

PROYECTO DE LEY \_\_\_\_\_ DE 2018

**“Por medio de la cual se regula las inhabilidades para los condenados por corrupción y delitos contra la administración pública, así como la terminación unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”**

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA

**Artículo 1°. OBJETO.** La presente ley tiene por objeto adoptar medidas para la sanción efectiva de los delitos cometidos contra la administración pública, a través de la eliminación de beneficios penales y de la modificación del régimen de inhabilidades para contratar con el Estado. Lo anterior, con el fin de garantizar el principio constitucional de igualdad y transparencia.

**Artículo 2°. INHABILIDAD PARA CONTRATAR.** Modifíquese literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

j) 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 contemplados 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 y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

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 el inciso anterior, 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”.

**Artículo 3°.** Modifíquese el primer inciso del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión y detención domiciliaria como sustitutiva de la prisión; la reclusión en lugares o establecimientos

especiales; la vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica, ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

**Artículo 4°. INHABILIDAD SOBREVINIENTE.** Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 9 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

**“PARÁGRAFO:** Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. En este caso, es obligación de la entidad estatal en acto administrativo debidamente motivado, consistirá en disponer la terminación anticipada y unilateral del contrato, sin que haya lugar a indemnización alguna.

Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato, respetando las normas de la modalidad de selección de contratista correspondiente. En este caso la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, deberá expedir en un término de 6 meses la reglamentación correspondiente para definir el procedimiento más efectivo en el marco de la cesión del contrato, contemplada en este Parágrafo según cada modalidad de selección de contratista.

**Artículo 5°.** Adiciónese un numeral 4o al artículo 17 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL.** La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.
- 5o. Por haberse demostrado, a través de procedimiento administrativo, la comisión de actos de corrupción por parte del contratista en la obtención, celebración o ejecución del contrato.**

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral.

En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

**Artículo 6°.** Adiciónese un artículo 17A a la Ley 80 de 1993, el cual será del siguiente tenor:

**Artículo 17A. Procedimiento especial para la declaración de terminación unilateral del contrato por actos de corrupción.** Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Administrativa tendrán la facultad de declarar de forma autónoma la terminación unilateral del contrato que hayan celebrado, cuando encuentre demostrado la ocurrencia de hechos de corrupción cometidos por el contratista o algún servidor público en la obtención, celebración o ejecución del contrato administrativo.

Con el objeto de garantizar el principio de debido proceso administrativo, las entidades públicas deberán, previo a declarar la terminación unilateral del contrato por actos de corrupción, adelantar el siguiente procedimiento administrativo:

1. La entidad contratante, inmediatamente tenga conocimiento de la comisión de un hecho de corrupción en la obtención, celebración o ejecución de un contrato, deberá abrir un proceso administrativo y vincular a los presuntos responsables. Para ello, dentro de los tres (3) días siguientes a la apertura del procedimiento, la entidad contratante citará a audiencia de descargos a los implicados. En dicha citación la entidad hará un relato de los hechos relevantes que configuran el acto de corrupción endilgado, el grado de responsabilidad, los cargos endilgados al contratista, las pruebas con las que se cuente y las consecuencias jurídicas derivadas de esa actuación. adicionalmente fijará la fecha y hora para realizar la audiencia de descargos. También se citará al garante del contrato.
2. La audiencia se realizará en la hora y fecha fijada en la citación, contará con la participación del ordenador del gasto o su delegado, quien presidirá la audiencia. Una vez abierta, el presidente de la audiencia informará de forma clara a los investigados las razones de hechos que configuran el presunto acto de corrupción y formulará de viva voz los cargos que se imputan al contratista y las pruebas que los soporta. Posteriormente, el contratista o su representante, podrá exponer sus descargos y aportar o solicitar las pruebas que considere necesarias para ejercer su defensa. También se le permitirá participar al garante del contratista y al Ministerio Público. Hecho esto, se procederá a fijar las pruebas que serán practicadas en el procedimiento, a solicitud del investigado, el ministerio Público o de oficio por la entidad pública. Si las pruebas pueden ser practicadas en esa misma diligencia, se practicarán, en caso de que no puedan ser practicadas en la misma diligencia, la presidencia suspenderá la audiencia. La entidad podrá suspender y reanudar la audiencia las veces que sea necesario para garantizar el derecho a la defensa del procesado. En todo caso, la práctica de pruebas no deberá extenderse por más de veinte (20) días
3. Una vez practicadas las pruebas, el contratista, su garante y el ministerio público deberán presentar sus conclusiones. En la misma audiencia y mediante resolución motivada la entidad pública decidirá sobre la terminación de unilateral del contrato. Contra esta decisión solo

procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión que resuelve el recurso de reposición se entenderá notificada en la misma audiencia y quedará en firme al día siguiente.

**Parágrafo:** Quien denuncie un hecho de corrupción asociado a la obtención, celebración o ejecución de un contrato administrativo, que tenga como resultado la declaratoria de terminación unilateral del contrato, tendrá derecho a percibir una recompensa por parte del Estado, en la forma en que sea reglamentado por el Gobierno Nacional.

**Artículo 7°.** Adiciónese un artículo 17B a la Ley 80 de 1993, el cual será del siguiente tenor:

**Artículo 17B.** Efectos de la declaratoria de terminación unilateral del contrato: Una vez en firme el acto administrativo que declara la terminación unilateral del contrato por actos de corrupción, se pone fin a la ejecución de contrato y se hace exigible por parte de la administración la cláusula penal pecuniaria. Las autoridades deberán compulsar copias a las autoridades fiscales, disciplinarias y penales para las investigaciones de su competencia.

**Artículo 8°.** **Vigencia:** La presente ley rige a partir de su promulgación.

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### PROYECTO DE LEY \_\_\_\_ DE 2018

**“Por medio de la cual se regula las sanciones para los condenados por corrupción y delitos contra la administración pública, así como la terminación unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”**

Honorables Congresistas:

Si bien el Estado Colombiano ha desarrollado distintos esfuerzos por controlar la corrupción en la administración pública mediante el régimen penal como es el caso de la expedición de la Ley 1474 del 2011 conocida como “Estatuto anticorrupción” o de la Ley 1778 del 2016 conocida como la “Ley antisobornos”, estos esfuerzos han resultado infructuosos para confrontar de manera efectiva el fenómeno de la corrupción.

Esta falta de efectividad justifica la adopción de medidas como las impulsadas por medio del presente proyecto de ley, el cual tiene por objeto aumentar el costo de la comisión de delitos contra la administración pública, no sólo en términos económicos sino también en materia de severidad de la sanción. Lo anterior con el fin de garantizar el principio constitucional de igualdad y transparencia.

## **1. Antecedentes.**

### **1.1. La Consulta Popular Anticorrupción.**

El 24 de enero de 2017, fue inscrita ante la Registraduría la Consulta Popular Anticorrupción con las siguientes preguntas:

#### ***PREGUNTA 1. REDUCIR EL SALARIO DE CONGRESISTAS Y ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO***

*¿Aprueba usted reducir el salario de los congresistas de 40 a 25 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes-SMLMV, fijando un tope de 25 SMLMV como máxima remuneración mensual de los congresistas y altos funcionarios del Estado señalados en el artículo 197 de la Constitución Política?*

#### ***PREGUNTA 2. CÁRCEL A CORRUPTOS Y PROHIBIRLES VOLVER A CONTRATAR CON EL ESTADO***

*¿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 Estado?*

#### ***PREGUNTA 3. CONTRATACIÓN TRANSPARENTE OBLIGATORIA EN TODO EL PAÍS***

*¿Aprueba usted establecer la obligación a todas las entidades públicas y territoriales de usar pliegos tipo, que reduzcan la manipulación de requisitos habilitantes y ponderables y la contratación a dedo con un número anormalmente bajo de proponentes, en todo tipo de contrato con recursos públicos?*

#### ***PREGUNTA 4. PRESUPUESTOS PÚBLICOS CON PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA***

*¿Aprueba usted establecer la obligación de realizar audiencias públicas para que la ciudadanía y los corporados decidan el desglose y priorización del presupuesto de inversión de la Nación, los departamentos y los municipios, así como en la rendición de cuentas sobre su contratación y ejecución?*

