

**INHABILIDAD PREVENTIVA EN EL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN EN
CONTRAVÍA CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.**

FREDY ALEXANDER MENDOZA SÁNCHEZ.

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA-
MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO
PÚBLICO.**

BOGOTA D.C.

2021

**INHABILIDAD PREVENTIVA EN EL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN EN
CONTRAVÍA CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.**

**Trabajo presentado como requisito para optar el título de Magister en
Derecho del Estado con Énfasis en Derecho Público.**

Director. GERMÁN LOZANO VILLEGAS

Jurado Evaluador. IVAN OTERO SUAREZ

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA-
MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO
PÚBLICO.**

2021

Contenido

RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	8
Capítulo I- MARCO TEÓRICO DEL CONTRATO ESTATAL Y DESARROLLO DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA	12
1.1. DERECHOS COLECTIVOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	18
1.1.2 PATRIMONIO PÚBLICO	18
1.1.3 MORALIDAD ADMINISTRATIVA	20
Capítulo II. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LAS INHABILIDADES PARA CONTRATAR	22
2.1. TIPOS DE INHABILIDADES	23
2.1.1 INHABILIDAD GENERADA COMO CONSECUENCIA DE UNA CONDENA O SANCIÓN	23
2.1.2 INHABILIDAD FUNCIONAL	24
2.1.3 INHABILIDADES SOBREVINIENTES EN MATERIA CONTRACTUAL	24
2.1.4 INHABILIDADES PREVENTIVAS	25
2.1.5 INHABILIDADES PREVENTIVAS SOBREVINIENTES	26
2.2. PENAS ACCESORIAS EN DERECHO PENAL APLICABLES A LA CONTRATACION ESTATAL	26
2.2.1 INHABILIDADES PREVENTIVAS EN EL DERECHO PENAL	27
2.2.2 LA INHABILIDAD Y PERDIDA DE DERECHOS COMO PENA ACCESORIA DEL DERECHO PENAL	29
2.2.3 FINALIDAD DE LA MEDIDA PREVENTIVA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL	31
2.2.4 MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	32
2.3. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LAS INHABILIDADES PREVENTIVAS Y MEDIDAS CAUTELARES	32
2.3.1 PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	33
Capítulo III. INHABILIDADES PREVENTIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL	36
3.1. GRUPO DE TRABAJO SOBRE TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO	37
3.2. LEY MODELO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y DE OBRAS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL	37
3.3. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN	38
3.4. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN	39
3.5. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO OCDE	41

3.6. INHABILIDADES PREVENTIVAS VISTA DESDE LA CONVENCION AMERICA SOBRE DERECHOS HUMANOS	43
Capítulo IV MARCO JURÍDICO DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, PRESUNCION DE INOCENCIA Y EJECUTORIA DE LOS FALLOS JUDICIALES.....	44
4.1. ECUTORIA Y FIRMEZA DE LOS FALLOS JUDICIALES.....	45
4.2. POLITICAS DE PREVENCIÓN DEL DAÑO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.	47
4.3. LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE INHABILIDADES.....	49
4.4. DAÑO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR.....	50
CONCLUSIONES.....	53
FUENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.....	57
BIBLIOGRAFIA	60
ARTICULOS DE INTERNET	61

SIGLAS

ANCP: Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

AMP: Acuerdo Marco de precios.

OCCP. Observatorio Colombiano de Contratación Pública.

SECOP: Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

BID: Banco Interamericano de Desarrollo.

CADH. Convención Americana de Derechos Humanos.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

OMC. Organización Mundial del Comercio.

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

OEM. Organización de los estados americanos.

CICC: Convención Interamericana Contra la Corrupción.

OCDE. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

RESUMEN

INHABILIDAD PREVENTIVA EN EL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN EN CONTRAVÍA CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

Las inhabilidades tienen como finalidad garantizar la idoneidad, moralidad, eficacia, en el ejercicio de la función pública por parte de los servidores públicos y en especial en lo referente a la contratación estatal, garantizado que las personas que apoyan al Estado Colombiano en el cumplimiento de sus metas y fines esenciales, mediante la contratación pública sean íntegros y con capacidad real y material para brindar un servicio sin ningún tipo de reproche o libres de cualquier apremio subjetivo.

Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión "inhabilidad" tiene entre otras acepciones la de "*defecto o impedimento para ejercer un empleo u oficio*¹".

Es de resaltar que las inhabilidades según el tipo normativo en que se instauraron son de rango Constitucional o legal, al respecto, y al encontrarse en el campo de contratación en Colombia, se establecen reglas restrictivas que vulneran principios básicos de la contrataciones tal como es la libre concurrencia y pluralidad de oferentes, al generar el legislativo inhabilidades presuntas o preventivas, las cuales vulneran el debido proceso de las personas naturales y jurídicas y afectan las políticas de prevención del daño de las entidades públicas.

Lo anterior como consecuencia de un discurso legitimante de prevención a los actos de corrupción, que se ha convertido en una cacería de brujas, generando inflación legislativa, complejizando el ejercicio de la contratación estatal y haciéndola más confusa y en detrimento de los principios de eficacia y economía propios del proceso contractual, administrativo y constitucional.

¹REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es> 01/04/2021

Por otra parte, y con la firma de convenios con la Organización de Estados Americanos y Organización de las Naciones Unidas, debidamente ratificados por el estado colombiano, así como la entrada a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE. Ha permitido que se ingresen al ordenamiento jurídico disposiciones normativas fundamentales que garantizan la transparencia e incrementan las restricciones de las personas para contratar, es decir se amplía el abanico de inhabilidades e incompatibilidades, pero estos mismos convenios ratifican que los estados partes deberán respetar en cada una de sus actuaciones el debido proceso, presunción de inocencia y el respeto por los derechos fundamentales.

En conclusión, las medidas preventivas es una manera informal de anticipar una pena o sanción, pues, se está condenando de manera anticipada o por sospecha, sin tener certeza del resultado de la actuación judicial en el fallo de segunda instancia o casación que en muchos casos es absolutorio.

INTRODUCCIÓN.

La existencia, validez y eficacia de las normas jurídicas, tienen un fin principal y es el cumplimiento integral por parte de la sociedad o del estado para el cual fueron creadas, para cumplir el fin de la norma el conglomerado social o las entidades públicas requiere de una serie de mecanismos y procedimientos regulados, los cuales de no ser aplicados integralmente generan consecuencias jurídicas².

El legislador mediante la ley 80 de 1993, regulo entre otras cosas, las inhabilidades en materia contractual, estableciendo un abanico de restricciones en las cuales las personas naturales y jurídicas pueden suscribir contratos y convenios con las entidades públicas, es de resaltar que las inhabilidades han cambiado a través del tiempo por diferentes aspectos, como es la suscripción de convenios internacionales, hacer parte de organismos internacionales, escándalos de corrupción generados por multinacionales y la consulta anticorrupción.

El legislativo ha encontrado dificultades en la expedición de normas jurídicas, pues, en el afán de sancionar la constante y latente corrupción en la contratación pública, se han cometido errores, pues se expiden normas sin tener en cuenta derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991 y Convenciones firmadas por el estado Colombiano, es el caso del artículo 2 de la ley 2014 de 2019, la cual desarrolla un nuevo concepto de inhabilidad no contemplado en el estatuto de contratación, relacionado con las inhabilidades preventivas, las cuales consiste en la prohibición para contratar con el estado en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

En el sentido de la Corte Constitucional³ la norma busca proteger la moralidad administrativa y el patrimonio público y los fines de la organización estatal, permitiendo de esta manera la existencia de una sanción o inhabilidad sin tener una sentencia ejecutoriada que decida la situación jurídica definitiva de la persona, lo

² Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 6 “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

³Corte Constitucional, demanda de Inconstitucionalidad No. D- 13801, MP. José Lizarazo Ocampo.

anterior genera una confrontación de derechos colectivos y fundamentales, al generar la norma debatida una prohibición que viola el derecho de la presunción de inocencia y debido proceso.

La inhabilidad objeto de controversia, es una pena accesoria disfrazada de una medida transitoria, esto con fundamento en la ley 599 de 2000, la cual establece como pena accesoria la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas⁴.

Así mismo, La anterior prohibición se puede asimilar en su contenido a las medidas cautelares las cuales en principio permiten obtener una protección provisional del derecho que se persigue. Empero, la aplicación de estas medidas trae consigo problemas de índole procedimental, factico, jurídico y probatorio y especialmente en el campo del prejuzgamiento, lo que conllevaría que las prohibiciones preventivas la violación de principios constitucionales.

El presente trabajo busca determinar la inconveniencia de las inhabilidades preventivas en el ordenamiento jurídico contractual, establecer la necesidad de ampliar o eliminar dicha medida, precisar las consecuencias en materia contractual y los daños antijurídicos al estado en eventos en los cuales se absuelve al apelante, por último, analizar la violación del derecho fundamental al debido proceso y presunción de inocencia con la existencia de dichas inhabilidades preventivas.

Por lo tanto, el presente trabajo desarrollara el siguiente interrogante ¿La inhabilidad establecida en el art. 2 de la ley 2014 de 2019, desconoce derechos fundamentales,

⁴Colombia, Congreso de la República, Ley 599 de 2000, Artículo 52 "las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena.

En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59.

En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51"

tales como el debido proceso, presunción de inocencia, y puede generar un daño antijurídico?

El desarrollo de la investigación se realizará en capítulos, el primero, consiste en el marco teórico y el desarrollo de la Política Pública en contratación estatal, en donde se realizará un análisis jurídico del contrato estatal y de la evolución y desarrollo de la política pública contractual, analizando los avances, falencias y retrocesos de la política pública en el Estado colombiano.

Con la finalidad de adelantar un análisis crítico de los diferentes postulados de la Corte Constitucional, este capítulo, analizara los argumentos de la Corte para declarar la constitucionalidad del artículo 2 de la ley 204 de 2019, ahondando en los derechos colectivos del patrimonio público y la moralidad administrativa, analizando si estos derechos colectivos se ven afectados o vulnerados por un delito en contra de la administración pública.

En el segundo capítulo se abordará, los fundamentos constitucionales y jurídicos de las inhabilidades e incompatibilidades en el ordenamiento jurídico interno, en este capítulo desarrolla los tipos de inhabilidades y las características de cada una de ellas, de igual forma se relacionan las inhabilidades sobrevinientes y preventivas en materia contractual.

Teniendo en cuenta que las medidas de inhabilidades preventivas, se dan como consecuencia de la aplicación del derecho penal mediante una sentencia de un juez en primera instancia, en este capítulo, se realizara el análisis de las penas accesorias contempladas en la ley 599 de 2000, de igual forma se examinaran los tipos penales que podrían configurar la inhabilidad para contratar, concluyendo que en el evento de existir algún tipo de medida preventiva de inhabilidad esta debería ser dictada por un juez constitucional al interior del proceso penal correspondiente, previo al análisis probatorio y factico, donde determine la necesidad o no de declarar una inhabilidad, establecido el monto, la forma y alcance de la misma.

De igual forma se identificara la procedencia finalidad y similitudes entre las medidas preventivas para contratar y las medidas cautelares, encontrando similitudes

importantes, así como diferencias sustanciales, lo anterior debido a que si bien las dos apuntan a proteger un supuesto derecho que se encuentra en riesgo, su particularidad, procedimiento, especificidad, grado de argumentación y su evaluación doctrinaria, legal y jurisprudencial les otorgan confianza y legitimidad a las medidas cautelares. Caso que no ocurre con las inhabilidades provinciales para contratar, De igual forma, en este capítulo se busca justificar la legalidad y necesidad de las medidas preventivas basadas en el principio de precaución, generando algunas recomendaciones y conclusiones de la aplicación del principio a las inhabilidades preventivas en temas de contratación.

