



Prevención y represión de la corrupción en Italia: contratación pública y corrupción

..... Iván Salvadori¹

Introducción

Antes de entrar en las medidas preventivas de carácter administrativo y penal, hay que hacer una pequeña introducción sobre el perfil empírico y terminológico de la corrupción, para entender la misma idea de este fenómeno.

En febrero de este año (2018) salió finalmente el informe relativo al año anterior (2017) de Transparencia Internacional, ONG global que lleva muchos años en la lucha y prevención contra la corrupción. Malas noticias para Colombia. Según este informe, la situación relacionada con la corrupción en Colombia sigue siendo muy problemática: el gobierno, el Estado, ha tomado medidas para prevenir la corrupción, pero la situación persiste como grave y el pueblo colombiano sigue percibiendo esta amenaza y problemáti-

¹ Doctor en Derecho Penal Económico e Informático. Investigador posdoctoral de la Universidad de Verona (Italia), Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona y de la Universidad de Verona.

ca, como uno de los problemas principales que afecta la democracia en Colombia.

De conformidad con el mapa que registra los países más y los menos corruptos, en el ranquin de los menos corruptos aparecen sobre todo países del norte de Europa, Alemania uno de ellos, que tienen una larga tradición en la prevención y la lucha contra la corrupción; también están Estados Unidos, Canadá, Australia y otros países; allí prácticamente la población no percibe corrupción, y los casos son mínimos tanto en la administración pública como en la privada.

En América Latina el panorama, en casi todos los países, es prácticamente igual; hay algunas excepciones como Chile y Uruguay que aparecen mejor calificados y Venezuela en donde la corrupción es todavía más grave que el promedio.

En Italia el problema de corrupción también es relevante. En el ranquin mundial de Transparencia Internacional, ocupa el puesto cincuenta y cuatro entre ciento ochenta países por nivel de corrupción. Colombia ocupa el lugar treinta y seis, España el cincuenta y dos. Se puede apreciar: la corrupción es un problema que afecta a casi todos los países siendo los latinos unos de los más afectados.

A partir de los años 2012–2014 la prevención y lucha contra la corrupción en Italia ha mejorado. Finalmente, el legislador ha asumido el cumplimiento de obligaciones contraídas con agencias internacionales, en particular Naciones Unidas. Se destaca la Ley 190 de 2012 cuyo objeto expreso es prevenir y reprimir la corrupción. Con fundamento en las medidas introducidas por esta ley, Italia poco a poco está mejorando y en el ranquin mundial está bajando de nivel de corrupción. Por ello conviene informarse sobre las características principales de esta ley, la cual ha sido objeto de modificaciones sucesivas con arreglo a otras leyes, pero su estructura sigue siendo la misma.

Hay que entender básicamente el concepto de corrupción y de qué hablamos cuando utilizamos esta palabra, podríamos empezar tomando la definición que ofrece la Real Academia Española (RAE),

en los siguientes términos: “En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”. La RAE circunscribe la corrupción al sector público, es decir, entre funcionarios públicos, sin embargo, se sabe que la corrupción existe también en el sector privado.

En el Código Penal colombiano, el legislador incluyó un artículo –el 250– específico para los actos delictivos de los ciudadanos que generan corrupción en los entes privados es decir, personas ajenas a la administración pública: directivos, administradores, empleados de sociedades, empresas y organizaciones privadas, que participan en actividades corruptas para obtener ganancias económicas.

La ONG Transparencia Internacional proporciona una definición de corrupción todavía más amplia. Hay que entender como corrupción: “el abuso del poder para el beneficio propio”. Es un enfoque subjetivo, porque mira la corrupción en el hecho de abusar del poder por parte de funcionarios públicos o de sujetos particulares.

Desde el punto de vista jurídico, dependiendo de la mirada a los fenómenos de corrupción, la respuesta puede darse en el plano del derecho penal o del derecho administrativo. Los estudios de Criminología muestran que efectivamente el origen de la corrupción se basa en un pacto criminal entre dos sujetos.

