

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**



**FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA**

**ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS INHABILIDADES DERIVADAS DE  
CONDUCTAS PUNIBLES COMETIDAS EN EL EXTERIOR CON FUNDAMENTOS EN  
EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY 1778 DE 2016.**

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN CENTRAL**

**DERECHO PARA LA JUSTICIA, LA CONVIVENCIA Y LA INCLUSIÓN SOCIAL**

**SUB-PRIMARIA**

**TEORÍA DEL DERECHO, DE LA JUSTICIA Y DE LA POLÍTICA**

**POR**

**SANDRA MILENA PATARROYO UCROS**

**ABEL BARRERA HURTADO**

## **CONTENIDO**

**RESUMEN**

**INTRODUCCIÓN**

**PROBLEMA HIPÓTESIS, OBJETIVOS**

**Problema**

**Hipótesis**

**Objetivos**

*Objetivo General*

*Objetivos Específicos*

**ENFOQUE METODOLÓGICO**

**ESTADO DEL ARTE**

**Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)**

**RAI 1**

**RAI 2**

**MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL**

**Antecedentes históricos del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016**

**Pronunciamientos de los doctrinantes en el tema de inhabilidades e incompatibilidades en el contexto del artículo 31 de la ley 1778 de 2016.**

**CONCLUSIONES**

**PROPUESTA**

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## RESUMEN

Con la aplicación de la inhabilidad contemplada en el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, derivada de la comisión de cualquiera de las conductas delictivas contempladas en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritas y ratificadas por Colombia, para la adjudicación y celebración de contratos estatales, actualmente se presentan disparidad de conceptos, en relación con determinar si se da en conductas punibles cometidas en el exterior o solo las cometidas en el territorio colombiano.

En atención a esta diversidad de criterios sobre el particular, se pretende realizar un análisis sobre el tema, con el fin de cuestionar, discernir y entender los planteamientos establecidos; igualmente, consolidar unas conclusiones acordes con las concepciones y parámetros legales y jurisprudenciales.

**Palabras clave:** Corrupción, Contratación Estatal, Non bis ibídem, Convenios Internacionales y inhabilidades para contratar

## **ABSTRACT**

With the application of the disability referred to in article 31 of Law 1778 of 2016, derived from the commission of any of the criminal conduct contemplated in the anti-corruption conventions or treaties, signed and ratified by Colombia, for the adjudication and Conclusion of state contracts, there is currently a disparity of concepts, in relation to determining whether it occurs in punishable offenses committed abroad or only those committed in Colombian territory.

In consideration of this diversity of criteria on the subject, it is intended to make an analysis on the subject, in order to question, discern and understand the established approaches; Equally, to consolidate conclusions in line with legal and jurisprudential conceptions and parameters.

## **INTRODUCCIÓN**

En primer lugar, debe señalarse que la Ley 412 de 1997, aprobó la Convención Iberoamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-397, 1998). Ese tratado no tipifica delitos, aspecto que corresponde realizar, de manera autónoma, a la legislación de cada país. Sin embargo, en el art. VI define como actos de corrupción la realización de cualquiera de las siguientes conductas a servidores públicos tales como, el requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; el ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario

público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos ya referidos y la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos ya mencionados.

Igualmente, la Ley 970 de 2005 aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-172, 2006).

A su turno el artículo 16 de la mencionada Convención establece que cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, entre otras conductas, el soborno de funcionarios públicos nacionales, el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas y soborno en el sector privado.

Ahora bien, la Ley 1573 de 2012, aprobó la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-944, 2012).

La Convención se refiere al delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, como una conducta referida al propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.

En relación con la inhabilidad derivada de la comisión de cualquiera de las conductas delictivas contempladas en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritos y ratificados por Colombia.

El legislador quiso, a través del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, establecer una inhabilidad derivada de la comisión de cualquiera de las conductas delictivas contempladas en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritas y ratificadas por Colombia, para la adjudicación y celebración de contratos estatales.

No obstante, no se señala por parte del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, con toda claridad, si la inhabilidad allí prevista se refiere a los delitos contemplados en las Convenciones o Tratados de lucha contra la corrupción, suscritos y ratificados por Colombia, cometidos en el exterior o solo los cometidos en el territorio colombiano.

Sin lugar a duda que lo que se pretende con esta norma, es lograr los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines y dar cumplimiento a los principios de transparencia, responsabilidad y selección objetiva.

En lo atinente a la inhabilidad contemplada en el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, derivada de la comisión de cualquiera de las conductas delictivas contempladas en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritos y ratificados por Colombia, según la Ley 1778 de 2016 hay dos interpretaciones: Una, que se genera inhabilidad por conductas delictivas realizadas en el territorio colombiano y otra, que se trata de sentencias por conductas punibles realizadas en el exterior. Hoy, el criterio de interpretación no es unánime.

Dado que se han generado varias interpretaciones, al momento de aplicar la mencionada norma, y que no hay un criterio unánime, se hace necesario explorar y analizar tanto normativa,

doctrinal como jurisprudencialmente el tema y, a partir de ello, generar una reflexión que permita dilucidar los puntos neurálgicos al respecto.

La ley 1778 de 2016, tiene como finalidad acoger las recomendaciones de la OCDE y darle cumplimiento a la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

Esta Convención fue adoptada por la OCDE en 1997 y fue incorporada al derecho interno por medio de la Ley 1573 de 2011, declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-944 de 2012.

La mencionada Convención hace parte de los instrumentos que Colombia debe adoptar para ingresar a la OCDE. La Convención impone una serie de obligaciones al Estado Colombiano, entre las cuales se encuentra ajustar su ordenamiento jurídico para sancionar efectivamente a las personas naturales y las personas jurídicas que incurran en actos de soborno transnacional.

La ley 1778 de 2016 modificó la ley 1474 de 2011, a su vez, había modifica varias normas de la ley 80 de 1993, relacionadas con el régimen de inhabilidades para contratar con las entidades públicas.

En tal sentido, la norma en mención busca subsanar las deficiencias señaladas por la OCDE, luego de la evaluación de la legislación colombiana referida a lucha contra la corrupción, la cual se encuentra recogida, principalmente, en los artículos 30 y 34 de la ley 1474 de 2011 del Estatuto Anticorrupción y en el art. 433 del Código Penal.

Un supuesto de la inhabilidad, introducido por la ley 1778 de 2016, está referido a la declaratoria de responsabilidad penal por cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia.

## **PROBLEMA HIPÓTESIS, OBJETIVOS**

### **Problema**

¿Aplica para Colombia la inhabilidad contemplada en el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, derivada de la comisión de cualquiera de las conductas delictivas contempladas en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritas y ratificadas por Colombia, para la adjudicación y celebración de contratos estatales, se da en conductas punibles cometidas en el exterior o solo las cometidas en el territorio colombiano?

### **Hipótesis**

Al realizar una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la Ley 80 de 1993, Ley 1474 de 2011 y la Ley 1778 de 2016 resulta necesario determinar si las sentencias penales dictadas por jueces de un Estado extranjero tienen efectos jurídicos vinculantes y directos con el Régimen de Incompatibilidades e Inhabilidades en el Estado Colombiano en el marco de la contratación estatal.

### **Objetivos**

#### ***Objetivo General***

Determinar si las sentencias penales dictadas por jueces de un Estado extranjero tienen efectos jurídicos vinculantes y directos con el Régimen de Incompatibilidades e Inhabilidades en el Estado Colombiano en el marco de la contratación estatal.