Una vez analizados las disposiciones normativas internas, es fundamental realizar un análisis de las inhabilidades preventivas y la lucha anticorrupción en el ámbito del derecho internacional, especialmente en lo que respecta a los tratados suscritos por Colombia con los diferentes organismos internacionales, por esto, en el tercer capítulo se analizarán los acuerdos, grupos de trabajo y tratados internacionales suscritos por Colombia que tienen como finalidad la lucha contra la corrupción, y la obligación del estado de adelantar acciones para la prevención y la eliminación de cualquier forma de corrupción, pero siempre en arreglo y respetando los derechos fundamentales como es el debido proceso y presunción de inocencia.

De esta forma y una vez analizado el ordenamiento jurídico interno y el derecho internacional, el capítulo cuarto abordará la legalidad y constitucionalidad de las inhabilidades preventivas, confrontándolas con los derechos del debido proceso y presunción de inocencia para finalmente adelantar un análisis claro de la ejecutoriedad y firmeza de los fallos judiciales y su no aplicación en la configuración de las inhabilidades preventivas.

De igual forma se analizará las implicaciones que conlleva la libertad de configuración legislativa en la creación de inhabilidades, y las implicaciones jurídicas y patrimoniales en su indebida aplicación.

Finalmente, se realizará varias conclusiones y recomendaciones generales del trabajo, las cuales buscan mejorar en el desarrollo de la política pública de contratación y minimizar posibles daños al patrimonio del estado.

Capítulo I- MARCO TEÓRICO DEL CONTRATO ESTATAL Y DESARROLLO DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA.

La Contratación Estatal, incluso desde antes de la expedición de la ley 80 de 1993, ha sido un importante escenario de estudio para la doctrina y objeto de pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales de cierre, nace teóricamente en instituciones desarrolladas por el derecho civil, a medida que va evolucionado gradualmente se va alejando del mismo, teniendo su propia legislación y vida propia, especialmente, en lo que respecta a la autonomía de la voluntad de los contratos para dar paso a la relación contractual basada en principios de orden público en donde la administración cuenta con una seria de facultades exorbitantes o extraordinarias⁵ que limita la igualdad material y formal entre las partes del contrato.

Con la expedición de la ley 80 de 1993, se cambia de forma del contrato estatal, dejando a un lado las actuaciones administrativas contenidas en el decreto 222 de 1983, e ingresado al mundo de los principios en la contratación estatal. En esta norma se establece un gran abanico de inhabilidades e incompatibilidades para contratar, y de esta forma lograr que los servidores públicos atiendan los criterios de transparencia, selección objetiva, entre otros y que los contratistas sean idóneos y apropiados para el cumplimiento de las metas del Estado.

El contrato estatal es una exteriorización de la actividad administrativa, el cual tiene como finalidad principal el mejoramiento de la calidad de vida de las personas que integran el Estado, a partir del cumplimiento de sus fines esenciales, el artículo 3 del estatuto general de la contratación realiza una definición del fin del contrato⁶ y el artículo 32 del mismo estatuto de manera general define el contrato estatal como

⁵Colombia, Congreso de la República, ley 80 de 1993 “*por la cual se expide el Estatú General de Contratación de la Administración Pública*” (Bogotá: *Diario Oficial NO. 41.094.28, 28 de octubre de 1993*) artículos 14, 15, 16.

⁶Colombia, Congreso de la República, ley 80 de 1993 **ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de 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.

los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades establecidas en el artículo 2 de la misma ley⁷.

El contrato estatal, como subcategoría de los contratos tiene algunas particularidades que lo diferencia sustancialmente de los contratos civiles y comerciales, entre estas diferencias se resalta lo referente a la capacidad para contratar con el Estado, ya que no solamente aplican las causales del código civil, sino también las contenidas en las cláusulas exorbitantes y para el caso de estudio el régimen de inhabilidades entendida por la Corte Constitucional como:

Una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia⁸.

La doctrina y la jurisprudencia tiene conceptos diferentes y disimiles sobre lo que es el contrato, pero todos llegan al mismo punto de partida, al conceptuar que el contrato es un acuerdo donde prima la voluntad de las partes, el cual genera efectos jurídico, y crea, elimina o modifica obligaciones⁹ en consecuencia el contrato estatal es el acuerdo de voluntades entre una entidad pública y personas naturales y/o jurídicas, que genera obligaciones con la finalidad de satisfacer el bien común¹⁰.

⁷ Colombia, Congreso de la República, ley 80 de 1993, **ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** <Ver Notas del Editor> Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-498 de 26 de septiembre de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁹ Carlos Gómez Vásquez, Teoría del contrato (Medellín: Universidad de Medellín, 2010), 166

¹⁰ Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971), 174, citado en Claudia Esteban, "La teoría de los contratos administrativos", http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-_03_Esteban.pdf (acceso julio 17, 2017).

De forma general podemos definir el contrato estatal como un instrumentos que tiene la administración pública, con el que se busca atender las necesidades básicas insatisfechas, mejorar la calidad de vida y de esta forma cumplir con los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia y demás disposiciones normativas, en conclusión el contrato estatal es la base para el cumplimiento de los fines del estado susceptible de ser realizado mediante la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal y demás normas concordantes.

Cuando se aborda cualquier problemática del Estado Colombiano, este se hace mediante la promulgación y sanción de todo tipo de leyes, decretos y actos administrativos, como una solución inmediata y perpetua de los problemas del Estado y la sociedad, lo grave es que una vez desaparece el escándalo o detonante que genera la emisión de la disposición normativa, vuelve el problema con nuevas aristas, fortaleciendo el inconformismo y no atacando el problema de fondo, en conclusión las medidas que se toman son fugaces, mediáticas, por ende la necesidad que el Estado Colombiano continúe con el desarrollo de una política pública de la contratación estatal, que permita que las acciones tomadas y las normas expedidas se encuentren debidamente planeadas, estructuradas, estudiadas, y de esta forma eliminar los problemas de fondo mediante las herramientas legales.

En conclusión, se puede afirmar que cada disposición normativa contractual tiene una causa generada en un hecho relevante de interés nacional, noticia o escándalo, es decir, que pocas leyes se encuentran pensadas y estructuras bajo el ideal de una política pública real en material contractual.

La constante evolución y cambios normativos en materia contractual, ha generado que se inicie en el desarrollo de una verdadera política pública en temas contractuales, es por esto que mediante el decreto ley 4170 de noviembre de 2011, se crea La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, y de esta forma el Estado colombiano empieza una tarea necesaria y urgente es el proceso en el cual nos encontramos de construcción de una política pública en materia contractual, la cual ha tenido importantes avances.

El contrato en general (civil, mercantil, contractual) para su eficacia y validez requieren de una serie de elementos esenciales, accidentales y naturales, para que nazcan a la vida jurídica se requiere necesariamente de los elementos esenciales, entre ellos la capacidad, consentimiento, objeto y causa, la falta de alguno de los anteriores elementos genera la inexistencia del contrato¹¹.

El artículo 8 del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, establecía inicialmente un número importante de inhabilidades e incompatibilidades para contratar, para de esta forma garantizar la materialización de los principios contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia valga decir, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, principios fundamentales en la contratación estatal.

De las primeras modificaciones y adiciones al artículo 8 de la ley 80, lo introduce el artículo 18 de la ley 1150 de 2007, la cual adiciona el literal j), en donde se pregona como inhabilidad para contratar la declaración de responsabilidad judicial por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato y soborno transnacional, pero en ningún momento habla de las llamadas inhabilidades presuntas o preventivas.

Con la expedición de la ley 2014 de 2019, el legislador es más severo en la aplicación de las inhabilidades para contratar, pues, ingreso un elemento nuevo al ordenamiento jurídico Colombiano, al crear las inhabilidades preventivas, las cuales proceden aun en los casos en los que esté pendiente una decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria, esto en los delitos en contra de la administración pública, ley 1474 de 2011, o cualquiera de las conductas delictivas contempladas en los convenios o tratados de lucha contra la corrupción y la conducta de soborno transnacional.

El proyecto de ley publicado en la gaceta No. 11171 establece como objeto del proyecto “ *Este proyecto de ley tiene como objetivo adoptar medidas para la sanción efectiva de los delitos cometidos contra varios de los delitos de la administración*

¹¹ Jorge Parra Benítez, Manual de derecho civil. Personas, familia y derecho de menores (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1988), 31.

pública, la administración de justicia y que afecten el patrimonio del Estado, a través de la eliminación de beneficios penales y de la modificación del régimen de inhabilidades para contratar con el Estado cuando se demuestra la comisión de actos de corrupción. Lo anterior, con el fin de garantizar el principio constitucional de igualdad y transparencia¹²”

La síntesis del proyecto de ley, es clara que la modificación del régimen de inhabilidades para contratar aplica cuando se demuestre la comisión de actos de corrupción.

Las afirmaciones anteriores sugieren que un gran número de leyes expedidas por el legislativo se dieron sin mayor debate, y más por la presión de los medios de comunicación y de los promotores de la consulta anticorrupción la cual fue votada el día 26 de agosto de 2018, y si bien, no fue aprobada conto con un número significativo de votantes, en total 11.671.420.

El deseo de la ley 2014 de 2019, es materializar el interrogante No. 2 establecida en la consulta anticorrupción la cual preguntaba.

¿Aprueba usted que las personas condenadas por corrupción y delitos contra la administración pública deban cumplir la totalidad de las penas en la cárcel, sin posibilidades de reclusión especial, y que el Estado unilateralmente pueda dar por terminados los contratos con ellas y con las personas jurídicas de las que hagan parte, sin que haya lugar a indemnización alguna para el contratista ni posibilidad de volver a contratar con el Estado¹³?

El sentido de la pregunta de la consulta popular y del objeto de la ley, es prohibición para contratar cuando se demuestre la ocurrencia de actos de corrupción, demostración que debe estar debidamente ejecutoriado y firme, es decir, fallado en segunda instancia, o casación, las afirmaciones anteriores sugieren que no se tiene

¹²Gaceta del Congreso Senado y Cámara - año XXVIII No. 1171 del lunes 2 de diciembre de 2019 – pagina 10 – informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 119 de 2019 Senado. 163 de 2018 Cámara.

¹³Presidencia de la República – Decreto 1028 del 18 de junio de 2018 “por el cual se convoca a una consulta popular y se dictan otras disposiciones” artículo primero. – pregunta 2 – cárcel a corruptos y prohibirles volver a contratar con el estado.

motivación y/o justificación de las razones de hecho o derecho que justificaron al legislativo establecer una inhabilidad preventiva.

En la parte conclusiva del proyecto de ley, reza:

Finalmente, sobre la terminación unilateral de contratos estatales con corruptos es necesario identificar las deficiencias normativas que se encuentran en la legislación vigente y aplicable respecto de la terminación de contratos en los que es parte el Estado, el primero de ellos es que, si bien, el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 señala que serán inhábiles para contratar quienes hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la Administración Pública, esta disposición no prevé las consecuencias cuando quienes son condenados tienen un contrato vigente con el Estado.