Según esto, hay que tener presente que ese pacto criminal se lleva a cabo entre dos sujetos que están en la misma posición, dos sujetos que negocian entre ellos. Es un negocio ilícito llevado a cabo por los sujetos, uno que tiene el poder de llevar a cabo ciertas actividades –podría ser un funcionario público–; de la otra parte habrá un sujeto particular que paga al funcionario público para conseguir su interés ilícito; es decir: se encuentran en la misma posición de negociación desde el punto de vista terminológico de la corrupción.

En cuanto a la legislación penal de los países de nuestro entorno o referencia –sobre todo Colombia, España e Italia– es evidente que la

tradición jurídico penal no se acostumbra a utilizar el término corrupción; el código penal español, por ejemplo, utiliza otras expresiones o conceptos como cohecho, negociaciones prohibidas, malversaciones, tráfico de influencias y, en pocos casos, la palabra corrupción, pero en un ámbito distinto relacionado con la esfera sexual de menores. Es decir, el código penal español no utiliza la palabra corrupción para referirse a lo que hemos visto hasta ahora, negociaciones entre sujetos particulares y sujetos de entidades públicas.

En el Código Penal colombiano la situación es bastante parecida, también emplea conceptos como cohecho tanto activo como pasivo, tráfico de influencias; utiliza expresiones como malversaciones y tráfico de influencias y demás términos que no hacen referencia expresa a la corrupción, sin embargo, existe una excepción que es el artículo 250 A que castiga expresamente la corrupción en el sector privado.

Distinta es la situación en Italia. El Código Penal italiano es de 1930 y ha sido modificado varias veces, pero la estructura sigue siendo de 1930. Tal código utiliza el término corrupción en diferentes ocasiones; habla de corrupción propia en vez de cohecho propio, de corrupción activa y pasiva, corrupción impropia en lugar de cohecho impropio, corrupción en actividades judiciales y también castiga de manera expresa la corrupción de los entes privados al igual que Colombia y España desde 2015.

En el contexto internacional concurren organismos que obligan a los Estados a castigar la corrupción y, al mismo tiempo, a introducir medidas preventivas para evitar fenómenos de corrupción. Por ejemplo, el congreso de UN realizado en México en 2003. El Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, anterior a 1949, obliga a todos los países miembros del Consejo de Europa –España, Italia, Alemania, entre otros–. En 2012, Italia cumple con las obligaciones de fuente internacional, mediante una ley de ese año, cuyo objeto es la prevención de la corrupción y actividades ilegales que se lleven a cabo por el sector público y también represión de la corrupción. El

contenido de esta ley podría ser un referente para el legislador y autoridades colombianas, como es el caso de las medidas de prevención que son unas de carácter general y otras de carácter especial.

Medidas de carácter general. Se aplican a toda la administración pública, ya sean universidades, colegios, instituciones y entes que actúen bajo la esfera pública. Unas de las más importantes se enfocan en las garantías de transparencia que, hoy en día, las democracias procuran para que sus ciudadanos tengan acceso a la información de la administración pública, a los documentos, procedimientos mediante los cuales se llevan a cabo las actividades relacionadas con la contratación y la compra públicas.

¿Cómo garantizar esta transparencia? El legislador italiano lo hace de la siguiente manera.

1. Se establece con carácter obligatorio que todas las entidades **públicas** deben exponer sus actas, documentos, informes en su respectiva página web; excepto aquellos contenidos clasificados como secreto de Estado. La ley le atribuye a un sujeto individual dentro de cada entidad la responsabilidad de colgar todas estas informaciones en las páginas web. Un ejemplo sería cuando en una universidad se quiere contratar un maestro que dirija la cátedra de derecho administrativo. Publicar los requerimientos del cargo y los perfiles indicados contribuye a garantizar un proceso transparente; habrá que elegir cuál de todos tiene el mejor perfil para lo que requiere la universidad. Los currículos serán de público conocimiento, al igual que las actas de las diferentes etapas del proceso de selección; en suma, todo lo actuado y sobre lo cual se fundamenten las decisiones para seleccionar a determinada persona, es público.