#### ***Objetivos Específicos***

Analizar los antecedentes históricos del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016 con el fin de determinar la naturaleza jurídica y características de la inhabilidad contemplada en el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016.

Analizar los diferentes pronunciamientos de los doctrinantes expertos en el tema.



## ENFOQUE METODOLÓGICO

El presente proyecto, se fundamenta en el paradigma socio-crítico, con enfoque socio-jurídico, pues se trata del estudio de un caso concreto que implica no solo la vulneración de una serie de normas en sí, sino que repercute tanto en el Estado como en la sociedad colombiana e incluso internacionalmente.

Este estudio se ubica dentro del tipo de investigación básica, exploratoria dado que se analizarán aspectos normativos, doctrinales y de jurisprudencia para plantear conclusiones y alternativas jurídicas que contribuyan en el esclarecimiento y unificación cuando se trata de aplicar la inhabilidad contemplada en el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, derivada de la comisión de cualquiera de las conductas delictivas contempladas en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritas y ratificadas por Colombia, para la adjudicación y celebración de contratos estatales, se da en conductas punibles cometidas en el exterior o solo las cometidas en el territorio colombiano.

Se trata de una metodología de investigación bibliográfica, normativa y jurisprudencial comparativa, que pretende hacer una reflexión sobre la posición de cada una de las corporaciones que examinan el tema, con el fin de dilucidar los puntos neurálgicos atinentes al mismo y, luego, estar en condiciones de emitir algunas conclusiones.

Por lo tanto, se analizará, en primer lugar, la naturaleza jurídica, características de los Convenios Administrativos establecidos en el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016; de otro lado, se esbozarán los criterios doctrinales referentes al tema; y, finalmente, resulta pertinente aportar las consideraciones jurisprudenciales de las dos posiciones, esto es, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, tanto en sede jurisdiccional, como en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. De este análisis han de surgir argumentos válidos que permitan concretar cuál

sería el criterio de interpretación correcto y adecuado, con el fin de evitar innecesarios conflictos y otorgar el derecho a la igualdad y debido proceso; adicionalmente dejar un concepto claro de aplicación para tener una seguridad jurídica.

# ESTADO DEL ARTE

## Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)

### RAI 1

**TEMA:** Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia.

Especial referencia en las acciones constitucionales en la lucha contra la corrupción.

**Investigador:** Benjamín Luna Burgos.

**Institución:** Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

**Año de realización:** 2014

**Tipo de trabajo:** Trabajo de grado para Maestría en Derecho Administrativo.

### Problema planteado:

Si bien es cierto que existen unos mecanismos jurídicos empleados para la lucha contra la corrupción administrativa, que se han usado para enfrentar este flagelo, no es menos cierto que las prácticas corruptas que surgen en la actividad pública, especialmente en la contratación estatal han perfeccionado tanto que hoy en día son más perjudiciales y difícil de contrarrestar con las medidas jurídicas vigentes.

### Hipótesis

Teniendo en cuenta esta situación, se puede afirmar que los mecanismos y controles jurídicos que se han empleado contra estas prácticas han quedado un poco rezagados y la percepción que se tiene, muestra que de cierto modo ha disminuido en los resultados valiosos en esta lucha contra la corrupción. Por esta razón, se cree que deben evolucionar para ser más eficientes y lograr mejores resultados en la lucha contra la corrupción.

## **Objetivos**

Estudiar los diversos tipos de definiciones sobre la corrupción desde varias perspectivas, entre las que se encuentran los sujetos que participan en ella y los sectores donde se desarrollan.

Ofrecer un concepto de corrupción administrativa.

Obtener una percepción clara sobre el tema de estudio

## **Desarrollo**

El fenómeno de la corrupción y sus causas. En la actualidad se vive en el sector público una problemática, sobre los procesos, que son muestra de corrupción y son desaprobados por las conductas jurídicas apropiadas en el área de contratación estatal.

Las personas y elementos que hacen referencia al complejo desarrollo de actividades que por mal procedimientos llegan a generar lo que se llama la corrupción, que no es más que el abuso del poder de personas que por estar en una posición favorecida hacen uso indebido de poder, para obtener favorecimientos personales.

De acuerdo a los profesores enunciados por el autor es de indicar que solamente la corrupción no es una actividad propia de los funcionarios públicos, sino también de personas que actúan en otro medio, como es el caso de los aportantes a las campañas políticas, en ese sentido se está siendo objeto de actividades de corrupción.

En la antigüedad la ética y la moral eran consideradas dos términos iguales, sin embargo, en la sociedad se diferencia la moral de la ética. En la actualidad se estudia el comportamiento de las conductas erróneas en la sociedad, específicamente los comportamientos de los funcionarios que deben poner ejemplo en cuanto a los valores necesarios para responder a los procesos y procedimientos en la sociedad. Por lo anterior es de considerarse que la corrupción es una enfermedad o un daño a los valores que constituyen la moral y la ética.

La corrupción en lo económico tiene abuso del poder de algunos funcionarios públicos para retardar, un proceso con los intereses de tener algunos tipos de recursos monetarios.

La corrupción política existe desde hechos antiguos antes de Cristo. Sin embargo, al anunciar sobre los hechos actuales se puede decir que es de anotar que en política está presente la corrupción, por los intereses particulares de personas sobre los intereses públicos que hacen que se dañen los procesos administrativos. Por lo que se termina abusando del poder público por algunos privados que quieren aprovecharse de las condiciones de los funcionarios públicos. En las elecciones para funcionarios de entidades territoriales pasa lo mismo el abuso de poder por quererse manipular las entidades públicas.

En los sistemas administrativos ocurren actos indebidos que desarrollan la corrupción, bien sea por omitir acciones o por hacerlas de forma indebida. En la parte administrativa se han realizado clasificaciones sobre cómo ocurre la corrupción y se ve reflejada en actos de soborno de funcionarios públicos, extorsión, arreglos, alteraciones fraudulentas, colisión privada y malversaciones y fraudes.

En materia de contratación estatal existe entre las partes privadas y públicas como lo son los contratistas o proponentes y funcionarios públicos que pueden manipular los resultados de selección de algún proceso contractual en el cual mediante arreglo o soborno exigen por regla general el 10% para favorecer la selección a dedo de algunos contratos. Así también otros entes que intervienen en esta corrupción son las aseguradoras que pueden de alguna manera no hacer cumplir las garantías del contrato.

En la administración pública es de gran importancia la contratación estatal debido a que a través de esta se mueven todo tipo de actividades de obras. Por lo anterior se concluye que son los funcionarios en compañía de los contratistas los que a través de dádivas afectan el presupuesto del estado y por ende la mala calidad de los contratos que se quieren realizar. Así mismo las normas

en contratación estatal desarrollan procedimientos para evitar los malos manejos que pueden recibir tanto contratistas como funcionarios.

A través de la legislación en Colombia en materia de contratación estatal se rigen los principios de la contratación estatal que sirven de gran ayuda para, el cumplimiento de la buena gestión y transparencia de la selección de los contratistas y los procedimientos que deben hacer los funcionarios públicos.

Estos principios están concebidos dentro de la contratación estatal, para evitar la corrupción y validar efectivamente la gestión contractual en materia de contratación estatal. Dentro de algunos principios encontramos igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, enmarcados dentro de la ley 80 de 1993. Uno de los principios más importantes es el de la moralidad administrativa en virtud del correcto proceder de la administración pública.

Modalidades de selección. La ley 80 y la ley 1150 de 2007 presentan las modalidades de selección de contratación, siendo el más importante el de licitación pública. Lo anterior tiene dentro de la legislación y complementarios dentro de los procesos de selección los siguientes, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, contratación mínima cuantía.