Finalmente, el artículo 9º de la misma ley habla sobre las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes en la que se obliga al contratista a ceder el contrato cuando sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad. Sin embargo, lo anterior no garantiza la verdadera separación del corrupto y los contratos estatales, porque cuando la entidad decide no aceptar la cesión se enfrenta a un dilema jurídico para aplicar la “renuncia a la ejecución” que debe hacer el contratista.

De manera práctica, la renuncia implicaría la terminación unilateral del contrato. No obstante, esta no es una de las causales señaladas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, por lo que las entidades no la aplican por temor a incurrir en prevaricato. Esta consecuencia es abiertamente insuficiente, pues la administración no cuenta con las herramientas para terminar unilateralmente los contratos en razón a las condenas de los corruptos y posteriormente ceder según criterios imparciales¹⁴.

¹⁴Gaceta del Congreso Senado y Cámara - año XXVIII No. 1171 del lunes 2 de diciembre de 2019 – pagina 13 – informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 119 de 2019 Senado. 163 de 2018 Cámara.

En conclusión, el legislativo incluyó un mico, a la norma, la cual no fue debidamente debatida ni estudiada sus implicaciones jurídicas las cuales desde ya pueden determinar un daño claro a las finanzas del Estado, por el hecho de legislador.

1.1. DERECHOS COLECTIVOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

El desarrollo de la Política pública, tiene especial relación con la evolución de los derechos colectivos, los cuales, son aquellos que pertenecen a la comunidad, su característica principal es que son derechos solidarios, que si bien pertenecen a cada uno de las personas, para su existencia se requiere la cooperación de la sociedad¹⁵. Por lo tanto, para la contratación estatal son de interés y relevancia el derecho al patrimonio público y la moralidad administrativa, pues, en cada uno de las etapas del proceso contractual debe ir inmerso el cuidado y protección de estos derechos, esto debido a que el fin principal del contrato estatal es la continua y eficiente prestación de los servicios públicos¹⁶, y en ellos se encuentra inmerso necesariamente un componente económico.

1.1.2 PATRIMONIO PÚBLICO

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-341 de 2016. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. *“Ha precisado la jurisprudencia constitucional, la diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos colectivos. La Sala Plena de la Corte definió el derecho colectivo como el “interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares”. En el mismo sentido indicó, que “los derechos colectivos se caracterizan porque son derechos de solidaridad, no son excluyentes, pertenecen a todos y cada uno de los individuos y no pueden existir sin la cooperación entre la sociedad civil, el Estado y la comunidad internacional. En este sentido los derechos colectivos generan en su ejercicio una doble titularidad, individual y colectiva, que trasciende el ámbito interno” y agregó que el interés colectivo “pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección”. De otra parte, la Corporación afirmó que: “un derecho es fundamental y, por consiguiente, puede ser protegido por vía de tutela cuando se demuestre la afectación subjetiva o individual del demandante y, será colectivo, protegido mediante la acción popular, cuando afecte a una comunidad general que impida dividirlo o materializarlo en una situación particular”.*

¹⁶ Colombia, Congreso de la República Ley 80 de 1993, artículo 3 **ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de 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.

El artículo 4 de la ley 472 de 1992, establece como un derecho e interés colectivo el patrimonio público¹⁷ este derecho colectivo corresponde a los bienes y derechos que el Estado es propietario o tiene algún título o derecho sobre el mismo, estos bienes son trascendentales para el cumplimiento de las metas y fines propios del estado, este derecho busca que la protección, conservación y utilización del patrimonio Público sea bien utilizado, administrados de forma eficiente y responsable¹⁸.

En efecto el patrimonio público se desarrolla en los principios de eficacia, eficiencia y transparencia de los recursos públicos, de igual manera, tiene relevancia directa en que los recursos públicos a invertir o a utilizar tengan antes de su uso un proyecto avalado en donde se demuestre que su utilización representa una utilidad para la población, esto en virtud del principio de planeación propio de la contratación estatal.

Sin duda alguna el patrimonio público se encuentra inmerso en la mayoría de los procesos contractuales que adelanta el estado colombiano, es así, que el registro presupuestal es un requisito para la ejecución del contrato, que constata la existencia de recursos públicos para la buena realización del contrato.

Una de las razones por las cuales, se argumenta la necesidad de las inhabilidades preventivas en la protección del patrimonio público, es la de garantizar los recursos

¹⁷Colombia, Congreso de la República Ley 472 de 1998, artículo 4 "en derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público; f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

¹⁸ Sentencia 1059 (AP-518) Consejo de Estado - MP- Ricardo Hoyos Duque. En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público cabe señalar que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que "por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. Nota de Relatoría: Se acoge a la definición de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia del 31 de mayo de 2002, Exp. 9001

públicos, sin embargo no se pone en riesgo el patrimonio público cuando existe una inhabilidad sobreviniente en relación con una condena en primera instancia, máxime que es obligación de las entidades públicas análisis y amparar los riesgos en los procesos contractuales con aseguradoras que garantizan el cumplimiento del contrato, por otro lado, existen formas para garantizar que lo cancelado sea realmente lo ejecutado, es decir que se adelante la cancelación mediante actas parciales de avance del objeto contractual, o en su defecto pagos contra entrega, lo anterior mínima o elimina cualquier riesgo en relación con la inexecución del contrato.

Por otro lado, y en evento que las medidas de inhabilidad preventivas, tengas como finalidad la protección del patrimonio público y la moralidad administrativa, deberían ser aplicadas en el mismo modo en la decisiones de los procesos de primera instancia en los diferentes órganos de control, es decir, aplicación de las medidas preventivas en los fallos de primera instancia de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República en donde se discuta la responsabilidad de los investigados por actos de corrupción en la contratación pública, pero en estos casos, el ordenamiento jurídico es claro y contundente al establecer que la sanción se aplica una vez exista fallo debidamente ejecutoriado y en firme.

1.1.3 MORALIDAD ADMINISTRATIVA.

La moralidad administrativa es uno de los conceptos que por sí solos no se puede desarrollar, es más el mismo Consejo de Estado, ha tenido dificultades para encontrar la moralidad administrativa en la conducta de los servidores públicos, esto debido a que es un concepto jurídico indeterminado, que ostenta un amplio margen interpretativo¹⁹.

¹⁹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Subsección B- Sentencia No. 20440089401 MP. Ramiro Pazos Guerrero. "Es oportuno afirmar que la definición de moralidad administrativa no ha estado exenta de dificultad en el curso de las acciones judiciales tendientes a su defensa, concepto jurídico indeterminado que da lugar a un amplio margen interpretativo sobre su definición y alcance.

En tal sentido el Consejo de Estado, mediante sentencia 20440089401 MP. Ramiro Pazos Guerrero, intento delimitar el concepto Moralidad administrativa en la materia de contratación estatal:

“Conforme a esos criterios, el concepto de moralidad administrativa se ligó en ocasiones al ejercicio de la función pública fundado en la legalidad y, en otras, a los principios constitucionales que la rigen y en busca de la satisfacción del interés general, sin perder de vista que ello no puede calificarse únicamente como una delimitación del alcance del derecho a las coincidencias entre lo moral y lo legal en sentido estricto, sino también a la luz de los principios y finalidades estatales de modo tal que “ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta”

En esos términos, la moralidad administrativa también se ha identificado con la idoneidad de la acción estatal para la concreción de los fines que le son propios en sus diversos ámbitos de competencia, lo que aterrizado al ámbito de la contratación estatal corresponde a la necesidad de que esta persiga ciertamente fines de satisfacción del interés general en las mejores condiciones posibles para los intereses públicos²⁰.

En conclusión, para determinar si se debe considerarse la moralidad administrativa, se debe probar la violación de una norma jurídica que tenga relación directa con la actividad de la administración pública, la afirmación anterior sugiere que la moralidad administrativa no puede ser definida de forma general por el contrario, depende de otras normas jurídicas que deben analizarse de forma objetiva (análisis del fondo) y subjetiva (juicio específico del caso en concreto) para cada situación propia de la administración

Es así como según los postulados y jurisprudencia emitida por el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, para que se viole la moralidad administrativa debe

²⁰Consejo de Estado. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1 de diciembre de 2015, exp. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

existir una violación a la norma dentro del mismo caso o proceso contractual, caso que no aplica para las medidas de inhabilidad preventivas, lo anterior debido a que si bien, podría existir la violación a normas de orden penal en contra de la administración pública las mismas se dan en otros procesos y por conductas diferentes, por ende la existencia de las medidas preventivas no buscan proteger la moralidad administrativa²¹.

Capitulo II. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LAS INHABILIDADES PARA CONTRATAR

El fundamento constitucional de las inhabilidades en Colombia tiene su génesis en el artículo 209 de la Carta de 1991²², al determinar que la función administrativa está al servicio del interés general y se ejecuta en relación a los principios de Igualdad, Moralidad, Eficacia, Económica, Celeridad, Imparcialidad y Publicidad.

La ley 80 de 1993, también llamada la ley de principios de la actividad contractual, establece que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal, se deberán desarrollar con arreglo a los principios de transparencia, económica, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa²³. Incluyendo una seria importante de inhabilidades para contratar con el Estado.

En lo que respecta a las inhabilidades para contratar mediante el acto legislativo No. 01 de 2019, se establece nuevas disposiciones constitucionales, relacionadas con la prohibición de contratar con el estado en los casos de personas que hayan sido condenadas por delitos que afecten el patrimonio del Estado²⁴.

²¹Consejo de Estado. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1 de diciembre de 2015, exp. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), M.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

²²Constitución Política de Colombia – 1991. Artículo 209 - La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

²³ Congreso de la Republica, ley 80 de 1993, artículo **23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES**. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

²⁴Acto legislativo No. 09-2009, artículo 4. “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, 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

Es claro que las inhabilidades como las incompatibilidades son de origen legal o constitucional²⁵, debido a las restricciones de los derechos y libertades que ellas generan, las inhabilidades deben de igual forma tener una vigencia clara y taxativa, lo cual no se encuentra en la inhabilidad preventiva contenida en el artículo 8 literal J de la ley 80, pues, al contemplar una prohibición protectora del interés público sujeta a un fallo de segunda instancia o casación genera que la inhabilidades preventiva y provinciales se convierta en permanentes y casi que perpetuas, lo anterior debido al tiempo y los problemas de la congestión judicial en el país.

La libertad de configuración del legislador que se evidencia en el artículo 122 de la Constitución, en relación con la libertad de configuración de inhabilidades del legislador, establece: “*sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley*”, empero dicha libertad no le permite al Congreso contrariar disposiciones de estirpe Constitucional como es el debido proceso y la presunción de inocencia y el bloque de constitucionalidad.

En conclusión, la inhabilidad contractual la podemos resumir en la incapacidad para celebrar contratos con el Estado a partir de previsiones normativas de rango constitucional o legal.

2.1. TIPOS DE INHABILIDADES.

2.1.1 INHABILIDAD GENERADA COMO CONSECUENCIA DE UNA CONDENA O SANCIÓN.

Este primer tipo de inhabilidad se presenta como resultado de la imposición de una condena en firme y ejecutoriada, o de una sanción disciplinaria o fiscal, en este caso las inhabilidades son permanentes o temporales. Teniendo una consecuencia general respecto al desempeño de funciones públicas y la celebración de contratos estatales, las inhabilidades permanentes como se mencionó anteriormente tienen la particularidad de permanecer en el tiempo, esto es, cuando se presenta una

pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

²⁵Sala plena del Consejo de Estado. Sentencia 8 de febrero de 2011, MP ***Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía Legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional*** “

condena debidamente ejecutoriada por la violación de un tipo penal en contra de la administración pública, por otro lado se encuentra las inhabilidades temporales las cuales son el resultado de sanciones disciplinarios, fiscales o de condenas por infracción de la ley penal por tipos penales diferentes a los contenidos en el artículo 2 de la ley 2014 de 2019.