Antes de la Ley de 2012 los ciudadanos no tenían los medios para enterarse de los procesos que llevaba a cabo la administración pública para elegir un determinado funcionario, o contratar la compra de determinados bienes o servicios. En el caso que se irrespete tal disposición el legislador contempló sanciones, de carácter pecu-

niario y de carácter disciplinario –incluida la pérdida del empleo público– para los responsables.

2. Para garantizar transparencia, la legislación italiana establece un nuevo instituto muy interesante: el Instituto del Acceso Cívico. Cada ciudadano podrá solicitar atención según su particular interés acerca de una determinada decisión tomada por la administración pública. El proceso es simplificado, es suficiente que el ciudadano envíe un correo electrónico y pida la información. La agencia o autoridad pública requerida tiene treinta días para contestar con la información plena; también podrá responder que los contenidos pueden estar restringidos, total o parcialmente, por estar cubiertas por el secreto del Estado, debiendo justificar las razones del caso. Si la respuesta no está justificada según los requisitos de la ley, el ciudadano puede contactar al Instituto de Acceso Cívico, y en este caso la agencia podrá evaluar si efectivamente el ciudadano tiene derecho o no a esta documentación.
3. Otra figura muy interesante es el agente que denuncia la administración pública y determinadas actividades ilícitas. El legislador italiano ha reglamentado la figura del funcionario público o la persona que trabaja dentro de la administración pública y que denuncia los hechos; él no podrá ser discriminado ni despedido. Tiene que ser protegido por el Estado. Con ayuda de esta norma se introducen varios derechos y varias garantías.
4. La ley obliga también a las entidades a dictar cursos a los funcionarios en materia de legalidad, ética y corrupción. Además de sensibilizar a los funcionarios, contribuye a que toda la administración conozca y respete esta normativa.

El espíritu del legislador es que todos los ciudadanos puedan vigilar las acciones del gobierno y de sus respectivas áreas, entidades y agencias.

Medidas de carácter especial. Son medidas más específicas. Se aplican según la función que ejerce cada área de la administración pública, cada sector y departamento, de acuerdo con sus compe-

tencias y finalidades. Se trata de medidas *ad hoc*, específicas para prevenir los fenómenos de corrupción.

El legislador italiano previó una nueva figura y una nueva autoridad que se llama Autoridad Nacional Anticorrupción. Esta agencia independiente tiene la función de vigilar y controlar la correcta aplicación de las medidas que buscan enfrentar la corrupción, vela por el respeto de las medidas en los sectores públicos y privados; aplica para procesos de contratación, creación y provisión cargos; tiene el poder de analizar si los contratos en la administración pública respetan o no los requisitos que establece la norma italiana. En suma, esta agencia autónoma tiene el poder de vigilar las actividades públicas en general, sobre todo lo que concierne a la actividad de la administración pública.

1. **Códigos de comportamiento.** Una costumbre establecida en Italia, por los particulares, era expresar agradecimiento por la atención recibida de los funcionarios, por medio de regalos, independientemente, de si el acto era lícito o ilícito. En la Ley de 2012 se limitan estos comportamientos estableciendo que el funcionario público podrá recibir estos regalos solo cuando el valor del regalo tiene un precio limitado.

A la vez, la ley estableció regímenes de incompatibilidades en la administración pública. Era común que en una misma oficina pública trabajaran varios familiares. Para evitar estos casos el legislador introduce códigos de comportamiento que son de obligatorio cumplimiento, tanto para la entidad pública como para los funcionarios individualmente.