Estos procedimientos o modalidades han sido creados con el objeto de que haya mayor transparencia a través de una selección objetiva del contratista. La existencia de herramientas para dejar sin efectos los actos administrativos en la contratación estatal. Estos son los mecanismos de nulidad por medio del cual se le solicita al juez administrativo que proceda a ejercer los controles legales necesarios en los procesos de contratación estatal.

Los mecanismos de contratación en Colombia. Sirven de herramientas para evitar todos los posibles eventos de corrupción entre los contratistas y los funcionarios públicos.

En Colombia se tienen penas y sanciones para castigar la corrupción dentro de la contratación estatal, pero esto no elimina de fondo la verdadera causa de malos procedimientos en la administración pública.

Para el capítulo cuatro, dentro de la participación de la comunidad existen acciones constitucionales como la acción popular y la tutela que buscan la protección de los derechos fundamentales como la igualdad al trato, reconocimiento mutuo, proporcionalidad.

Para concluir generalmente se puede decir que el fenómeno de la corrupción existe desde tiempos inmemoriales. Esto ha sucedido por el interés particular de las personas en adquirir intereses personales y poderse lucrar, afectando directamente el patrimonio de los estados y el progreso que puede tener una determinada región. Es así como a través de la normatividad se han desarrollado procedimientos y mecanismos de control de legalidad y mejor selección de los contratistas con el objeto de una mayor igualdad entre las partes proponentes y selección objetiva de todos los contratistas interesados en los procesos de contratación.

Existen mecanismos como la acción de tutela para proteger los derechos de las personas y fortalecer el derecho a la igualdad de las personas interesadas en los procesos de contratación. Igualmente existen otros métodos como las acciones populares que sirven de elemento para proteger los derechos de los interesados.

## **Conclusiones**

En la administración pública y específicamente dentro de los procesos de selección de contratistas, se pueden presentar malos manejos entre las entidades públicas y los particulares interesados que pueden ser favorecidos en la selección con el objeto de enriquecerse.

Lo anterior es contrarrestado con las herramientas que la ley otorga a los ciudadanos como lo son, la acción de tutela, las acciones populares y las acciones de grupo, que buscan proteger los derechos fundamentales y así mismo resarcir los daños que las obras mal ejecutadas pueden

perjudicar a la comunidad. Estos casos los vemos en el común con los contratistas que realizan obras con materiales de mala calidad para los multifamiliares de viviendas, que al cabo de unos años se ven afectados con asentamientos diferenciales y fisuras en muros laterales, producto de los malos manejos administrativos y fallas en los procesos de planeación.

Es indispensable para disminuir los malos manejos administrativos en el sector privado y público, identificar los tipos de corrupción que afectan la gestión financiera que conlleva al entorpecimiento de las funciones del Estado.

Por lo anterior, es necesario llevar continuidad en el desarrollo de alternativas que prevengan los malos actos administrativos.

Así mismo, poder utilizar al cien por ciento los recursos de la nación sin desviaciones a particulares y funcionarios públicos.

## **RAI 2**

**Tema:** EL principio de non bis in idem: Un estudio sobre su inaplicabilidad en el régimen disciplinario colombiano.

**Autora:** Jessica Tatiana Romero Poveda. Estudiante Decimo Semestre. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia.

## **Problema**

Actualmente se presentan posiciones confrontadas entre ciertos actores jurídicos y los órganos de control, con respecto a la aplicación de varias sanciones a los indiciados que se encuentren responsables, derivadas de hechos vulneradores de diferentes bienes jurídicos y, que por tanto hacen concurrir las competencias de las jurisdicciones ordinaria y administrativa, que quiebran la aplicación conveniente del principio *non bis in idem* en materia sancionadora.



## **Objetivo general**

Hacer un estudio del principio non bis in idem como categoría absoluta del derecho, que pretende evitar “que una conducta pueda ser sancionada de un modo desproporcionado, más allá de lo que en justicia corresponda.

## **Objetivos específicos**

Analizar las diferentes teorías dogmáticas que refieren a la aplicación de valores, principios y reglas dentro del ordenamiento jurídico, entendidos los valores como categoría supra-legal que “son usados con una finalidad crítica y orientadora de la producción jurídica, indicando sus fines fundamentales” (Lorenzetti, 2008, pág.145).

Definir los principios como “un enunciado normativo que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad la multiplicidad que ofrece la vida real” (Lorenzetti, 2008, pág.138) en contra posición a lo que refiere a las reglas, las cuales se tienen como disposiciones normativas encaminadas a la regulación de casos en concreto, cuya aplicación se deriva de la subsunción del hecho en el postulado para deducir su solución.

Abordar la problemática central, a partir de las diferentes posturas desde el bloque de constitucionalidad y el Control de Convencionalidad planteado por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

Exponer lo propuesto por los órganos de cierre, los órganos de control y los actores jurídicos. Serán entonces las altas cortes, las que pretenden establecer criterios para justificar la inaplicabilidad del principio; y por su parte, los directamente afectados propenden por la protección de un principio que esta elevado como derecho fundamental consagrado en la Constitución Política.

Probar que el principio non bis in idem está siendo instrumentalizado por los distintos actores del debate judicial en Colombia, y que la discusión ha llegado a fracturar el principio, con

el fin de otorgarle una excepcionalidad que permita su inaplicabilidad, argumentando circunstancias de hecho y de derecho que permitan este fenómeno.

### **Metodología**

Se estudia desde una problemática teórica y jurisprudencial, partiendo de la premisa de la excepcionalidad frente a la aplicación de una categoría dogmática que rige el ordenamiento jurídico.

### **Desarrollo**

Los principios como categorías dogmáticas superiores al sistema normativo, son de obligatoria observancia no solo por el operador jurídico sino también por el legislativo, dado que la interpretación y aplicación de la normatividad vigente, precisa dar un alcance extensivo para cada caso en concreto, en donde se considere que existe un vicio o contradicción argumentativamente legal.

La preexistencia de la norma de carácter sancionatorio, dota de seguridad jurídica el procedimiento sancionatorio que curse contra el indiciado; sin embargo, los principios de cosa juzgada y Non bis in ídem representan un límite al ejercicio del Ius Puniendi del estado, materializado esto en la NO concomitancia de doble sanción en el régimen.

Si bien es cierto, el principio non bis in ídem, en materia sancionadora puede llegar a tener la doble connotación de derecho fundamental y de categoría dogmática, será entonces necesario, que en cada uno de los procesos sancionatorios que se adelanten, se resuelva el conflicto de normas jurídicas que sancionan conductas lesivas, a través de la interpretación de los principios, como categorías extra sistémicas y supra normativas que dan alcance a lo descrito por el legislador, para regular cada caso en concreto.

La existencia de múltiples normas que regulan la materia disciplinaria – sancionatoria, pone de presente la contradicción que existe en el procedimiento que pretende castigar las conductas que ponen en riesgo y transgreden la figura de estado.

En materia disciplinaria el Estado considera que la sanción contra una conducta que vulnera diferentes bienes jurídicos, representa la necesidad de la intervención estatal, a través de las diferentes jurisdicciones, con el fin de que se realice una reparación integral del daño o perjuicio causado.

Teniendo en cuenta que el principio non bis in idem, está sujeto a la excepcionalidad planteada por la Corte Constitucional, bajo la identidad de objeto, causa y persona, frente a una sola conducta lesiva; se evidencia, que el conflicto que existe para su aplicación taxativa, no se remite a un conflicto de carácter axiológico que remite a la ponderación de principios, sino que se relega a la aplicación preferente de una regla sobre un principio.