En conclusión, en Colombia existen inhabilidades perpetuas y temporales dependiendo cada una de la situación jurídica por la cual se generó.

2.1.2 INHABILIDAD FUNCIONAL.

Este tipo de inhabilidades nacen del ejercicio de ciertas funciones públicas, en este caso las inhabilidades son permanentes o temporales. Pero en lo que respecta a la aplicación de la inhabilidad esta es de carácter restringido en relación con ciertos cargos o contratos con entidades públicas.

Este tipo de inhabilidades no nace como consecuencia de una condena o sanción, es una inhabilidad que busca la protección de los intereses públicos por la existencia de una relación o afinidad histórica existente entre el inhabilitado y el futuro cargo²⁶.

Un tercer tipo de inhabilidad es la creada mediante la ley 2014 de 2019, la cual será analizada en su integralidad en el título 2.4

2.1.3 INHABILIDADES SOBREVINIENTES EN MATERIA CONTRACTUAL

Se predica la inhabilidad sobreviniente en materia contractual cuando durante la etapa de ejecución del proceso contractual, se presenta una situación prevista en la ley como supuesto de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de

²⁶Sentencia C-353/09 Corte Constitucional MP. Jorge Iván Palacio “En el ordenamiento jurídico existen dos tipos de inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas. En el primer tipo están las inhabilidades que se fijan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria, evento en el cual las inhabilidades pueden ser de índole permanente o temporal y, en ambos casos, opera con carácter general frente al desempeño futuro de funciones públicas o respecto de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado. En el segundo tipo están las inhabilidades que se desprenden de una posición funcional o del desempeño de ciertos empleos públicos. Éstas pueden también ser permanentes o transitorias, pero, a diferencia del anterior grupo, no tienen carácter general y se aplican con carácter restringido sólo frente a los cargos o actuaciones expresamente señalados por la autoridad competente. Las inhabilidades del segundo tipo no representan una sanción sino una medida de protección del interés general en razón de la articulación o afinidad entre las funciones del empleo anterior y las del empleo por desempeñar”

ocurrencia posterior a la presentación de la oferta o ejecución del contrato, en este caso, no se genera la nulidad del contrato, pero si tiene consecuencias jurídicas respecto a la adjudicación del proceso o ejecución del contrato, depende del estado del proceso en el cual se presente la inhabilidad.

2.1.4 INHABILIDADES PREVENTIVAS.

Como se ha dicho, el contrato estatal busca de forma general mejorar la calidad de vida de los asociados del estado Colombiano, mediante la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción del interés general, esta importancia del contrato estatal determina que su ejecución del objeto contratado sea un asunto de interés estatal, por lo anterior la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución, uno de ellos es las llamadas inhabilidades preventivas o supuestas.

La ley 2014 de 2019, establece una nueva categoría de inhabilidad, la cual, no se encontraba prevista en el estatuto general de la contratación, y es la inhabilidad preventiva²⁷

²⁷ Colombia, Congreso de la República ley 2014 de 2019, Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá 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, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

2.1.5 INHABILIDADES PREVENTIVAS SOBREVINIENTES.

Se predica que las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando ya se ha perfeccionado el contrato estado y el mismo se encuentra en su etapa de ejecución y en esa etapa se presenta la inhabilidad o incompatibilidad en el contratista. Su tratamiento se encuentra la ley 2014 de 2019, la cual adiciona el literal J del número 1 de la ley 80 de 1993 o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato, y la entidad mediante acto administrativo ordenara la cesión unilateral del control sin lugar a indemnización alguna²⁸.

En lo que respecta a la consecuencia jurídica de la inhabilidad sobreviniente en el evento de una condena en primera instancia por delitos en contra de la administración pública y aquellos contenidos en el artículo 2 de la ley 2014 de 2019, es la cesión unilateral por parte de la entidad sin lugar a indemnización al contratista inhábil.

Es de resaltar que las entidades públicas sometidas al régimen de la ley 80 de 1993, en la actualidad no cuentan con un procedimiento que determine la cesión del contrato en eventos de inhabilidades sobrevinientes, lo anterior, debido a que el parágrafo 2 del artículo 9 de la ley 2014 de 2019, fue declarado inexecutable, en el entendido que le corresponde al legislativo y no al ejecutivo consagrar mediante una ley el procedimiento de cesión del contrato.

2.2. PENAS ACCESORIAS EN DERECHO PENAL APLICABLES A LA CONTRATACION ESTATAL.

²⁸Colombia, Congreso de la República Ley 2014 de 2019 – congreso de la república- artículo 6 parágrafo 1. “PARÁGRAFO 1o. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil”.

La pena accesoria en el derecho penal, es aquella diferente a la privación de la libertad, pero que imponen definitivamente la pérdida o privación de otros derechos, por ende, la inhabilidad para contratar como pena accesoria es concurrente con la privación de la libertad, es decir su cumplimiento, aplicación y ejecución es simultánea con la privación de la libertad, por lo tanto la importancia que sea un juez constitucional quien adelante la individualización de la pena, esto de conformidad con los postulados del Código Penal²⁹.

2.2.1 INHABILIDADES PREVENTIVAS EN EL DERECHO PENAL.

El artículo 2. De la ley 2014 de 2019, "*por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones*" modifica el literal J numeral 1 del artículo 80 de 1993, quedando así:

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

En efecto, el artículo mencionado indica los siguientes tipos penales contenidos en la ley 599 de 2000, modificado por la ley 1474 de 2011, ley 1288 de 2009, ley 1453 de 2011, peculado por apropiación, peculado por uso, peculado por aplicación oficial diferente, peculado por uso, omisión del agente retenedor o recaudador, destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido

²⁹ Colombia Congreso de la Republica, ley 599 de 2000, artículo 59. "**MOTIVACION DEL PROCESO DE INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.** Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena".

de explotadores y comerciantes de metales preciosos, concusión, cohecho propio, cohecho impropio, cohecho por dar u ofrecer, violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, intereses indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tráfico de influencias del servidor público, enriquecimiento ilícito, prevaricato por acción, prevaricato por omisión, abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, abuso de autoridad por omisión de denuncia, revelación de secreto, utilización de asunto sometido a secreto o reserva, información indebido de información oficial privilegiada, asesoramiento y otras actuaciones ilegales, intervención en política, empleo ilegal de la fuerza pública, omisión de apoyo, usurpación de funciones públicas, simulación de investidura o cargo, abuso de función pública, violencia contra servidor público, perturbación de actos oficiales, utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de la función pública, utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública, soborno transnacional, asociación para la comisión de un delito contra la administración pública

Al mismo tiempo la convención de las naciones unidad contra la corrupción establece en su capítulo III, la penalización y aplicación de la ley, consagrando los siguientes tipos penales. *“Soborno de funcionarios públicos nacionales, soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, tráfico de influencias, abusos de funciones, enriquecimiento ilícito, soborno en el sector privado, malversación o peculado de bienes en el sector privado, blanqueo del producto del delito, encubrimiento, obstrucción de la justicia, responsabilidad de las personas jurídicas, participación y tentativa, conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito, prescripción^{30*}”*.

³⁰Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito Viene - Nueva York 2004.

Por último, es la misma Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 30 numeral 7 reza:

Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para: a) Ejercer cargos públicos; y b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado³¹ (subrayado fuera del texto original)

Lo contemplado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es contundente al establecer que los procedimientos necesarios y aptos para inhabilitar es por mandamiento judicial o administrativo, los cuales necesariamente deben estar ejecutoriados y en firme, por ende, este tipo de normas preventivas podría suponer fácilmente la trasgresión del convenio de las naciones unidas, la cual hace parte integral del ordenamiento jurídico colombiano³².

2.2.2 LA INHABILIDAD Y PERDIDA DE DERECHOS COMO PENA ACCESORIA DEL DERECHO PENAL.

³¹Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito Víene - Nueva York 2004.

³²Constitución Política de Colombia, artículo 93 "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. <Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

La inhabilidad preventiva contenida en el artículo 2 de la ley 2014 de 2019³³, corresponde en realidad a una pena accesoria, de las establecidas en el artículo 52 de la ley 599 de 2000³⁴, este tipo de penas accesorias, solamente las puede imponer un juez de la república, cuando tenga relación directa con la ejecución de la conducta tipificada y condenada, es de anotar que toda sentencia deberá estar fundamentada exclusivamente sobre los motivos de la pena, es decir, debe existir un relación directa entre los hechos imputables y la sanción.

De lo anterior se desprenden que el cumplimiento de las penas accesorias (inhabilidad) en el derecho penal, son concurrentes con la privación de la libertad, es decir su cumplimiento, aplicación y ejecución es simultánea con la privación de la libertad³⁵, la cual inicia con fallo debidamente ejecutoriado, lo anterior conlleva afirmar que las inhabilidades preventivas podrían incluso violar el principio constitucional de *NON BIS IN IDEM*, principio que hace parte del debido proceso sancionador, y prohíbe que una persona por el mismo hecho, le sean impuestas varias sanciones³⁶.

³³Colombia, Congreso de la Republica, ley 2014 de 2019, artículo 2." (...) Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria. (...)"

³⁴Colombia, Congreso de la Republica, ley 599 de 2000, artículo 52. Penas accesorias "las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena.

En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59.

En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51.

³⁵Colombia Congreso de la Republica, ley 599 de 200, artículo 53 "las penas privativas de otros derechos concurrentes con una privativa de la libertad, se aplicarán y ejecutarán simultáneamente con está su cumplimiento, el Juez oficiosamente dará la información respectiva a la autoridad correspondiente

³⁶Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett "*Esta prohibición del doble enjuiciamiento, o principio del non bis in ídem, busca evitar que las personas estén sujetas a investigaciones permanentes por un mismo acto. Esta Corte ha reconocido además que en el constitucionalismo colombiano, este principio no se restringe al ámbito penal sino que "se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)". Sin embargo, la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. Esta Corte ha precisado que el non bis in ídem veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción*".

La Corte Constitucional, ha definido las reglas que definen el presupuesto de la violación del principio de *NON BIS IN IDEM*, estableciendo que: “*Para que exista una violación a la prohibición de doble enjuiciamiento es necesario, como ya lo ha señalado esta Corte, que (I) exista identidad de causa, (II) identidad de objeto (III) identidad en la persona*³⁷”

Atendiendo las anteriores consideraciones, se afirma, la existencia de dos sanciones idénticas, la primera la consagrada en el derecho penal, la cual es una pena accesoria a la sanción principal, que se da siempre mediante un fallo de un juez constitucional, y la segunda que es una medida de inhabilidad que se da como consecuencia del juicio penal que falló en primera instancia.

2.2.3 FINALIDAD DE LA MEDIDA PREVENTIVA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL.

La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria³⁸

La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

Del artículo 7.3 de la Convención América sobre Derecho Humanos se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo

³⁷Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁸Corte IDH. Caso López Álvarez vs Honduras, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de febrero de 2016. Serie C No. 141.

eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena

En efecto, la medida preventiva de privación de la libertad, es similar a las inhabilidades preventivas consagradas en la ley 2014 de 2019, su tratamiento y nivel de argumentación y necesidad debe ser similar, la inhabilidad debe ser la última ratio dentro de un proceso de contratación, máxime cuando la responsabilidad penal aún no se ha definido.