#### ***PREGUNTA 5. CONGRESISTAS DEBEN RENDIR CUENTAS DE SU ASISTENCIA, VOTACIÓN Y GESTIÓN***

*¿Aprueba usted obligar a congresistas y demás corporados a rendir cuentas anualmente sobre su asistencia, iniciativas presentadas, votaciones, debates, gestión de intereses particulares o de lobbistas, proyectos, partidas e inversiones públicas que haya gestionado y cargos públicos para los cuales hayan presentado candidatos?*

**PREGUNTA 6. HACER PÚBLICAS LAS PROPIEDADES E INGRESOS INJUSTIFICADOS DE POLÍTICOS ELEGIDOS Y EXTINGUIRLES EL DOMINIO** *¿Aprueba usted obligar a todos los electos mediante voto popular a hacer público a escrutinio de la ciudadanía sus declaraciones de bienes, patrimonio, rentas, pago de impuestos y conflictos de interés, como requisito para posesionarse y ejercer el cargo; incorporando la facultad de iniciar de oficio investigaciones penales y aplicar la extinción de dominio al elegido y a su potencial red de testaferros como su cónyuge, compañero o compañera permanente, a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, y a sus socios de derecho o de hecho?*

**PREGUNTA 7. NO MÁS ATORNILLADOS EN EL PODER: MÁXIMO 3 PERÍODOS EN CORPORACIONES PÚBLICAS**

*¿Aprueba usted establecer un límite de máximo tres periodos para ser elegido y ejercer en una misma corporación de elección popular como el Senado de la República, la Cámara de Representantes, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales y las Juntas Administradoras Locales?*

A través de la Resolución No. 641 de 26 de enero de 2017, la Registraduría Nacional del Estado Civil declaró el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para inscribir la consulta popular denominada “Consulta Popular Anticorrupción” y su comité promotor.

Mediante Resolución No. 835 de 24 de enero de 2018, la Registraduría Nacional del Estado Civil verificó el número de apoyos ciudadanos recolectados y certificó el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales “para el apoyo de la propuesta del Mecanismo de Participación Democrática – Consulta Popular denominado ‘Consulta Popular Anticorrupción’...”, avalando 3.092.138 de firmas de las 4.236.681 recogidas por los colombianos durante los 6 meses otorgados por la ley para dicha tarea.

En consecuencia, comunicó dicha de Resolución al Senado de la República.

El 12 de junio de 2018, el Secretario General del Senado de la República de Colombia, certificó que el día 5 de junio del mismo año “se aprobó en sesión plenaria la Proposición sobre la Conveniencia de la Convocatoria a la ‘Consulta Popular Anticorrupción’...” con una votación por el SÍ de 86 votos y ninguno por el no.

El 18 de junio de 2018 el Presidente de la República expidió el Decreto 1028 “por el cual se convoca a una consulta popular y se dictan otras disposiciones”, mediante el cual se convocó la votación de la “Consulta Popular Anticorrupción” para el domingo 26 de agosto de 2018.

Durante las votación del 26 de agosto de 2018 la Consulta tuvo una votación de \_\_\_\_\_ y la pregunta 2 tuvo una votación de 11.673.166, siendo el 99,54% por el SÍ y el 0,45% por el NO. No obstante lo anterior, la votación no alcanzó el umbral requerido por la ley.