El control de convencionalidad, representa para los indiciados en procesos sancionatorios, un espectro de garantías mayor, en tanto esta figura jurídica establece la interpretación normativa de los Tratados internacionales suscritos por Colombia y que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, en donde, la Convención Interamericana de Derechos Humanos de la cual hace parte Colombia, en su articulado remite a que “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”, cuya aplicación no supone excepcionalidad.

El Bloque de Constitucionalidad, integra normatividad que puede representar un control para el ordenamiento jurídico interno, es decir, que para el caso concreto de la doble sanción, frente a la conducta lesiva que realice el servidor público, se tendrá que remitir a los tratados internacionales que regulen la materia con el fin de que en aplicación de la legislación interna,

no se transgredan derechos fundamentales de protección internacional, como lo es la prohibición del doble enjuiciamiento por los mismos hechos.

El control de convencionalidad como procedimiento que debe ser atendido por el operador jurídico en razón a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, dispone la valoración de convencionalidad y no convencionalidad respecto de los tratados internacionales suscritos por Colombia y de la Ley que se presume aplicable para el caso en concreto; es decir la ley de carácter sancionador deberá ser sujeta de este control, y conforme a la valoración del juez se determinará su aplicación.

Los diferentes órganos de cierre, así como el máximo órgano en materia disciplinaria, acogen los postulados propuestos por la Corte Constitucional, en donde la excepcionalidad del principio *non bis in idem*, se encuentra justificada en la estabilidad y seguridad jurídica estatal, bajo la protección de diferentes bienes jurídicos, cuya sanción en caso de lesión es competencia de las diferentes jurisdicciones.

La imposición de una sanción de carácter penal debería ser la que predetermine los demás enjuiciamientos contra el servidor público que realice una conducta contraria a derecho; ya que, se considera que este reproche es el que sanciona el hecho más lesivo contra los bienes jurídicamente tutelados.

El principio *non bis in idem*, no se aplica per se, se imponen dos sanciones por la comisión de un hecho que configura una conducta lesiva y contraria a derecho, por tanto, los indiciados y presuntos responsables argumentan la aplicación y protección este derecho fundamental.

El principio *non bis in idem* tiene una función garantista dentro del Estado social del derecho, que los diferentes tribunales de cierre pretenden interpretar bajo su libre albedrío dejando de lado el fin último del ejercicio de la jurisdicción que es la aplicación de la justicia material.

## MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

### Antecedentes históricos del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016

La jurisprudencia de las altas cortes se refiere a los delitos previstos en convenciones o tratados, pero siempre y cuando se hayan cometido en Colombia, por las siguientes razones:

Normas Colombianas como las del Código Civil, señalan que una vez la norma sea clara, no será necesaria interpretación alguna contrario a lo que se debe hacer cuando la norma clara.

Así las cosas y referente al artículo 31 de la Ley 1778 de 2016 no señala, con toda claridad, que la inhabilidad allí prevista se refiera a los delitos contemplados en las Convenciones o Tratados de lucha contra la corrupción, suscritos y ratificados por Colombia, cometidos en el exterior. De ahí que para desentrañar el sentido de la norma, sea válido acudir al criterio histórico de interpretación, que consiste en examinar sus antecedentes.

De la exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen a la Ley 1778 de 2016, no se desprende que esa haya sido la intención del legislador. En efecto, como se dijo antes, el Gobierno Nacional señaló que con dicha Ley se proponía hacer dos (2) grandes ajustes en la Legislación Nacional, Derogó el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 y en su lugar establece un régimen sancionatorio para todas las personas jurídicas, con o sin ánimo de lucro. La aplicación de este régimen sancionatorio está a cargo de la Superintendencia de Sociedades y, en algunos casos, de la Superintendencia Financiera a quienes se les atribuyeron competencias específicas para imponer sanciones pecuniarias y de otra índole en casos de soborno transnacional.

Ajusta la definición de soborno transnacional en el artículo 433 del Código Penal para evitar vacíos en la aplicación de la Convención, en particular el artículo define las conductas que los Estados se han comprometido a sancionar.

El ajuste resulta ser una pieza clave en el proceso de adhesión de Colombia a la OCDE y

Colombia tendrá una mayor probabilidad de ser evaluada favorablemente en su implementación de los compromisos adquiridos.

El proyecto de ley busca sancionar a los servidores públicos que cometen cohecho no solo en Colombia sino también al que ocurre en el extranjero por servidores públicos. A la vez, al implementar completamente la Convención, Colombia se inserta en una red de colaboración multinacional en aspectos penales que permitirá perseguir el cohecho que se inicia en otros países y se materializa en Colombia.

Repárese lo que se quiso, en lo fundamental, fue precisar la definición del delito de soborno transnacional, con el fin de perseguir ese delito cuando se inicia en otro país, pero se materializa en el nuestro, pero nada se dijo sobre si esa inhabilidad se extendía cuando la condena penal se impusiera en otro país.

En segundo lugar, ninguna de las normas de las convenciones que hasta el momento ha suscrito y ratificado Colombia, y que se mencionaron antes, aprobadas por: la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 412 de 1997), La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 970 de 2005) y la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales (Ley 1573 de 2012), señala que las sentencias penales dictadas por los jueces de un Estado parte, por los delitos que allí se mencionan, tienen efectos jurídicos vinculantes y directos en los otros Estados partes. Lo que en esos instrumentos internacionales se hace es instar a los Estados para establecer en su legislación interna, sanciones adecuadas para prevenir y castigar las conductas relacionadas con la corrupción, en materia penal y administrativa, en particular, en relación con el soborno transnacional, incluidas las personas jurídicas, que fue lo que efectivamente pretendió regular la ley 1778.

En tercer lugar, cuando en el derecho Colombiano se ha querido extender una inhabilidad a la comisión de un delito en el exterior, así lo ha señalado, de manera expresa, el artículo 122 de

la Constitución, modificado por el artículo 40 del acto legislativo No. 01 de 2009, cuando establece que no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Diferenciación que igualmente fue reiterada en el artículo 1° de la ley 1474 de 2011, que modificó el literal j) del numeral 1 del art. 8° de la Ley 80 de 1993, y señaló que la inhabilidad para contratar con el Estado se configura en relación con las condenas por narcotráfico en Colombia o en el Exterior.

Igualmente, la ley 1150 de 2007, que modificó el literal j) del art. 8° de la ley 80 de 1993, manifiesta inhabilidad para aquellas personas naturales que resulten responsables judicialmente por delitos como el peculado, el prevaricato y el cohecho, soborno transnacional y el cohecho. Esa precisión, sin embargo, fue suprimida por el art. 1° de la ley 1474 de 2011, disposición que, a su vez, fue modificada por el art. 31 de la ley 1778 de 2016, sin que la misma hubiera sido incluida, en forma expresa.

Por último, la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en forma reiterada, ha precisado que cuando una norma legal establece un supuesto de hecho como constitutivo de inhabilidad, este debe interpretarse de manera restrictiva. En ese sentido, la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, han ratificado que las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6° de la Constitución según el cual, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que

expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.

Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos en relación con la contratación estatal, están previstas en la ley 80 de 1.993, de manera general, y en algunos otros estatutos con carácter especial para determinadas actividades, en forma taxativa y son de aplicación restrictiva. Es decir que no pueden alegarse inhabilidades o incompatibilidades que no correspondan en un todo a las conductas descritas y penalizadas por el legislador, o que se deriven de la aplicación analógica o extensiva de dichas conductas.