2. **Programas anti corrupción.** Se trata de reglas que cada área o dependencia de la administración pública deberá cumplir y respetar, con miras a prevenir la ocurrencia de hechos o eventos de corrupción dentro de la administración pública. Las medidas de prevención han sido útiles, pero no suficientes. Por lo tanto, se ha visto la necesidad de introducir nueva tipificación de delitos. Las principales novedades que el legislador italiano ha introducido son:

1. La reformulación del delito de corrupción
2. Un nuevo delito castiga la inducción del funcionario público a dar o a prometer algo
3. También es nuevo el delito que castiga el tráfico de influencias

Delito de corrupción. El artículo 317 del Código Penal italiano define que la corrupción consiste en una actividad llevada a cabo por el funcionario público que constriña o induzca a alguien a dar o prometer, de manera efectiva, dinero u otra utilidad.

El artículo 404 del Código Penal colombiano castiga la misma conducta utilizando el concepto de concusión, en cuya descripción se utilizan los mismos verbos rectores, es decir, “constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad...”

Con la Ley 190 de 2012 el legislador italiano modificó y suprimió la conducta de inducir al particular a dar o prometer dinero u otra utilidad al funcionario público. Actualmente en Italia se castiga la concusión en actos que solamente consistan en amenazar, obligar, constreñir un particular a dar o prometer dinero u otra utilidad al funcionario público. Un nuevo delito se contempla en el artículo 219 del código italiano: se castiga de manera autónoma al funcionario público que induce a un particular a dar o prometer dinero u otra utilidad. **Básicamente el legislador italiano ha dividido el delito de concusión en dos delitos autónomos, por un lado, se castiga a aquel que amenaza o constriñe al particular y por el otro se castiga al funcionario público que induce a un particular.**

Un ejemplo, no extraño, sucede cuando un policía de tránsito solicita a un conductor los documentos del vehículo, pero éstos no están completos. Si el policía sin expresar una amenaza, le hace entender al ciudadano que, si paga algo, él en lugar de imponer una multa o proceder al secuestro del vehículo, lo podrá dejar seguir tranquilamente su ruta. Aquí efectivamente se configura un delito de corrupción, pues el funcionario público ha inducido al ciudadano a pagar una

cantidad de dinero, sin mediar amenazas sino el “convencimiento” de que pagar puede evitarle consecuencias más graves. El funcionario público –en este caso, el policía– induce al ciudadano. Por ello, el Código castiga específicamente al funcionario presumiendo que el particular teme y respeta su posición como autoridad y por esta razón no ve otra solución que pagar y obedecer al policía.

Pero el ciudadano no siempre es la víctima. En muchos casos el ciudadano es cómplice, es decir, participa de este pacto criminal con el servidor. Por tanto, no sería un delito de concusión, sino un delito de corrupción dado que ambos sujetos tienen un interés particular. En resumen, los delitos de concusión se tipifican por aquellos funcionarios que inducen o amenacen, mas no cuando ambos son partícipes.

Otro nuevo delito que el legislador tipificó (Ley de 2012, artículo 3218 del Código Penal italiano), mediante el cual castiga la corrupción para el ejercicio de una función. En Italia no es infrecuente que los ciudadanos particulares paguen a un funcionario para que en un futuro lleven a cabo actividades que ayuden o puedan facilitar el interés del particular; es una compra de funcionarios.

El legislador italiano castiga también el tráfico de influencias. Es una modalidad de corrupción que se configura cuando participan intermediarios, sujetos que se ponen en el medio entre el particular y el funcionario y logran que **éste beneficie con su gestión al particular**. Casi siempre alguien –el intermediario– se aprovecha de las relaciones que tiene con algún funcionario público, acuerda un pago en dinero con un particular para lograr que sea atendido con alguna preferencia de oportunidad, facilidad, simplificación o eliminación de requisitos, entre otros. Lo mismo pasa en Colombia y se contempla en el artículo 411 del Código Penal.