2.2.4 MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El Derecho penal cuenta con una serie de medidas cautelares, que están revistas de una carga por parte del operador judicial de análisis, argumentación y fundamentos probatorios, para su aplicación.

El artículo 92 y siguientes del Código de Procedimiento Penal reglamenta el procedimiento de las medidas cautelares sobre bienes del imputado, Regulando el momento del decreto de la medida, quien está legitimado por pasiva para solicitarla, así como el análisis de proporcionalidad que el juez debe realizar y de esta forma tomar una decisión al caso concreto.

Por lo anterior, y en el evento de existir algún tipo de medida preventiva de inhabilidad esta debería ser dictada por un juez constitucional al interior del proceso penal correspondiente, previo al análisis probatorio y factico, donde determine la necesidad o no de declarar una inhabilidad, establecido el monto, la forma y alcance de la misma.

2.3. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LAS INHABILIDADES PREVENTIVAS Y MEDIDAS CAUTELARES.

Para evitar, resarcir o solicitar el cumplimiento de la norma, existe una serie de acciones constituciones y legales las cuales permiten proteger al individuo, sociedad y al mismo estado, empero, el procedimiento y el debido proceso de las diferentes acciones no permiten una protección inmediata y urgente del bien del cual se pide o solicita su reclamación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el legislador contemplo la necesidad de introducir en el ordenamiento jurídico las medidas cautelares, las cuales en principio permiten obtener una protección provisional del derecho que se persigue. Empero, la aplicación de estas medidas trae consigo problemas de índole procedimental, factico, jurídico y probatorio y especialmente en el campo del prejuzgamiento.

Para intentar lograr que la protección judicial fuera medianamente efectiva, el legislador modifica el régimen de las medidas cautelares, con la finalidad de reforzar el ordenamiento jurídico, entregando nuevas herramientas al operador judicial, en conclusión, el Código General del Proceso es generoso y amplio en las medidas cautelares, permitiendo hasta que el juez decrete medidas innominadas y discrecionales en cualquier proceso declarativo

De lo anteriormente expuesto, se encuentran similitudes importantes, así como diferencias sustanciales con las medidas preventivas, si bien las dos apuntan a proteger un supuesto derecho que se encuentra en riesgo, su particularidad, procedimiento, especificidad, grado de argumentación y su evaluación doctrinaria, legal y jurisprudencial les otorgan confianza y legitimidad a las medidas cautelares. Caso que no ocurre con las inhabilidades provinciales para contratar.

2.3.1 PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

La Corte Constitucional ha creado una línea jurisprudencial en relación al principio de precaución, el cual consiste en evitar un riesgo probado que puede generar un

daño inminente en determinada actividad, especialmente en temas ambientales³⁹ y de salud pública.

Es así como, los elementos exigidos por la Corte Constitucional para la aplicación y adopción del principio de precaución, son:

*(i) que exista peligro de daño, (ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta, (iv) que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado*⁴⁰.

Si bien, la Corte ha definido este principio para temas ambientales y de salud, pública, en virtud del artículo 2 de la ley 2014 de 2019, y del artículo 26 de la ley 80, podríamos aplicarlo a los postulados de las inhabilidades preventivas contractuales y de esta forma intentar justificar la creación y aplicación de este tipo de inhabilidades.

El principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 del Estatuto de Contratación⁴¹, establece una serie de responsabilidades y obligaciones a todos los partícipes de las etapas del proceso contractual (precontractual, contractual y

³⁹Corte Constitucional sentencia C-703 de 2010, MP. Gabriel Eduardo Mendoza “Los principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos”

⁴⁰Corte Constitucional sentencia C-703 de 2010, MP. Gabriel Eduardo Mendoza “La Corte ha advertido que la adopción de medidas fundadas en el principio de precaución debe contar con los siguientes elementos: (i) que exista peligro de daño, (ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta, (iv) que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado”

⁴¹Colombia, Congreso de la Republica, ley 80 de 1993, artículo 26, numeral 7 y 8 “7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

postcontractual), esto es, estructuradores de proyectos, estudios previos, comité evaluador, ordenador de gastos, interventor, supervisor, contratistas o colaboradores del estado, dentro del principio de responsabilidad se encuentra el deber de la entidad pública de velar por que los proponentes y contratistas del estado cumplan integralmente con el régimen de inhabilidades, y la obligación de estos últimos de informar sus habilidades para contratar, una vez ubicado el principio de precaución dentro del principio de responsabilidad de la contratación pública, se aplicarán los elementos exigidos por la corte para la aplicación del principio de precaución, ajustándolo al patrimonio público. Siguiendo esta directriz se adelantarán algunas modificaciones a los elementos exigidos por la corte así.

*(i) que exista peligro de daño, (ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza de incumplimiento del contrato (iv) que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir el respeto por el interés común y el patrimonio público y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado*⁴².

Estos serían los interrogantes y los elementos para la aplicación del principio de precaución en materia contractual, específicamente para determina la necesidad de la aplicación de las inhabilidades preventivas, ahora el hecho que una vez aplicados los elementos al caso concreto no quiere decir que no se violan derechos fundamentales en su aplicación.

Como se observa el principio de precaución podría utilizarse por tener relación directa con el principio de responsabilidad de la contratación pública, y justificaría importantes decisiones. Solo queda esperar su desarrollo legal y jurisprudencial.

Es de resaltar que las entidades públicas sometidas al régimen de la ley 80 de 1993, en la actualidad no cuentan con un procedimiento que determine la cesión del contrato en eventos de inhabilidades sobrevinientes, lo anterior, debido a que el parágrafo 2 del artículo 9 de la ley 2014 de 2019, fue declarado inexecutable, en el

⁴²Corte Constitucional sentencia C-703 de 2010, MP. Gabriel Eduardo Mendoza “La Corte ha advertido que la adopción de medidas fundadas en el principio de precaución debe contar con los siguientes elementos: (i) que exista peligro de daño, (ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta, (iv) que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado”

entendido que le corresponde al legislativo y no al ejecutivo consagrar mediante una ley el procedimiento de cesión del contrato.

Capítulo III. INHABILIDADES PREVENTIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Los países de América Latina han modificado y actualizados sus estatutos de compras públicas, con la finalidad de garantizar la eficacia, transparencia economía en la distribución y gasto de los recursos públicos, generando alternativas que garantiza mayor número de oferentes en los procesos adelantados, así como la idoneidad de los futuros contratistas.

La globalización del comercio y la suscripción de tratados de libre comercio por parte de los estados de América Latina, han generado que se eliminen las barreras en la contratación pública, hoy en día, con la puesta en funcionamiento de la Plataforma Transaccional de Secop II, se garantiza que cualquier persona del mundo pueda presentar una propuesta en tiempo real y de esta forma pueda ser colaborador del estado mediante un contrato estatal.

La apertura de los mercados de la gran mayoría de los estados, ha permitido simultáneamente que los procesos de contratación y sus reglas para acceder a los contratos sean cada día más transparentes y objetivas, eliminado cualquier punto de subjetividad en la adjudicación de los procesos, de igual forma, los estados deben generar disposiciones normativas que garanticen que sus colaboradores en la realización de sus fines sean idóneos para la prestación del servicio por ende la necesidad de contar con un régimen de inhabilidades que sea objetivo.

A nivel Latinoamérica los mercados se han vuelto cada día más unificados o comunes, (multilateral, como lo llama la Organización Mundial del Comercio)⁴³ por lo tanto la obligación y necesidad que los estados unifiquen y reglamenten las fases de los procesos de contratación, respetando los principios de transparencia selección objetiva.

⁴³ Banco Interamericano de Desarrollo - Innovación en los métodos de contratación pública en América latina y el caribe. Biblioteca Felipe herrera.

Para permitir el acceso de la contratación pública por parte de los estados se han creado áreas o grupos de trabajo, por ejemplo el Grupo de Trabajo sobre Transparencia en Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Contratación Pública, el TLCAN (Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México), el Grupo de Negociación sobre Compras del Sector Público GNCSP del ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas), el Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos con la Comunidad Andina, el Comité Técnico sobre Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad del MERCOSUR⁴⁴, la creación de estos grupos o áreas son fundamentales para intentar globalizar el comercio y generar un ambiente de confianza entre los colaboradores de los estados garantizando en todo momento la transparencia, selección objetiva.

3.1. GRUPO DE TRABAJO SOBRE TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO.

En la declaración ministerial de Singapur, de la Organización Mundial del Comercio, adoptada el día 13 de diciembre de 1996, se estableció la necesidad de crear un grupo de trabajo que adelantara un estudio sobre la transparencia en las prácticas de contratación pública de las naciones, como resultado del trabajo y las conclusiones se debería expedir un acuerdo por parte de la OMC⁴⁵. Empero y después de varios encuentros no se llegó a obtener un acuerdo por parte de la Organización, y en la actualidad el grupo de trabajo se encuentra inactivo.

3.2. LEY MODELO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES Y DE OBRAS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.

El génesis de la creación de las inhabilidades preventivas a nivel internacional se encuentra en la resolución NO. 48/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprueba la ley modelo sobre la Contratación Pública de bienes y de obras, recomendando que los estados consideren e integren a sus ordenamientos jurídicos

⁴⁴ Banco Interamericano de Desarrollo - Innovación en los métodos de contratación pública en América latina y el caribe. Biblioteca Felipe herrera

⁴⁵ Organización Mundial del Comercio, Declaración Ministerial de Singapur – 13 de diciembre de 1996 (WT/MIN (96) DEC.

la ley modelo de contratación pública, recomendando lo siguiente: *“ley modelo sobre contratación pública que establezca procedimientos destinados a fomentar la integridad, la confianza, la imparcialidad y la transparencia en el proceso de contratación pública fomentará también la economía, la eficacia y la competencia en la contratación pública, promoviendo así un mayor desarrollo económico”*⁴⁶

Así pues, el artículo 6 de la ley modelo, establece las condiciones exigibles a los proveedores o contratistas, señalando las capacidades e inhabilidades para contratar⁴⁷, encontrando la capacidad técnica, jurídica, económica y experiencia, y en el campo del presente trabajo, establece como prohibición para contratar con los estados el haber sido condenado por un delito relativo a la conducta profesional o fundado en una declaración falsa o fraudulenta acerca de su idoneidad, solicitando que los estados deberán fijar el plazo de la inhabilidad⁴⁸.

La inhabilidad o prohibición para contratar en casos de condenas en firme se encontraba ya desde el año de 1996, con la promulgación de la ley modelo en contratación de las Naciones Unidas, es decir, que dicha inhabilidad no es nueva y se encuentra recogida en el derecho internacional, pero con la salvedad que la condena debe estar ejecutoriada no como en el caso colombiano.

3.3. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

La ley 412 de 1997, aprueba la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual fue suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, declara Exequible por medio de la sentencia C-397 de 1998, en efecto la CICC, no establece un catálogo de

⁴⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución No. 48/33 del 01 de febrero de 1994.

⁴⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución No. 48/33 del 01 de febrero de 1994 ley modelo sobre la Contratación Pública de bienes y de obras. 1) poseer la competencia técnica, los recursos financieros, el equipo y demás medios físicos, la capacidad empresarial, la fiabilidad, la experiencia, la reputación y el personal necesarios para ejecutar el contrato adjudicado; 2) tener capacidad jurídica para firmar el contrato adjudicado; 3) no ser insolventes ni encontrarse en concurso de acreedores, en quiebra o en proceso de liquidación, y que sus negocios no hayan quedado bajo la administración de un tribunal o de un administrador judicial, que sus actividades comerciales no hayan sido suspendidas ni se haya iniciado procedimiento judicial alguno contra ellos por cualquiera de las causas que anteceden; 4) haber cumplido con sus obligaciones fiscales y haber realizado sus aportaciones a la seguridad social en el Estado.