Por consiguiente, en aplicación del principio de interpretación restrictiva de las normas que contemplan inhabilidades, por ser limitaciones a la capacidad de las personas jurídicas, no es posible afirmar que la inhabilidad prevista en el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016 se extiende a las condenas penales impuestas en el exterior y relacionadas con las conductas descritas en las convenciones de lucha contra la corrupción, contempladas por los tratados suscritos y ratificados por Colombia.

De otro lado, la inhabilidad que establece el artículo 31 de la Ley 1778 se extiende a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. A diferencia de la legislación anterior, que exigía la simple condición de socio, para que la inhabilidad se extienda a la persona jurídica es necesario que la persona natural condenada sea su:

1. Representante Legal.
2. Miembro de Junta Directiva o
3. Socio Controlante.

Otro supuesto a tener en cuenta es la inhabilidad introducida por la Ley 1778 de 2016, referente a las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional. Aquí es importante precisar que, en Colombia, el soborno



transnacional, hasta ahora, solo aparecía tipificado como delito. Sin embargo, por primera vez, en el artículo 1° de la Ley 1778 se califica también como falta administrativa en relación con las personas jurídicas, y está referido a una conducta relacionada con: 1. Un servidor Público Extranjero y 2: Un negocio o transacción internacional.

Por último, como aspecto verdaderamente novedoso, el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, señala respecto de la inhabilidad al trascenderá así la decisión se encuentre pendiente o si la misma fue impugnada, lo cual, en la práctica, podrá presentar problemas en su aplicación. Piénsese, por ejemplo, en lo que sucedería si se aplica esa inhabilidad en relación con un contrato en ejecución y con posterioridad, en razón del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia penal condenatoria, se absuelve al condenado. La inhabilidad desaparecería y, por lo tanto, la persona natural o la sociedad a la cual se extendió la inhabilidad podrían reasumir la ejecución del contrato, siempre y cuando el contrato estuviere vigente, no obstante lo cual se le habrían causado perjuicios, como consecuencia de la aplicación de la inhabilidad.

Efectos jurídicos vinculantes y directos con el Régimen de Incompatibilidades e Inhabilidades en el Estado Colombiano en el marco de la contratación estatal.

El legislador quiso, a través del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, establecer una inhabilidad derivada de la comisión de cualquiera de las conductas delictivas contempladas en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritas y ratificadas por Colombia, para la adjudicación y celebración de contratos estatales.

No obstante, no se señala por parte del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, con toda claridad, si la inhabilidad allí prevista se refiere a los delitos contemplados en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritos y ratificados por Colombia, cometidos en el exterior o solo los cometidos en el territorio colombiano.

Dado que se han generado varias interpretaciones, al momento de aplicar la mencionada norma, y que no hay un criterio unánime, se hace necesario explorar y analizar tanto normativa, doctrinal como jurisprudencialmente el tema y, a partir de ello, generar una reflexión que permita dilucidar los puntos neurálgicos al respecto.

La ley 1778 de 2016, como se expresa en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional, a través del Ministro de Justicia (Congreso de la Republica , 2014), tiene como finalidad acoger las recomendaciones de la OCDE y darle cumplimiento a la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Esta Convención fue adoptada por la OCDE en 1997 y fue incorporada al derecho interno por medio de la Ley 1573 de 2011, declarada exequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-944, 2012).

La mencionada Convención hace parte de los instrumentos que Colombia deberá adoptar para ingresar a la OCDE. La Convención impone una serie de obligaciones al Estado Colombiano, entre las cuales se encuentra ajustar su ordenamiento jurídico para sancionar efectivamente a las personas naturales y las personas jurídicas que incurran en actos de soborno transnacional.

La ley 1778 de 2016 modificó la ley 1474 de 2011, a su vez, había modificado varias normas de la ley 80 de 1993, relacionadas con el régimen de inhabilidades para contratar con las entidades públicas.

En tal sentido, la norma en mención busca subsanar las deficiencias señaladas por la OCDE, luego de la evaluación de la legislación Colombiana referida a lucha contra la corrupción, la cual se encuentra recogida, principalmente, en los artículos 30 y 34 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) y en el artículo 433 del Código Penal.

Un supuesto de la inhabilidad, introducido por la ley 1778 de 2016, está referido a la declaratoria de responsabilidad penal por cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia.

Ahora bien, en relación con la inhabilidad derivada de la comisión de cualquiera de las conductas delictivas contempladas en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritos y ratificados por Colombia, la Ley 1778 de 2016 no precisa si esos delitos son solo los cometidos en el país o si pueden haber sido cometidos en el exterior.

**Pronunciamientos de los doctrinantes en el tema de inhabilidades e incompatibilidades en el contexto del artículo 31 de la ley 1778 de 2016.**

Así las cosas es válido traer a colación diferentes pronunciamientos de juristas de reconocida trayectoria, entre ellos Jaime Bernal Cuellar, Ricardo Hoyos Duque, y Jaime Lombana Villalba, los cuales se han pronunciado al respecto y el de Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en su concepto del 10 de Agosto de 2015, que tiene como referencia: "Interpretación y alcance de las inhabilidades, incompatibilidades y sanciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional en materia de contratación estatal, respecto de condenas, medidas e investigaciones en el exterior por actos de corrupción".

El Jurista Jaime Bernal Cuellar en conceptos emitidos el 8 de marzo de 2006 y el 16 de marzo de 2016, dirigidos a Yesid Arocha Alarcón y Luis Carlos Batista Filho, Representantes legales de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Colombia, manifestó:

(...)

“Respuesta: Lo anterior debido a que, si bien en este momento el señor Odebrecht y otros exdirectivos de las empresas de la organización en Brasil tienen la calidad de condenados -en primera instancia- y no simples procesados, tal como se sostuvo en el mencionado documento, para la aplicación de la inhabilidad consagrada en el Estatuto de Contratación

o para cualquier otra clase de sanción contractual y/o administrativa prevista en el ordenamiento jurídico colombiano -normatividad aplicable a los contratos que en la actualidad ejecutan algunas empresas de la organización en Colombia-, es indispensable que la condena que da origen a la inhabilidad sea proferida en Colombia. En otras palabras, la decisión emitida en el exterior no permite el surgimiento de la inhabilidad o de cualquier otra consecuencia jurídica sancionatoria para empresas del grupo con operaciones en Colombia.”

Al respecto, se cita una de las conclusiones expresadas en el concepto presentado en el mes de agosto del año 2015:

La Constitución Política y la jurisprudencia limitaron la aplicación de esta inhabilidad a los delitos que atenten contra la administración pública colombiana, razón por la cual la única jurisdicción que puede emitir la sentencia que da lugar a la inhabilidad es la de nuestro país. Si bien sobre este aspecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto 2260 de 10 de agosto de 2015 sostuvo la tesis contraria, esto es, que dichas inhabilidades si pueden derivarse de decisiones judiciales proferidas en el extranjero, tal como se explicará en el último punto de este acápite, se trata de una interpretación errada del Consejo de Estado, conforme los argumentos que más adelante se expondrán.

Adicionalmente debe ratificarse lo anotado en precedencia, esto es, que las modificaciones introducidas por la ley 1778 de 2016, en relación con la responsabilidad administrativa de la persona jurídica no son aplicables al caso concreto, debido a que constituiría una vulneración al principio constitucional de legalidad, en la medida que se trata de un régimen sancionatorio expedido con posterioridad a la ocurrencia de los hechos que configurarían los supuestos que permitirían su aplicación.