## **2. Motivos que sustentan la propuesta.**

Sobre la poca efectividad de anteriores esfuerzos legislativos en materia de lucha contra la corrupción se han pronunciado entidades como la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha Contra la Corrupción, dejando en claro que avances como el “Estatuto anticorrupción” no han logrado cumplir las expectativas iniciales con las que fue expedido:

“(…) luego de tres años de su expedición la Comisión Nacional Ciudadana observa que este instrumento aún no ha sido aprovechado lo suficiente por el Estado e incluso, en algunos casos, no ha logrado cumplir con algunas de las expectativas trazadas al momento de su expedición debido principalmente al bajo alcance de los esfuerzos de difusión y sensibilización sobre el Estatuto, al limitado desarrollo normativo complementario posterior a su aprobación en julio de 2011, y a la necesidad de darle un mayor impulso a la institucionalidad requerida para fortalecer la implementación del Estatuto Anticorrupción”

Corolario a lo anterior, y aunado con la necesidad de implementar medidas que generen una persuasión efectiva para evitar la comisión de delitos; este proyecto contiene dos propuestas fundamentales: A) eliminar privilegios de reclusión para los corruptos y, B) terminar los contratos con los corruptos de manera unilateral.

### **2.1. Eliminar privilegios en centros de reclusión especial para los corruptos**

El Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 del 93, contempló la figura de la “reclusión en casos especiales” y encargó al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC y al grupo de asuntos penitenciarios, para que designe o fije el lugar de reclusión especial que va tener un condenado en su condición de beneficiario.

El mismo régimen establece que cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del INPEC, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, o por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, entre otros, la condena se llevará a cabo en establecimientos especiales; esto significa que en todos los delitos contra la administración pública donde el sujeto activo sea un “alto funcionario” protegido con fuero legal o constitucional, no será suficiente la garantía de investigación especial que le concede el fuero sino que además es necesaria su reclusión en sitios especiales.

Por su parte, la Resolución Interna del INPEC 2122 del 2012, establece las facultades y competencias del director de esa institución para que a través de un acto administrativo pueda fijar el lugar para cumplir la pena de reclusión especial, dejando un margen amplio de discrecionalidad para el cumplimiento de penas en lugares con distintas condiciones, las cuales en la mayoría de casos difieren en gran medida del régimen penal ordinario.

#### **2.1.1. Motivos de conveniencia del Proyecto de Ley**

Es pertinente destacar que uno de los aspectos que se ha omitido reglamentar de manera adecuada es

la reclusión especial para personas condenadas por delitos contra la administración pública. Si bien fueron excluidos de subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, se mantuvo la posibilidad de ser asignado a un sitio de reclusión especial. Esto limita el costo de cometer actos contra la administración pública, haciendo menos gravosa su condena y disminuyendo el efecto disuasivo de la pena. Es evidente la necesidad de aumentar el costo de la comisión de delitos contra la administración pública, no sólo en términos económicos sino también en materia de severidad de la sanción. Al respecto ha conceptualizado la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha Contra la Corrupción:

“Sin tener un mecanismo o una reglamentación que aumente los costos de cometer actos de corrupción, estos hechos seguirán siendo rentables. Si la ciudadanía en general percibe que tiene mayor beneficio cometer un acto de corrupción porque no será castigado de una forma que sobrepase los costos que implica incurrir en el mismo, seguir actuando de manera corrupta en Colombia continuará siendo rentable.”

### **2.1.2. Cifras en materia de comisión de delitos contra la administración pública y tratamiento penitenciario.**

Gran parte de quienes cometen delitos contra la administración pública son beneficiarios de condiciones especiales de reclusión. Según el Observatorio de Transparencia y Anticorrupción, entre los años 2008 y 2017 se identificaron “3.176 sanciones penales vinculadas a delitos asociados con corrupción”. Dentro de estas sanciones se constata que: “(...) el 87.78% está relacionado con delitos contra la Administración Pública, seguido por 10.42% que corresponde a delitos contra el Orden Económico y Social y un restante 1.79% de delitos contra los Mecanismos de Participación Ciudadana”.

De la información presentada por el Observatorio también se puede constatar que:

- Las sanciones por delitos contra la administración pública, se encuentran de manera reiterada en los tipos penales de: Cohecho (51.15%), Peculado (22.99%) y Concusión (12.7%).
- Las sanciones por delitos contra el Orden Económico y Social, se encuentran de manera reiterada en los tipos penales de: Lavado de Activos (54.08%), Enriquecimiento Ilícito de particulares (14.50%), Favorecimiento por Servidor Público de contrabando de Hidrocarburos y sus derivados (10.88%) y Captación masiva y habitual de dineros (9.67%).
- Las sanciones por delitos contra los Mecanismos de Participación Democrática, se encuentran de manera reiterada en los tipos penales de: Voto Fraudulento (70.18%) y el delito de Corrupción de Sufragante (17.54%).