⁴⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución No. 48/33 del 01 de febrero de 1994 ley modelo sobre la Contratación Pública de bienes y de obras “5) no haber sido, ellos ni su personal directivo o ejecutivo, condenados por un delito relativo a su conducta profesional o fundado en una declaración falsa o fraudulenta acerca de su idoneidad para celebrar un contrato adjudicado en los años (el Estado promulgante fijará el plazo) anteriores al inicio del proceso de contratación, ni haber sido descalificados en razón de un proceso de inhabilitación o de suspensión administrativa.

inhabilidades, pero si pone de presente la importancia que los estados partes adelante acciones para prevenir y combatir la corrupción y pone de presente una seria de conductas que cada estado debe tipificar dentro de su ordenamiento jurídico como actos de corrupción⁴⁹.

El artículo 3 de la ley 412 de 1997, desarrolla el capítulo de la prevención de la CICC, estableciendo que los estados partes deberán incluir dentro de sus sistemas normativos instituciones para prevenir conflictos de intereses y asegurar el buen uso de los recursos públicos, de igual manera, recomienda crear, mantener y fortalecer los sistemas de control para ingreso de contratistas y funcionarios públicos, órganos de control y vigilancia, veedurías ciudadanas o mecanismos de participación ciudadana⁵⁰.

3.4. CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION

La resolución No. 58/4 del 31 de octubre de 2003 de las Naciones Unidas, “CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN”,

⁴⁹ Colombia, Congreso de la república. Ley 412 de 1997. “Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis”

⁵⁰ Colombia, Congreso de la Republica ley 412 de 1997. “Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis” artículo III-. Medias preventivas. A los fines expuestos en el artículo 2º de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1 Suscrito en Caracas, Venezuela el 29 de marzo de 1996.1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exija a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública. 2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta. 3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades. 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda. 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas. 6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción. 7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes. 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno. 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas. 10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción. 11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción. 12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.

aprobada en el ordenamiento jurídica mediante la ley 970 de 2005, declarara exequible por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-172 DE 2006, la cual visibiliza el problema de la corrupción a nivel mundial, considerando este problema como uno de los flagelos que perturban a todo el mundo, empero, con mayores implicaciones en los países en desarrollo afectando principalmente a la población pobre y vulnerable, ya que la corrupción desvía los fondos que van dirigidos a la atención de las necesidades básicas insatisfechas, servicios públicos y obras que mejoran la calidad de vida y garantizan el mínimo vital de la población pobre y vulnerable⁵¹.

Por lo tanto, y ante el problema de la corrupción, las Naciones Unidas presenta un instrumento que combatirá el flagelo de la corrupción, dejando un mensaje claro a los estados partes y a la comunidad internacional que la corrupción no debe ser tolerada y que se debe frenar, pues, esta, es una de las principales causas para paralizar el desarrollo y aumentar la pobreza⁵².

De este modo la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, crea principios, reglas y normas, que tiene como finalidad que los países partes la apliquen de forma integral y de esta manera reforzar sus disposiciones normativas contractuales internas. Una de las principales recomendaciones que adelanta la CMUCC es el ingreso de medidas preventivas a los ordenamientos jurídicos internos. En relación con estas últimas en su artículo 5, establece la necesidad de que cada estado parte integre en sus ordenamientos jurídicos internos políticas y prácticas de prevención de la corrupción, siempre respetando los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico⁵³.

⁵¹ Resolución No. 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidad. Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción - prefacio. La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.

Este fenómeno maligno se da en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo.

⁵² Resolución No. 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidad. Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción - prefacio.

⁵³Resolución No. 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidad. Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción – artículo 5. " *Artículo 5. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción*" 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los

La convención es clara y ordena que los estados adelanten políticas para la prevención de la corrupción, mas no está avalando la creación de medidas preventivas que inhabilitan, es decir, que la convención busca la activación de la sociedad civil, mediante mecanismos de participación ciudadana que generen control sobre la contratación pública, de igual forma fortalecer las instituciones públicas que vigilan la buena ejecución de los recursos públicos, como es el caso de las Personerías Municipales, Procuradurías, Contralorías y Fiscalías.

3.5. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO OCDE

Después de un arduo proceso iniciado en el año 2013, Colombia se convirtió formalmente en el país No. 37 en ser miembro de la OCDE, este proceso se dio el día 28 de abril de 2020, es de resaltar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), tiene como misión o finalidad el diseño de políticas que favorecen la prosperidad, la celeridad, eficacia y económica, así como la igualdad de oportunidades de los asociados de los países miembros.

El ingreso a la OCDE, representa en primer lugar la auditoria y revisión por parte de los diferentes comités, los cuales adelantan las observaciones y planes de mejora, para que el estado que se encuentra en proceso de vinculación adelante las reformas estructurales necesarias para ser miembro, entre ellas se encuentra el cambio del sistema normativo, en particular sobre cuestiones laborales, reforma al sistema de justicia, de gobierno, corporativo de las empresas de propiedad estatal, de anti – soborno, de comercio.

principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

2. Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.

3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.

4. Los Estados Parte, según proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas en el presente artículo. Esa colaboración podrá comprender la participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción.

El proceso de ingreso a la OCDE, permitió entre otras cosas, conocer las falencias y problemas internos y externos, especialmente en temas de organización, comercio, igualdad de oportunidades y corrupción.

En efecto, y con la finalidad de recoger las instrucciones y recomendaciones adelantadas por los veintitrés (23) comités de la OCDE, se promulgó la ley 1778 de 2016, “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”, esta norma, contempla un régimen sancionatorio para las personas jurídicas, dentro de las cuales se encuentran las contenidas en el artículo 5 así:

1. Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años.

La inhabilidad para contratar con el Estado iniciará a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada. Esta inhabilidad será impuesta a las personas jurídicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 o de la ley 80 de 1993.

3. Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

4. Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años.

El régimen sancionatorio para las personas jurídicas, trae consigo una particularidad que la diferencia de las inhabilidades preventivas recogidas en la ley 1778 de 2016, y es que contempla la iniciación de la sanción la cual está prevista y condicionada a la ejecutoriedad de la misma.

3.6. INHABILIDADES PREVENTIVAS VISTA DESDE LA CONVENCIÓN AMÉRICA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre derechos humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, reconoce la necesidad de brindar protección internacional a los derechos esenciales del hombre protección que coadyuvara con las disposiciones normativas del derecho interno de cada una de las naciones que hace parte.

El artículo 8 de la convención es claro, y contundente al prohibir penas o inhabilidades presuntas, o preventivas, sin limitación temporal, al respecto el numeral 2 establece, el principio y derecho de presunción de inocencia hasta tano no se establezca legalmente su culpabilidad⁵⁴.

⁵⁴ Convención Americana sobre derechos humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 – artículo 8. “Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de forma clara reconoce el derecho de que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a las disposiciones normativas de cada uno de los estados⁵⁵.

En conclusión, las medidas preventivas es una manera informal de anticipar una pena o sanción aleatoria, pues, se está sancionada sin tener certeza del resultado del fallo de segunda instancia, que en muchos es absolutorio.

Capítulo IV MARCO JURÍDICO DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EJECUTORIA DE LOS FALLOS JUDICIALES.

Otro de los elementos principales en las actuaciones administrativas y la contratación estatal es el principio del debido proceso, el cual pregona que cada una de sus etapas que conforman o integran el proceso contractual este fundamentada en el derecho al debido proceso.

El artículo 29 de la carta de 1991, es claro y contundente al establecer el derecho fundamental de presunción de inocencia:

⁵⁵Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos. Adoptado mediante resolución 2000 A (XXI) de 16 de diciembre de 1996. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho⁵⁶.

Por lo tanto, se encuentra un conflicto entre las inhabilidades preventivas establecidas en el literal J del artículo 8 de la ley 80 de 1993 y lo contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, Pues claramente se prohíbe o inhabilita a una persona para participar en proceso de contratación sin tener una sentencia condenatoria ejecutoriada.

4.1. ECUTORIA Y FIRMEZA DE LOS FALLOS JUDICIALES.

La ejecutoria es una característica de los efectos jurídicos de las providencias judiciales, la cual, y una vez configurada permite que la decisión judicial sea imperativa y obligatoria, en tal sentido el artículo 302 del Código General del proceso, pregona que la sentencia se encuentra ejecutoriada cuando, las providencias no sean impugnadas o no admitan recursos algunos, o una vez resuelta la solicitud de aclaración de la providencia⁵⁷.

⁵⁶Constitución Política de Colombia – 1991. Artículo 29 “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

⁵⁷Congreso de Colombia, ley 1564 de 2012, artículo 302 “las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

En ese mismo contexto la Corte Constitucional, aclara de forma contundente cuando se entiende que una providencia adquiere ejecutoria, así, “(i) No procede recurso alguno, o (ii) se omite su interposición dentro del término legal previsto, o (iii) una vez interpuestos se hayan decidido; o (iv) cuando su titular renuncia expresamente a ellos”⁵⁸.

Es así como el efecto jurídico principal de la ejecutoria de una providencia, es que la decisión judicial lógicamente resulta obligatoria para las partes del proceso, generado con esto una seguridad jurídica y el cumplimiento de los postulados de acceso a la administración de justicia y finalmente entregándole una seguridad al imputado o investigado sobre el momento de ejecución o cumplimiento de la condena⁵⁹.

Lo anterior nos lleva fácilmente a concluir que los efectos de las providencias y su firmeza se adquiere una vez ejecutoriada, y que solamente las decisiones judiciales son obligatorias una vez adquiera ejecutoria⁶⁰.

La ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, en el capítulo VIII y IX establece el tipo de recursos, procedencia y efectos de los mismos, establecido que en materia penal, se encuentran entre otros el recursos de apelación y casación, es decir, que un proceso penal, para que cobre ejecutoria deberá eventualmente suplir estos dos etapas o recursos procesales,

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos

⁵⁸Corte Constitucional, sentencia C-641-02 MP. Rodrigo Escobar Gil, “La ejecutoria consiste en una característica de los efectos jurídicos de las providencias judiciales que se reconocen por la imperatividad y obligatoriedad, cuando frente a dichas determinaciones: (i) No procede recurso alguno, o (ii) se omite su interposición dentro del término legal previsto, o (iii) una vez interpuestos se hayan decidido; o (iv) cuando su titular renuncia expresamente a ellos”.

⁵⁹Corte Constitucional, sentencia C-641-02 MP. Rodrigo Escobar Gil “Es pertinente resaltar algunos de los efectos jurídicos que se producen a partir de la ejecutoria de una decisión judicial: (i) El fallo resulta obligatorio para los sujetos procesales y, por ello, es susceptible de ejecución, o en otras palabras, la sentencia ejecutoriada constituye un verdadero título ejecutivo; (ii) La determinación tiene un alcance imperativo o de obligatorio cumplimiento en relación con los distintos sujetos procesales y en frente a las autoridades públicas, en la medida en que puede imponer a otros funcionarios distintas obligaciones o precisar una determinada condición de la persona ante la sociedad, por ejemplo, mediante la identificación de un estado civil; (iii) Así mismo, permite garantizar la vigencia del orden jurídico como atributo de la soberanía estatal, ya que las decisiones judiciales deben ser observadas y respetadas por todos los operadores jurídicos. Por último, (iv) establecen una obligación de conducta a cargo de algunos sujetos procesales que debe ser acatada voluntaria o coactivamente”.