Para las preguntas contenidas en los literales a y b del punto 2 se ratifica lo contestado para el numeral 1, esto es, que no se hace aplicable la mencionada inhabilidad a las empresas del grupo Odebrecht que están ejecutando contratos suscritos con el Estado Colombiano, porque es indispensable que la condena sea emitida por un juez de la República de Colombia, situación que se mantiene invariable con la modificación introducida por la Ley 1778 de 2016 por las razones antes expuestas.” (Cuellar, 2016).

El Jurista Ricardo Hoyos Duque en concepto dirigido a Yesid Arocha Alarcón, Representante legal de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Colombia expresó manifestó:

(...)

a) El art. 31 de la ley 1778 no señala, con toda claridad, que la inhabilidad allí prevista se refiera a los delitos contemplados en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritos y ratificados por Colombia, cometidos en el exterior. De ahí que para desentrañar el sentido de la norma, sea válido acudir al criterio histórico de interpretación, que consiste en examinar sus antecedentes.

b) En segundo lugar, ninguna de las normas de las convenciones que hasta el momento ha suscrito y ratificado Colombia, y que se mencionaron antes, aprobadas por las leyes 412 de 1997 (Convención interamericana contra la corrupción), ley 970 de 2005 (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción) y ley 1573 de 2012 (Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales), señala que las sentencias penales dictadas por los jueces de un Estado parte, por los delitos que se allí se mencionan, tienen efectos jurídicos vinculantes y directos en los otros Estados partes. Lo que en esos instrumentos internacionales se hace es instar a los Estados para establecer en su legislación interna, sanciones adecuadas para prevenir y castigar las conductas relacionadas con la corrupción, en materia penal y

administrativa, en particular, en relación con el soborno transnacional, incluidas las personas jurídicas., que fue lo que efectivamente pretendió regular la ley 1778.

c) En tercer lugar, cuando en el derecho colombiano se ha querido extender una inhabilidad a la comisión de un delito en el exterior, así lo ha señalado, de manera expresa, tal como lo hace hoy el art. 122 de la Constitución, modificado por el art. 40 del acto legislativo No. 01 de 2009, cuando establece que:

...no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Por último, la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en forma reiterada, ha precisado que cuando una norma legal establece un supuesto de hecho como constitutivo de inhabilidad, este debe interpretarse de manera restrictiva. En ese sentido, la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, en concepto del 18 de junio de Estado (Rad. No. 1578)

El Jurista Jaime Lombana Villalba en concepto dirigido a la Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Colombia, el cual fue remitido por a Néstor Guillermo Franco González, Director General de la Corporación Autónoma regional – CAR, señalo:

(...)

“En este punto de la discusión jurídica que me ocupa, se me informa que ni el ingeniero MARCELO ODEBRECHT, ni tampoco el resto de personas condenadas en la misma

sentencia de primera instancia, se encuentran actualmente vinculadas con ninguna de las empresas de la Organización Odebrecht, no podrían extenderse las consecuencias sancionatorias a dichas empresas, pues se estaría transgrediendo el principio de tipicidad, que es una de las características fundamentales del principio de legalidad.

Por lo anterior, al no ser MARCELO ODEBRECHT, ni tampoco el resto de personas condenadas en la misma sentencia brasilera de primera instancia, administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o socios controlantes, de las sociedades que operan en Colombia del grupo ODEBRECHT, no podría, sin transgredirse el principio de legalidad de raigambre constitucional, afectarse las personas jurídicas que en Colombia no tienen ninguna relación con las condenadas personas naturales antes dichas.

Así entonces, cabe entenderse que al no haber vulnerado bienes jurídicos colombianos, la responsabilidad penal que le atribuyeron en primera instancia a Marcelo Odebrecht no podría extenderse en efecto alguno, a las sociedades de la organización que operan en Colombia, ya que resultaría violatorio de un mínimo de seguridad jurídica, y hasta absurdo que respondieran las sociedades de infraestructura e inversión domiciliadas en Colombia por la responsabilidad penal que le atribuyeron a una persona natural que no pertenece a ninguna de las empresas de la Organización Odebrecht cuyo domicilio principal es Brasil y que es la persona jurídica que tiene participación accionaria en Colombia.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente, 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260) del 10 de agosto de 2015, precisa:

(...)

“5. Recapitulación sobre las normas y causales de inhabilidad analizadas.

El análisis jurídico que se ha efectuado hasta el momento, le permite a la Sala concluir

que de las normas y causales de inhabilidad para contratar que se mencionan en la consulta, las únicas inhabilidades que podrían generarse por las decisiones que adopten autoridades penales del exterior, son las siguientes:

(i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011).

(ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).



Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilidades del artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993 [se cita]

(...)

#### H. Consideración final

El análisis realizado por la Sala acerca de las inhabilidades, de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes y los instrumentos internacionales, que procuran prevenir, sancionar y conjurar los actos de corrupción en la contratación estatal, permite llegar a la conclusión de que los supuestos de hecho referidos en la consulta pueden resultar enmarcados dentro de algunas de las causales de inhabilidad consagradas en el régimen vigente.

No obstante, se advierte la deficiencia de las normas actuales para precisar ciertas hipótesis que en el ámbito de la lucha contra la corrupción deberían generar inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, así como también resulta evidente la falta de desarrollo legal suficiente para dar eficacia plena a los principios constitucionales y a los compromisos asumidos por Colombia en virtud de los instrumentos internacionales analizados en este concepto.

Las razones que expuso el Consejo de Estado para llegar a esta conclusión se contraen básicamente a que en el texto original de la Ley 1150 de 2007 al introducir algunas modificaciones a la inhabilidad que se viene estudiando incluyó una frase que decía: "...así como sus equivalentes en otras jurisdicciones", la cual, a pesar de haber sido derogada por la Ley 1474 de 2011, pues en el trámite legislativo se eliminó esta expresión por el Congreso de la República, en concepto del Consejo de Estado continua vigente porque el legislador no expresó ninguna razón de fondo para

haber realizado tal modificación, sino que, por el contrario, se debió a motivaciones de carácter estrictamente político.

Aseveró textualmente el Consejo de Estado:

(...)

...la Sala considera que de la eliminación de la citada frase dentro del trámite del proyecto de ley que se materializó con la Ley 1474 de 2011, no puede inferirse, en forma mecánica y simplista, que se suprimió también la regla de derecho consistente en que la inhabilidad consagrada en el artículo...se aplica igualmente a delitos equivalentes cometidos y juzgados en otras jurisdicciones, pues como se indicó, no se conocen las razones por las cuales se efectuó dicha modificación, y aquella norma puede deducirse de otras disposiciones constitucionales y legales, en armonía con los tratados internacionales... (p. 92 del concepto 2260).

El Jurista Jaime Lombana Villalba en concepto dirigido a la Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Colombia, en relación con el Concepto emitido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, el cual fue remitido por a Néstor Guillermo Franco González, Director General de la Corporación Autónoma regional – CAR, señaló:

(...)

Al analizar el concepto emitido por el Honorable Consejo de Estado hace un extenso y exhaustivo análisis, sin embargo, a pesar de la importancia de todo su contenido, a continuación tratamos de resaltar sólo algunos de los apartes más significativos:

"En el concepto de la Sala de Consulta encuentro equivocaciones dogmáticas, violaciones a normas rectoras de derecho penal y notables contradicciones argumentativas, puesto que señala con rigor como un sistema legal no normativista como el americana, en materia de contratación estatal, contempla la figura del debarmenti, el cual establece para su posible

aplicación, que existan circunstancias insalvables y graves que afecten la responsabilidad de la persona, frente a la administración. Concluyendo la Sala que si bien en un sistema jurídico distinto del nuestro, una sentencia judicial extranjera podría servir para fundamentar la decisión.