Por otra parte, aunque el daño fiscal se estima en millonarias cifras, los responsables de delitos contra la administración pública no representan una población numerosa para el sistema carcelario ordinario lo cual permite argumentar que su inclusión en el régimen ordinario no comporta un problema respecto de la reclusión carcelaria.

Según cifras oficiales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario a julio de 2018, la población reclusa en establecimientos de la Fuerza Pública asciende a 936 personas<sup>4</sup>. Así, es evidente que el número de funcionarios aforados que acceden a condiciones de reclusión especial es mínimo para las proporciones poblacionales que maneja el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y por lo tanto su inclusión en el régimen ordinario no influirá de manera determinante en el índice de hacinamiento



carcelario.

### **2.1.3. La reclusión especial de altos funcionarios no es compatible con el principio de enfoque diferencial**

De acuerdo al régimen penitenciario colombiano, la reclusión especial de altos funcionarios encuentra su justificación en el principio de enfoque diferencial, sin embargo, este beneficio no se acopla a la finalidad del enfoque diferencial ni a los principios constitucionales que lo sustentan.

El artículo 2 de la Ley 1709 de 2014 "Por medio de la cual se reforman algunos artículos del Código Penitenciario y Carcelario" contempla el principio de enfoque diferencial, reconociendo la existencia de poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión u otros, principio que la norma materializa en distintas medidas penitenciarias, entre ellas, las medidas de reclusión especial.

Es evidente que la reclusión de altos funcionarios no se acopla al principio de enfoque diferencial ya que los funcionarios aforados legales o constitucionales no constituyen una población de condiciones uniformes ni de especial vulnerabilidad que tenga que ser sujeto de especial protección por parte de la ley. La inclusión de un enfoque diferencial se hace con el objetivo, constitucionalmente válido, de avanzar hacia la inclusión con dignidad y equidad de las poblaciones étnicas, históricamente marginadas, condición en la que evidentemente no encuadran los funcionarios aforados, ya que estos antes de representar una comunidad en especial peligro, vulnerabilidad o marginación, representan personas que se han enriquecido a costa del patrimonio público, y a través de actividades delictivas han adquirido poder político y económico.

### **2.1.4 Los fueros constitucionales y legales son una garantía para el juzgamiento, más no una garantía para la especial reclusión**

La finalidad constitucional y legal de los fueros para altos funcionarios encuentra su sustento en la necesidad de conservar el equilibrio y la autonomía de los poderes públicos, lo cual se garantiza con prerrogativas especiales en materia de investigación y juzgamiento, más no de reclusión. Así lo establece el tribunal constitucional en sentencias T-965-09 y la Sala de Casación Penal en providencia del 29 de noviembre de 2000, dentro del proceso de única instancia radicado 11.507:

“En el nuevo esquema constitucional, dicha garantía, fuero, o privilegio de jurisdicción, ha sido establecida a favor de los miembros del Congreso de la República por razón de su cargo, durante el desempeño de sus funciones o con ocasión de ellas, con la finalidad de garantizar la independencia y autonomía del órgano a que pertenecen y el pleno ejercicio de sus funciones constitucionales, de manera que en particular muestra de respeto por la dignidad que la investidura representa, la investigación y juzgamiento por las conductas punibles que se les imputen se lleve a cabo por autoridades diferentes de aquellas a quien se atribuye competencia por razón de la naturaleza del hecho, sin que para el ejercicio de la jurisdicción deba mediar, permiso, autorización o trámite previo o especial”

Es pertinente señalar que la finalidad, descrita de manera explícita, es garantizar autonomía en el desempeño de las funciones de los altos funcionarios, la cual se podría ver vulnerada ante la posibilidad de ser investigado por cualquier fiscal o juez de la República; sin embargo, la afectación a

la autonomía de funcionarios que han cometido delitos contra la administración pública no se ve impactada por la posibilidad de ser reclusos en establecimientos penales ordinarios ya que esto no representa una forma de presión sobre su actividad sino una consecuencia propia de la condena, razón por la cual la reclusión especial no encuentra sustento en la finalidad de los fueros constitucionales o legales.