⁶⁰Corte Constitucional, sentencia C-641-02 MP. Rodrigo Escobar Gil “En materia de ejecutoriedad de decisiones judiciales, existen las siguientes reglas: (i) Ninguna providencia judicial queda en firme sino una vez ejecutoriada, aun cuando eventualmente puede llegar a ser obligatoria si se conceden los recursos en el efecto devolutivo; y por otra parte, (ii) Solamente cuando las decisiones judiciales quedan ejecutoriadas son de estricto cumplimiento, sin embargo, la producción de sus efectos jurídicos supone el conocimiento previo de los sujetos procesales”.

en este orden de ideas, una medida preventiva con la inhabilidad que consagra la ley 2014 de 2019, podría ser una medida supremamente amplia en el tiempo, es decir una medida preventiva que sería desde el fallo de primera instancia hasta la decisión del recurso de casación.

En este orden de ideas, se analizan dos hipótesis, el primero, corresponde al evento en el cual, en el recurso extraordinario de casación, se revoque la medida tomada en primera instancia, es decir, sería una inhabilidad preventiva que generaría un daño por el hecho del legislador, por el tiempo que la persona se encontró inhabilidad sin existir razón, fundamento de los anterior es la revocatoria de la sanción penal. El segundo evento, corresponde que, en el recurso de apelación o casación, se confirme efectivamente la decisión de primera instancia, en este caso se empezara a contar la pena accesoria de inhabilidad a partir de la ejecutoria de la misma, es decir, que la inhabilidad preventiva será mayor a la accesoria, o en su defecto se le condenara con inhabilidad en dos oportunidades una preventiva y una accesoria de la sanción penal.

4.2. POLÍTICAS DE PREVENCIÓN DEL DAÑO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

El artículo 229 de la carta de 1991, establece el derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia⁶¹, ahora bien. Este derecho debe ser protegido de forma real y cierta, el cual se materializa con una decisión de fondo, sin importar el sentido de la misma, la protección de este derecho debe ser pronto, eficaz con la finalidad de realmente garantizar la efectividad del derecho⁶². El acceso a la

⁶¹Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 229 “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”

⁶²Corte Constitucional. Sentencia T-283 de 2013. JORGE IGNACIO PRETEL. *El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Aquella prerrogativa de la que gozan las personas, naturales o jurídicas, de exigir justicia, impone a las autoridades públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garantes de todos los derechos ciudadanos, distintas obligaciones para que dicho servicio público y derecho sea real y efectivo. En general, las obligaciones que los estados tienen respecto de sus habitantes pueden dividirse en tres categorías, a saber: las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar los derechos humanos. Con base en esta clasificación, a continuación, se determinará el contenido del derecho fundamental a la administración de justicia. En primer lugar, la obligación de respetar el derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización. Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta. En segundo lugar, la obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho. En tercer lugar, la obligación de realizar implica el deber del Estado de (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer*

administración de justicia es uno de los pilares en el cual sienta el Estado Social de Derecho, pues, es el acceso o génesis para que los afiliados del estado debatan y argumenten sus controversias ante las autoridades judiciales, administrativas y policivas, para de esta forma lograr la efectividad de sus derechos fundamentales, civiles, administrativos, grupales etc.⁶³.

Es así como, en extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional en donde ha manifestado que el acceso a la administración de justicia, debe ser eficaz, eficiente, pronto y oportuno, respetando los términos de cada proceso en particular, declarando procedente la acción constitucional de tutela⁶⁴ para proteger el derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia, siempre y cuando se den una serie de requisitos para que prospere⁶⁵.

efectivo el goce del derecho. Facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones

⁶³Corte Constitucional, Sentencia T-799-2011 MP – HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. *El derecho fundamental de acceso a la administración de justicia se encuentra consagrado en el artículo 229 de la norma superior en los siguientes términos: Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. Este derecho ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley. Por medio de su ejercicio se pretende garantizar la prestación jurisdiccional a todos los individuos, a través del uso de los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. De esta forma, el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un presupuesto indispensable para la materialización de los demás derechos fundamentales, ya que, como ha señalado esta Corporación “no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”. Por consiguiente, el derecho de acceso a la administración de justicia se erige como uno de los pilares que sostiene el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que abre las puertas para que los individuos ventilen sus controversias ante las autoridades judiciales y de esta forma se protejan y hagan efectivos sus derechos.*

⁶⁴Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 86. “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

⁶⁵ Sentencia SU-333-2020 Sala Plena de la Corte Constitucional.

La problemática de la congestión judicial ha sido tratada de igual forma por la Corte Interamericana de Derechos humanos, quien igualmente establecido unos criterios para determinar cuándo un estado ha desconocido las garantías fundamentales en lo que respecta al acceso a la administración de justicia y la prontitud en la toma de decisiones, así. “i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; y iii) la conducta de las autoridades públicas⁶⁶”

En resumen, la jurisprudencia constitucional ha determinado criterios para establecer si la mora en la decisión de las autoridades judiciales es justificada o injustificada, dependiendo claramente de los criterios definidos, ahora bien, aparte que exista un motivo en la mora de la toma de la decisión es claro que independientemente que exista motivación se viola el debido proceso y el acceso eficiente a la administración de justicia.

4.3. LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE INHABILIDADES.

El legislador goza de un amplio margen de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para el ejercicio de la actividad contractual, ingresos a cargos públicos, participación en cargos de elección popular entre otras actividades, empero, en el trabajo de la configuración de las inhabilidades, debe siempre respetar la Constitución y el bloque de constitucionalidad, esto, debido principalmente a que el legislador debe respetar los principios, valores, reglas y derechos fundamentales consagrados en las normas superiores⁶⁷.

-
- i) Una persona, en ejercicio del *ius postulando*, puede dirigir peticiones a las autoridades judiciales sobre los procesos que adelantan en sus despachos, es decir de contenido jurisdiccional. En dichas situaciones, la respuesta se somete a las normas legales del proceso judicial respectivo y no a la Ley Estatutaria del derecho de petición.
 - ii) En caso de omisión de respuesta, se incurre en una vulneración del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, salvo que la dilación esté válidamente justificada. En relación con estas omisiones judiciales, la acción de tutela resulta formalmente procedente cuando (i) no se cuenta con un mecanismo judicial ordinario para impulsar el proceso (como consecuencia de un estado de indefensión, entre otras razones); (ii) el ciudadano se ha comportado activamente y ha impulsado el avance del proceso, y (iii) la omisión judicial no se debe a conductas dilatorias, o no es atribuible al incumplimiento de cargas procesales.
 - iii) Se presenta una mora judicial injustificada si: (i) es fruto de un incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial; (ii) no existe un motivo razonable que justifique dicha demora, como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo, y (iii) la tardanza es imputable a la omisión en el cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad judicial.

⁶⁶Corte interamericana de Derechos humanos – Costa Rica – la Congestión judicial.

⁶⁷Corte Constitucional, Sentencia C-311-2004 MP- Álvaro Tafur Galvis. “ La Corte ha señalado que el Legislador goza de un amplio margen de configuración en materia de establecimiento de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de

La Corte Constitucional ha mantenido la postura relacionada con la libertad de configuración legislativa en temas de inhabilidad e incompatibilidad, pero, no toda libertad es absoluta, en este caso la libertad viene con restricciones. Es así que los límites del legislativo en la configuración conllevan la carga de argumentar, evaluar y establecer el alcance de los hechos, actos que constituyen la inhabilidad, así como el tiempo de la sanción⁶⁸.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, es claro que al Congreso de la República le asiste una carga argumentativa y de identificación de los límites temporales de las inhabilidades que consagra en las leyes que expide, en tal sentido la configuración en materia de inhabilidades, debe respetar siempre el principio de supremacía de la constitución⁶⁹, por lo tanto, el legislador no puede regular situaciones como las inhabilidades preventivas, que contrarían los preceptos constitucionales y el mismo bloque de constitucionalidad.

4.4. DAÑO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR.

La línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha variado constante en lo que respecta al hecho del legislador, la postura inicial correspondía a que los efectos de una norma declarada inconstitucional hacia el futuro, no podría tener como resultado

funciones públicas, que debe respetar, sin embargo, los límites que en este campo impone la , bien porque ella haya fijado de manera explícita determinados parámetros, bien porque la actuación del Legislador deba subordinarse a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos y en particular los determinados en los artículos 13, 25, 26 y 40-7 superiores. La Corte ha precisado que el alcance concreto de la potestad de configuración del legislador, en éste, como en los demás casos, dependerá de la precisión con la que la Constitución haya regulado la institución jurídica de que se trate y que en este sentido la posibilidad que en cualquier circunstancia tiene el Legislador para desarrollar la Constitución dependerá en su alcance del margen que haya dejado la Constitución.

⁶⁸Corte Constitucional, Sentencia C/500 de 2014. MP. Mauricio González Puerto. “La jurisprudencia de este Tribunal ha caracterizado la competencia legislativa en esta materia. Así, aunque el Constituyente estableció en algunos casos el régimen de inhabilidades, ha concluido que eso no impide al legislador adoptar disposiciones sobre el particular. Por ello, en atención a lo establecido en los artículos 123 y 150.23 de la Carta, compete al legislador regular la función pública y establecer los requisitos, exigencias, condiciones o calidades que deben reunir las personas que aspiran a ejercerla, así como el régimen disciplinario y el de inhabilidades e incompatibilidades a que ellas están sujetas. A pesar de que la Constitución fija directamente algunas inhabilidades no define todas aquellas aplicables a los demás empleos públicos, autorizando al legislador su regulación. Preciso este Tribunal, que al legislador le correspondía dentro de cierto margen de discrecionalidad, evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de incompatibilidad o inhabilidad, así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas. Así las cosas, el Congreso puede definir el régimen de inhabilidades de conformidad con el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades. De manera que tiene la facultad para determinar, entre otros aspectos, los hechos que dan origen a las inhabilidades, su duración o vigencia y los alcances de la limitación a que da lugar su adopción.

⁶⁹Constitución Política de Colombia, 1991- artículo 4 “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

perjuicio antijurídico alguno, esto debido a que la norma inexecutable era válida y legal⁷⁰.

La línea del máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo, varía al resolver una acción de grupo en donde ordeno reintegrar el cobro de un impuesto creado por el municipio de Pereira de forma ilegal, en esta oportunidad se dijo que las entidades públicas están sometidas al imperio de la constitución y la ley, y en el evento violar la norma generan un daño antijurídico que debe repararse por falla en el servicio⁷¹.

Así mismo en lo que respecta al hecho del legislador, la Corte Constitucional también se ha pronunciado de forma contundente, al establecer “*que el fundamento de la responsabilidad radica en la antijuridicidad del daño u no en la actuación ilícita del legislador*”⁷².

Se hace necesario resaltar que en la actualidad el concepto del daño antijurídico varía ostensiblemente, al determinar la responsabilidad del estado en ocasión a la declaración de inexecutable de una norma, sin perder de vista que para que se configure el daño se requiere la ocurrencia del hecho dañino el cual debe ser antijurídico y la determinación del demandado como artífice de la norma declarada inexecutable, la anterior conclusión se llega teniendo como soporte el artículo 90 de la carta de 1991⁷³, ya que este no excluye la responsabilidad del legislador.