Lo anterior teniendo en cuenta que en los Estados Unidos las decisiones judiciales extranjeras sirven como evidencia. Aquí encuentro un error de partida en la argumentación del radicado 2260 puesto que existe una sensible distancia conceptual entre una evidencia y la homologación de una sentencia extranjera, que cumpla con el principio de legalidad, el cual proscribete terminantemente interpretaciones extensivas, prohíbe las analogías, y le imposibilita a un juez aplicar retroactivamente preceptos penales, salvo en caso de ser sustantivamente favorable a un procesado.

(...)

Me llama la atención como de manera expresa la Sala de Consulta, en su pronunciamiento cita las jurisprudencias pertinentes para llegar a conclusiones totalmente distantes y contradictorias que sustenta la propia jurisprudencia estudiada. En el sentido que debe existir siempre un debido proceso, y que jamás una sentencia extranjera en la jurisdicción americana pasa de ser más que una probable evidencia, o ms que eso, una evidencia adecuada, pero que debe ser confrontada con otros elementos materiales de prueba”.

Adicionalmente frente al mismo concepto del Jurista Lombana dice:

Y a esta altura entro en el punto que me parece más controvertible del concepto de la Sala de consulta, por inseguro y equivocado jurídicamente, y no dudo de calificar como antigarantista, y contrario a nuestra Constitución Política. Y es precisamente el que se empieza a tratar en la página 86, cuando se pregunta si la inhabilidad prevista en el artículo 8 numeral, literal j) de la ley 80 se genera solamente cuando una persona es declarada

responsable por la justicia colombiana de alguno de los delitos contra la administración pública consagrados en nuestro Código Penal (Ley 599 de 2000), por el delito de soborno transnacional (artículo 433 Ibídem), o sí dicha causal también surge cuando una persona es declarada responsable por la justicia de cualquier otro país, por la comisión de alguno de dichos delitos en ese Estado (aunque allí tengan otra calificación, otras denominaciones o proteja total o parcialmente otros bienes jurídicos).

Y en este punto del concepto, la Sala de Consulta entra hacer un análisis "detallado y cuidadoso" del asunto, y resalta que partiendo de la historia legislativa del literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, de la Constitución y de los tratados intencionales suscritos por Colombia, y llega a lo que respetuosamente considero un error jurídico de interpretación.

Entonces, el concepto en estudio, revisa como ese literal j) fue adicionado por el artículo 18 de la ley 1150, que establecía expresamente el listado de delitos por los que una persona natural, y contenía un ingrediente normativo que decía "sí como sus equivalentes en otras jurisdicciones" y resalta el concepto de la Sala de Consulta" que el artículo 1 de la ley 1474 de 2011, al modificar este precepto suprimió la frase: "así como sus equivalentes en otras jurisdicciones"

Y se concentra la Sala de Consulta en ubicar ¿en qué momento legislativo se suprimió ese elemento de la norma? Concluyendo que para el segundo debate del proyecto de ley en Plenaria del Senado, hubo un nuevo pliego de modificaciones, y desapareció o se suprimió la frase: "así como sus equivalentes en otras jurisdicciones".

Y después de encontrar que en el trámite legislativo no se volvió a discutir, ni se mencionó el motivo de desaparición de ese elemento normativo, ni "nadie volvió a mencionar, menos a Incluir en el texto la expresión" así como sus equivalente en otras jurisdicciones. Entonces la Sala de Consulta llega a la siguiente conclusión:

Debido a lo anterior y a las razones adicionales que a continuación se explican, a Sala

considera que la interpretación adecuada de dicha norma es aquella conforme a la cual la respectiva inhabilidad puede seguirse aplicando a las personas que sean declaradas responsables por la comisión de cualquiera de esos delitos por un juez extranjero.

Con profundo respeto, pero como catedrático de Derecho Penal, Doctor en Derecho siendo mis maestros precisamente educados en la cuna del garantismo Roxiniano debo rechazar esa postura fascista e ilegal. Considero que el concepto de la Sala de Consulta busca nada más ni nada menos que permear el principio de legalidad, y fisurar la seguridad jurídica de los colombianos. No es posible por vía de una interpretación extensiva, remplazar la clara voluntad del legislador que en segundo debate suprimió la mencionada frase de la norma, argumentado supuestas congruencias normativa menos que como no aparece justificación de la eliminación y supresión del precepto entonces el Intérprete puede remplazar la labor del legislador en materia penal." (Villalba J. L., 2016)

El Jurista Jaime Bernal Cuellar en conceptos emitidos el 8 de marzo de 2006 y el 16 de marzo de 2016, dirigidos a Yesid Arocha Alarcón y Luis Carlos Batista Filho, Representantes legales de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Colombia, en relación con el Concepto emitido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló:

(...) se está imponiendo al legislativo una carga no exigida por la ley, consistente en que todas las derogatorias —expresas o tácitas- deben estar motivadas de fondo y, en los casos en que esto no ocurra, se faculta al intérprete de la norma a desconocer el carácter vinculante de ésta.

(...) el Consejo de Estado con esta interpretación violó de manera flagrante el principio de reserva legal de las inhabilidades y el de interpretación restrictiva de las disposiciones limitativas de derechos, los cuales fueron mencionados y desarrollados por la misma Corporación en el numeral 4 del concepto 2260.

(...) Revivir una norma derogada para dar cabida a supuestos de hecho no cobijados por la disposición vigente, a diferencia de lo que expone el Consejo de Estado, no es una simple interpretación que sirve para precisar el alcance de la norma; por el contrario, es la creación de una norma nueva, facultad, insistimos, reservada de forma exclusiva y excluyente al legislativo.

El jurista Ricardo Hoyos Duque en concepto dirigido al Jurista Yesid Arocha Alarcón, Representante legal de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Colombia, en relación con el Concepto emitido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló:

(...) están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero

(...) Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 10 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011)."

(...) solo están inhabilitados para contratar con Estado colombiano las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la justicia nacional, por la comisión de delitos contra la Administración Pública.

El abogado Jaime Lombana Villalba en concepto dirigido a la Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Colombia expresó al respecto:

(...) “Lo que para los efectos prácticos, se reitera como se -afirmó supra, significa que en vista de que el ingeniero MARCELO ODEBRECHT, ni tampoco el resto de personas condenadas en la misma sentencia de primera instancia, se encuentran actualmente vinculadas con ninguna de las empresas de la Organización Odebrecht, por lo tanto, esta inhabilidad sería netamente personal, y no podría extenderse a dichas empresas, pues se

estaría transgrediendo el principio de taxatividad, que es una de las características fundamentales del principio de legalidad.

Para la pregunta contenidas en el numeral tercero se ratifica lo contestado para el numeral 1 y 2, esto es, que no se hace aplicable la mencionada inhabilidad a las empresas del grupo Odebrecht que están ejecutando contratos suscritos con el Estado colombiano, porque es indispensable que la condena sea emitida por un juez de la República de Colombia, situación que se mantiene invariable con la modificación introducida por la Ley 1778 de 2016 por las razones antes expuestas y en segundo lugar esta inhabilidad sería netamente personal, y no podría extenderse a dichas empresas, pues se estaría transgrediendo el principio de taxatividad, que es una de las características fundamentales del principio de legalidad.