Finalmente, cabe señalar que de acuerdo al régimen penitenciario vigente la reclusión especial se aplica incluso a personas ya han sido declaradas culpables por delitos contra la administración pública y en consecuencia retiradas de su cargo, asumiendo de manera equivocada la garantía del fuero como un privilegio personal que acompaña al ex funcionario incluso después de retirado de su cargo y no como una medida institucional de equilibrio de poderes, al respecto ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T-1320 de diciembre 10 de 2001 que:

“En relación con el fuero otorgado a los congresistas para ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, ha de tenerse en cuenta que dicho fuero no se instituye como un privilegio de carácter personal, sino en razón de la investidura y con una finalidad protectora de la integridad y la autonomía del Congreso de la República (...)”

#### **2.1.5. La reclusión especial de altos funcionarios no es compatible con el principio constitucional de igualdad**

La jurisprudencia ha fijado de manera clara los criterios para analizar el principio constitucional de la igualdad como un mandato que vincula a todos los poderes públicos, incluyendo al legislativo y al sistema carcelario. Este mandato implica dar un tratamiento igual a supuestos de hecho equivalentes, como es el caso de funcionarios condenados por delitos contra la administración pública y demás presos en el régimen penal ordinario.

No existen supuestos de hecho que diferencien de manera tajante a la generalidad de los presos colombianos de los altos funcionarios condenados por delitos en contra de la administración pública, ya que si bien estos ocuparon un cargo de altas responsabilidades del Estado, es posible su reclusión en establecimientos ordinarios conservado garantías mínimas de seguridad, bajo un análisis de lo estrictamente necesario para garantizar la seguridad del interno.

Si bien es cierto que en razón de la relación de especial sujeción que existe entre condenados por delitos contra la administración pública y el Estado, es imperativo que el último asegure los derechos fundamentales del reo con las limitaciones propias de la pena. Esta relación funciona de la misma manera con quienes pagan sus penas en el régimen penal ordinario, razón por la cual el Estado se ve en la obligación de garantizar los derechos fundamentales a unos y otros de manera independiente a las calidades o dignidades que una persona haya ocupado en el pasado, razón por la cual no se encuentra una diferencia que justifique un trato desigual ante la ley.

### **3.1. Terminación unilateral de los contratos estatales con corruptos**

#### **3.1.1. Normatividad vigente**

Actualmente, la Ley 80 de 1993 regula en el artículo 17 la terminación unilateral del contrato, y señala que sólo la entidad estatal puede disponer la terminación anticipada del contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, cuando las exigencias del servicio público lo requiera, la situación de orden público lo imponga, o cuando sobrevengan acontecimientos relevantes respecto del contratista, como cesación de pagos, su quiebra o embargos judiciales que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, o su muerte si es persona natural o su disolución si es persona jurídica.

“ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.”

#### **3.1.2. Dentro de las causales señaladas para terminar unilateralmente el contrato por parte de la entidad contratante no se contempla la comisión de actos de corrupción.**

Sin embargo, el artículo 8 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, en los siguientes términos:

“j) 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 contemplados 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 y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.”

Esta restricción impide que quienes estén condenados por delitos contra la administración pública y las sociedades de las que hacen parte, puedan contratar, pero ¿qué sucede con quienes son condenados cuando ya se ha firmado el contrato y se encuentra en ejecución? Esta situación la contempla el artículo 9° de la Ley 80 de 1993 bajo la figura de las “inhabilidades sobrevinientes”, y señala:

ARTÍCULO 9o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

Lo anterior quiere decir que cuando una persona es condenada por peculado, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, abuso de autoridad o usurpación y abuso de funciones públicas, le corresponde ceder el contrato o renunciar a su ejecución si lo primero no es posible.

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, ésta 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 condenadas de los corruptos.