⁷⁰Consejo de estado, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de junio de 2003, exp. 2002-0014 (AG) “los efectos generados por la aplicación de una norma declarada inconstitucional hacia el futuro, no podían desembocar en perjuicio alguno que pudiera reputarse de antijurídico, pues antes de la sentencia de inexecutable, el cumplimiento de la disposición era obligatoria desde su promulgación para todos los habitantes de la Nación. Así mismo, argumentó que no era de su competencia modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexecutable so pretexto de ordenar la reparación de los presuntos perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de la ley inconstitucional”.

⁷¹Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2017, expediente 2044-00832 “En una sentencia que resolvió una acción de grupo con fecha 16 de marzo de 2007, expediente: 2004-00832, se solicitó el reintegro del cobro del impuesto de telefonía básica conmutada, cuyo tributo fue creado por el municipio de Pereira mediante el Acuerdo No. 51 de 2001. En la decisión se sostuvo que “las autoridades públicas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley; de llegarse a conculcar dicha obligación se puede causar un daño antijurídico, imputable a la administración bajo el título de falla del servicio. El deber de indemnizar que surge de tal título no admite excepción alguna, como bien lo ha interpretado la Sala, al aplicar el artículo 90 de la Constitución Política”.

⁷²Corte Constitucional, sentencia C-038 DE 2006. “a Corte Constitucional reconoció que la responsabilidad del Estado – Legislador no estaba circunscrita exclusivamente a las hipótesis previstas en la propia Constitución, ni tampoco a los eventos en los cuales se declarara con efectos retroactivos la inexecutable de las leyes, pues el fundamento de la responsabilidad radica en la antijuridicidad del daño y no en la actuación ilícita del legislador”.

⁷³Constitución Política de Colombia, artículo 90 “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades pública

Atendiendo las anteriores consideraciones, y al no existir una justificaciones y argumentación indicada en la exposición de motivos de la ley 2014 de 2019, e ingresar al ordenamiento jurídico las inhabilidades preventivas las cuales como se ha manifestado violan la normativa constitucional e internacional, lo que generaría en el evento de declararse la inexecutable de la norma, daños patrimoniales considerables al Estado Colombiano.

CONCLUSIONES

- Colombia ha modificado y actualizado su estatuto de compras públicas, con la finalidad de garantizar la eficacia, transparencia y economía en la distribución y gasto de los recursos públicos, generando alternativas que garantiza mayor número de oferentes en los procesos adelantados, así como la idoneidad de los futuros contratistas.

La apertura de los mercados de la gran mayoría de los estados, ha obligado simultáneamente que los procesos de contratación y sus reglas para acceder a los contratos sean cada día más transparentes y objetivas, eliminado cualquier punto de subjetividad en la adjudicación de los procesos, de igual forma, los estados deben generar disposiciones normativas que garanticen que sus colaboradores en la realización de sus fines sean idóneos para la prestación del servicio entre otras la creación de inhabilidades.

Con la firma de convenios con la Organizaciones de Estados Americanos y Organización de las Naciones Unidas, debidamente ratificados por el estado colombiano, así como el ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE. Ha permitido que se ingresen al ordenamiento jurídico disposiciones normativas fundamentales que garantizan la transparencia e incrementan las restricciones de las personas para contratar, es decir se amplía el abanico de inhabilidades e incompatibilidades.

Pero ninguna de las nuevas prohibiciones convencionales, permite que la pérdida de la capacidad para contratar, sea de forma preventiva, es decir, sin tener una sentencia debidamente ejecutoriada y en firme.

Por otro lado, la ley 2014 de 2019, deja por fuera del campo de las inhabilidades e incompatibilidades, es decir, no se encuentra justificación legal, que inhabilite o elimine la capacidad jurídica de un proponente o el campo de las inhabilidades sobrevinientes a un colaborador del estado, en donde se señale que las sentencias emitidas por otro estado diferente al colombiano, tiene efectos jurídicos vinculantes en el estado colombiano. Es decir, que un ciudadano condenado en otro país por delitos de corrupción, puede estar habilitado en Colombia para contratar. 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 inhabilidades preventivas están limitadas por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer a un contratista del Estado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la capacidad para celebrar contratos mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.
- La legitimidad de las inhabilidades preventivas no proviene solamente de que la ley permite aplicarla a todos los contratistas condenados en primera instancia, la adopción de esa medida cautelar requiere que se analice en cada caso concreto la conducta desplegada, el estado y forma de pago del contrato, y los métodos y medios para garantizar la calidad y buena ejecución del contrato.
- Las inhabilidades preventivas, no deben estar condicionadas al tiempo y espacio que dura la decisión de un juez de segunda instancia o casación, pues, en una justicia congestionada como la nuestra esta inhabilidad será prolongada y por lo tanto desproporcionada en el evento que se revoque la

decisión de primera instancia, por ello podría infringirse la convención al establecer una prohibición a un ciudadano por un periodo excesivamente prolongado, lo anterior equivaldría a anticipar la pena.

- La libertad de configuración legislativa en materia de inhabilidades se encuentra restringida por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, adicional al congreso de la republica le asiste una carga argumentativa y de identificación de los límites temporales de las inhabilidades que consagra en las leyes que expide, en tal sentido la configuración en materia de inhabilidades, debe respetar siempre el principio de supremacía de la constitución⁷⁴, por lo tanto, el legislador no puede regular situaciones como las inhabilidades preventivas, que contrarían los preceptos constituciones y el mismo bloque de constitucionalidad.
- Se encuentran similitudes importantes, así como diferencias sustanciales con las medidas preventivas, si bien las dos apuntan a proteger un supuesto derecho que se encuentra en riesgo, su particularidad, procedimiento, especificidad, grado de argumentación y su evaluación doctrinaria, legal y jurisprudencial les otorgan confianza y legitimidad a las medidas cautelares. Caso que no ocurre con las inhabilidades provinciales para contratar.
- La medida preventiva de privación de la libertad, es similar a las inhabilidades preventivas consagradas en la ley 2014 de 2019, su tratamiento y nivel de argumentación y necesidad debe ser similar, la inhabilidad debe ser la última ratio dentro de un proceso de contratación, máxime cuando la responsabilidad penal aún no se ha definido

⁷⁴Constitución Política de Colombia, 1991- artículo 4 “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

- Violación del principio de *non bis in ídem*, con la aplicación de las inhabilidades preventivas, pues existen dos sanciones idénticas, la primera la consagrada en el derecho penal, la cual es una pena accesoria a la sanción principal, que se da siempre mediante un fallo de un juez constitucional debidamente ejecutoriado y la segunda que es una medida de inhabilidad que se da como consecuencia del juicio penal que falló en primera instancia.

- Las medidas preventivas contenidas en la ley 2014 de 2019, violan de forma directa las disposiciones normativas establecidas en el artículo 29 de la Constitución Política, así como el artículo 8 de la convención americana sobre los derechos humanos.

- Las medidas preventivas de inhabilidad podrían aplicarse en el ordenamiento jurídico siempre y cuando:
 - a. Reglamente las medidas preventivas, en relación al daño a la administración pública, ejemplo cuantía del delito, agravantes y atenuantes del tipo penal por el cual fue condenado en primera instancia.
 - b. En el evento de existir algún tipo de medida preventiva de inhabilidad esta debería ser dictada por un juez constitucional al interior del proceso penal correspondiente, previo al análisis probatorio y factico, donde determine la necesidad o no de declarar una inhabilidad, establecido el monto, la forma y alcance de la misma.

FUENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional, demanda de Inconstitucionalidad No. D- 13801, MP. José Lizarazo Ocampo.

Congreso de la República, Ley 599 de 2000.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-498 de 26 de septiembre de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Gaceta del Congreso Senado y Cámara - año XXVIII No. 1171 del lunes 2 de diciembre de 2019 – página 10 – informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 119 de 2019 Senado. 163 de 2018 Cámara.

Presidencia de la República – Decreto 1028 del 18 de junio de 2018 *“por el cual se convoca a una consulta popular y se dictan otras disposiciones”* artículo primero. – pregunta 2 – cárcel a corruptos y prohibirles volver a contratar con el estado.

Acto legislativo No. 09-2009, artículo 4.

Sala plena del Consejo de Estado. Sentencia 8 de febrero de 2011, MP

Sentencia C-353/09 Corte Constitucional MP. Jorge Iván Palacio “
Ley 2014 de 2019 – Congreso de la República-

Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito Viene - Nueva York 2004.

Congreso de Colombia, ley 1564 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia C-641-02 MP. Rodrigo Escobar Gil, “

Congreso de la República, ley 599 de 2000,

Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett

Corte IDH. Caso López Álvarez vs Honduras, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de febrero de 2016. Serie C No. 141.

Corte Constitucional sentencia C-703 de 2010, MP. Gabriel Eduardo Mendoza

Resolución No. 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Convención Americana sobre derechos humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 – artículo 8. “Artículo 8. Garantías Judiciales

Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos. Adoptado mediante resolución 2000 A (XXI) de 16 de diciembre de 1996.

Congreso de la República, Ley 472 de 1998,

Sentencia 1059 (AP-518) Consejo de Estado - MP- Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Subsección B- Sentencia No. 20440089401 MP. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1 de diciembre de 2015, exp. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), M.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

Consejo de Estado. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1 de diciembre de 2015, exp. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), M.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

Corte Constitucional, Sentencia T-799-2011 MP – HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Sentencia SU-333-2020 Sala Plena de la Corte Constitucional.

Corte Interamericana de Derechos humanos – Costa Rica – la Congestión Judicial.

Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de junio de 2003, exp. 2002-0014 (AG)

Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2017, expediente 2044-00832

Congreso de Colombia (29 de septiembre de 1993) Exposición de motivos 80 de 1993. Gaceta Oficial 75.

Congreso de Colombia (29 de septiembre de 1993) Exposición de motivos 80 de 1993. Gaceta Oficial 466.

Congreso de Colombia (28 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094

Congreso de Colombia (16 de julio de 2007) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). 2da Ed. Panamericana Editorial

BIBLIOGRAFÍA

Rodríguez, G. (1994), *Nuevos Contratos estatales*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídicas Wilches

Suárez, G. (2014), *Estudios de derecho Contractual Público*. 2a ed. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A

Benavides, J.L. (2004). *El Contrato Estatal: entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. 2ªed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Banco Interamericano de Desarrollo - Innovación en los métodos de contratación pública en América latina y el caribe. Biblioteca Felipe herrera.

Carlos Gómez Vásquez, *Teoría del contrato* (Medellín: Universidad de Medellín, 2010), 166

Miguel Marienhorff, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971), 174, citado en Claudia Esteban, “La teoría de los contratos administrativos”, http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-_03_Esteban.pdf (acceso julio 17, 2017)

Jorge Parra Benítez, *Manual de derecho civil. Personas, familia y derecho de menores* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1988), 31.

ARTÍCULOS DE INTERNET

Comisión Europea (2011), “Informe de Evaluación: Impacto y Efectividad de la Legislación de Contratación de la UE – Parte 1”. Recuperado de http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf.

Miguel Marienhorff, Tratado de derecho administrativo (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971), 174, citado en Claudia Esteban, “La teoría de los contratos administrativos”, http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-_03_Esteban.pdf (acceso julio 17, 2017)

https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpmand_s.htm

<https://www.oecd.org/acerca/>