## CONCLUSIONES

Conforme a lo analizado y realizando una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la Ley 80 de 1993, Ley 1474 de 2011 y la Ley 1778 de 2016, como también al pronunciamiento del Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente, 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260) del 10 de agosto de 2015 se permite concluir entonces que no encontró asidero jurídico en norma, jurisprudencia o convenio ratificado por Colombia que le señale que las sentencias penales dictadas por jueces de un Estado extranjero tienen efectos jurídicos vinculantes y directos con el Régimen de Incompatibilidades e Inhabilidades en el Estado Colombiano, que si bien es cierto, la Ley 1778 de 2016, modifica el artículo 8 literal J, de la Ley 80 de 1993, la misma, no manifiesta ni precisa los alcances de las sentencias penales dictadas por otros estados.

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad, ante el Estado Colombiano respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual es taxativo y restrictivo, y no permite aplicación analógica, exige que la legislación Colombiana dicha expida condena, para que surta efectos en nuestro país deba ser impuesta por el Gobierno Colombiano.

Nos apartamos del pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado en fallo de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente, 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260) del 10 de agosto de 2015; recordando que los mismos no gozan de fuerza vinculante ni de obligatorio cumplimiento.

Como se expresó en la respuesta anterior, la condena penal que da lugar a la inhabilidad prevista en el art. 31 de la Ley 1778 de 2016, para celebrar contratos con el Estado, debe haber sido impuesta por la justicia colombiana. Por consiguiente, como en el caso que se consulta la condena fue impuesta por la justicia brasilera, faltaría una de los supuestos para que se configurara la inhabilidad.



Ahora bien, igualmente en gracia de discusión, se impuso una condena en el exterior, configura la inhabilidad prevista en el art. 31 de la ley 1778, dicha inhabilidad solo se extendería a las sociedades en las que haga parte, en calidad de socio controlante, a sus matrices y a sus subordinadas, así como a las sucursales.

Dos (2) razones fundamentan la conclusión. En primer lugar, el criterio restrictivo con el cual deben interpretarse las inhabilidades, que impide extenderlas a supuestos no previstos, de manera expresa, por la ley, al cual se hizo alusión antes. Y, en segundo lugar, de acuerdo con el inciso segundo del art. 98 del Código de Comercio, "la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". Así, cuando la ley ha querido extender las inhabilidades de las personas naturales a las personas jurídicas de las que estos son socios, lo ha dicho, de manera expresa, como sucede con el art. 31 de la ley 1778 que se examina. Algo similar hace la ley 80 de 1993, en el párrafo 3° del artículo 7° cuando señala que:

"en los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos ser regirán por las disposiciones previstas en ésta ley para los consorcios".

Supuestos estos que, se insiste, son excepcionales y, por lo tanto, deben ser definidos en forma expresa por la ley.

Por consiguiente, al no haberse extendido la inhabilidad prevista en el art. 31 de la ley 1778 de 2016, a las sociedades constituidas por las filiales y las subordinadas de la matriz, de la cual es socio la persona que fue condenada por los delitos que allí se mencionan, no se configuraría una inhabilidad sobreviniente para suscribir contratos con el estado.

## **PROPUESTA**

Para los contratos que se están ejecutando o que se lleguen a ejecutar con el Estado colombiano, se hace necesario que se expida normatividad ajustada al bloque de constitucionalidad y a los convenios internacionales, en los cuales se establezca que es indispensable que la condena sea emitida por un juez de la República de Colombia, y no podría extenderse a dichas empresas, pues se estaría transgrediendo el principio de taxatividad, que es una de las características fundamentales del principio de legalidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Álvarez, J. C., & Escobar Osorio, R. (2016). *Antecedentes y bien jurídico del soborno transnacional en Colombia*. REPÚBLICA DE COLOMBIA: Revista Derecho Penal.
- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Bernal Cuellar, J. (2006). *Concepto dirigido a Yesid Arocha Alarcón y Luis Carlos Batista Filho*.
- Bernal Cuellar, J. (2015). *Concepto dirigido a Yesid Arocha Alarcón y Luis Carlos Batista Filho*.
- Bernal Cuellar, J. (2016). *Concepto dirigido a Yesid Arocha Alarcón y Luis Carlos Batista Filho*.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2016). *Ley 1778 de 2016*. Bogotá, D.C.
- CONSEJO DE ESTADO. (10 de Agosto de 2015). Sentencia rad. 11001-03-06-000-2015-00118-02(2260) del 2015.
- Ferrajoli, L. (2008). Criminalidad y Globalización. *Estudios y Derecho*, 29.
- Ferreira, F. (1995). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Temis.
- Hoyos Duque, R. (2015). *Tratados de lucha contra la corrupción*. Republica de Colombia.
- Lombana Villalba, J. (s.f.).
- López, J. (2003). *Normas y políticas internacionales contra la corrupción*. Salvador: Probidal.
- López, M. (2008). *Corrupción y desarrollo: Una revisión crítica de la literatura reciente*. Universidad Austral.
- Maggiore, G. (1989). *Derecho Penal parte Especial*. Bogotá: Temis.
- Maldonado Copello, A. (2011). *La lucha contra la corrupción en Colombia: La carencia de una política integral*. Fescol.
- Manfrón, C. (2005). *Transacción de naturaleza económica o comercial*.

Martínez, E., & Ramírez, J. (2006). La corrupción y los costos de transacción. *Red de revistas científicas de América latina y el caribe, España y Portugal*, 59.

Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de contratación de la administración pública*. Universidad Externado de Colombia.

Mauro, P. (1995). Corrupción y crecimiento de la economía. *The quarterly journal of economics*, Vol 110, No 3 ( Aug, 1995), pp 681-712, 31. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/2946696>

Namén, W. (2002). *Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las entidades estatales. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades* . Hacia una política para eficiencia y la transparencia en la contratación pública.

Ospina Robledo, R. I. (2000). *Los pactos de integridad: una herramienta para buscar limpieza en contrataciones de interés público*. República de Colombia: Banco Interamericano de Desarrollo. Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe. Obtenido de <http://www6.iadb.org/leg/Seminar/Documents/Colombia%20Ticol%20Ospina%20Spa.pdf>

Rico. (2009). *Sanciones administrativas y penales*.

Rodríguez García, N., & Fabían Caparrós, E. (2004). *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. España: Ratio legis.

Salinas Siccha, R. (2015). Ideas centrales de los delitos contra la administración pública. Lima, Peru.

Santofimio, J. O. (2008). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SECRETARIA DE TRANSPARENCIA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA; DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN; DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA REPÚBLICA DE COLOMBIA; OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. (2012). *Estrategias para la corrupción del plan anticorrupción y de atención al ciudadano*. Bogotá, República de Colombia: Presidencia de la República de Colombia. Obtenido de [http://www.tdea.edu.co/images/noticias/documentos/control\\_interno/estrategias\\_construccion\\_plan\\_anticorrupcion\\_atencion\\_ciudadano.pdf](http://www.tdea.edu.co/images/noticias/documentos/control_interno/estrategias_construccion_plan_anticorrupcion_atencion_ciudadano.pdf)

SECRETARIA DE TRANSPARENCIA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA; EMBAJADA DE SUECIA. (2015). *Pacto red de rse de empresas suecas en Colombia, por la tranparencia y la lucha contra la corrupción* . República de Colombia.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2016). *Guia soborno transnacional. Guia orientada a poner el marcha programas de cumplimiento para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2 de la ley 1778 de 2016*. República de Colombia.

Torres Vásquez, H. (2013). La extraterritorialidad de la ley penal: el principio de la justicia universal, su aplicación universal en Colombia. *Prolegómenos*, 17.

Vargas Carreño, E. (2000). *La Convención interamericana contra la corrupción*. Venezuela: Banco Interamericano de Desarrollo.