto, por su naturaleza afflictiva e infamante, su función retributiva y a la vez correctiva: aquélla debe castigar y resocializar. A través de la responsabilidad penal, la función individual de la moral, que se orienta al perfeccionamiento personal, se vincula a la finalidad social del derecho, cuyo objetivo es la organización de la vida en sociedad”. Valérie Malabat, *Moral et droit pénal*, en Dominique Bureau, France Drummond & Dominique Fenouillet, *Dir., Droit et moral* 220 (Ed. Dalloz, 2011).
- 97 “[T]al vez sea posible señalar algunas de las circunstancias y contextos más generales favorecedores de la corrupción. Estos serían los siguientes: [...] Cuando los jueces no dictan sentencias condenatorias para los corruptos. Esto puede deberse a diversas razones. La primera es un sistema procesal defectuoso. La segunda es la dificultad probatoria que en general tienen los actos de corrupción. La tercera la constituyen los plazos de prescripción que suelen ser demasiado cortos y que muchas veces vuelven estéril la acción penal. La cuarta, una fiscalía y un poder judicial con carencias tanto materiales como personales. La quinta, la incapacidad técnica de los jueces para afrontar este tipo de delitos. La sexta, la existencia de un poder judicial no independiente y carente de imparcialidad cuando entran en juego intereses políticos y económicos importantes. La séptima, fiscales y jueces corruptos. Por cualquiera de estas razones, y por muchas otras que se pudieran mencionar, los corruptos y sus beneficiarios quedan sin castigo”. Malem Seña, *supra* nota 86, pág. 48.
- 98 “Para terminar, ¿cómo no traer a colación el caso de los juristas, quienes por ‘piadosa hipocresía’ pueden perpetuar la creencia de que sus veredictos parten de normas trascendentes, de las cuales son los guardianes, y no de las presiones externas, principalmente de naturaleza económica? El ámbito de lo jurídico no es lo que se suele creer, es decir, ese universo puro y libre de todo compromiso con las necesidades de la política y la economía. Sin embargo, el hecho de que logre hacerse reconocer como tal contribuye a producir efectos que son muy reales, sobre todo para aquéllos que tienen por oficio administrar justicia. Pero ¿qué sería de los juristas, encarnaciones más o menos sinceras de la hipocresía colectiva, si se hiciera público que, lejos de obedecer a verdades y valores trascendentes y universales, son, como los demás agentes sociales, dominados por las mismas coacciones que trastornan los procedimientos y jerarquías, la presión de las necesidades económicas o la seducción del éxito periodístico?”. Pierre Bourdieu, *L’emprise du journalisme*, en Pierre Bourdieu, *Sur la télévision suivie de L’emprise du journalisme* 93-94 (Ed. Raisons d’Agir, 2008).
- 99 “Las leyes deben ser *efectivas y eficaces*. La función de las leyes no es la de declarar simplemente principios morales o de justicia. Las leyes tienen funciones directivas y deben conseguir los objetivos que pretenden, en ese caso son efectivas. [...]

[C]uando se habla de eficacia se hace referencia a si la norma es obedecida y/o aplicada. Ahora bien, una norma puede ser eficaz —es decir, obedecida— y, sin embargo, no alcanzar el objetivo que pretendía. En este caso la norma está mal diseñada porque es eficaz pero inefectiva. [...] Una norma es *efectiva* si consigue el objetivo que pretende. Una norma es *eficiente* si consigue este objetivo con el mínimo coste posible”. Albert Calsamiglia, *Racionalidad y eficiencia del derecho* 62, 66 (Ed. Fontamara, 1997).

100 John Mackie, *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, trad. Tomás Fernández Aúz, 267 (Ed. Gedisa, 2000).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

*Cómo citar:* Fabricio Mantilla, *El Falaz discurso de la corrupción*, 73 Vniversitas (2024). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj73.fdlc>