

Corrupción en los procesos de contratación pública: Derecho penal colombiano y español

Corruption in public procurement processes: Colombian and Spanish criminal law

Shirly Vanessa Silva Maestre¹

RECIBIDO: 06-02-17

ACEPTADO: 01-06-17

PUBLICADO: 08-07-17

Resumen

El germen de la corrupción se ha expandido por todos los escenarios del sector público; esta conducta universal ha llegado a practicarse desde los actos más simples, hasta los más complejos en cabeza del Estado. La contratación pública resulta sumamente atractiva para la comisión de actos corruptos, esto, producto de las altas cantidades de dinero destinadas, las facilidades para adquirirlo y las altas probabilidades de que dichas conductas queden en la impunidad. Colombia y España no se encuentran exentos de esto y, aun cuando han empleado políticas para combatirlo no han logrado un resultado exitoso; por el contrario, se ha incrementado el índice de percepción de la corrupción pública por parte de los gobernados, según lo expuesto por *Transparency International*.

Palabras clave: Corrupción, contratación pública, sector público, impunidad, percepción.

Abstract

The corruption has spread among all the scenarios in the public sector; this universal behavior is being practiced from the simplest acts to even the most complex in the government. Public procurement has resulted extremely attractive to committing corrupt acts given the high amounts of money intended for that purpose, the effortless way to collect it and the high likelihood that such conduct becomes unpunished. Colombia and Spain are not exempt from this form of corruption and even though they have developed policies to cope with it a successful outcome has not been achieved yet, by the contrary, the level of public perception about corruption has increased, as exposed by *Transparency International*.

Keywords: corruption, public procurement, public sector, impunity, perception.

¹ Abogada de la Universidad Sergio Arboleda, sede Santa Marta, Colombia; especialista, becada, en Derecho Penal de la misma Universidad, especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo de la Universidad de Salamanca; docente de tiempo completo de Derecho penal general y teoría del delito de la universidad Sergio Arboleda sede Santa Marta. Shirly.silva@usa.edu.co

INTRODUCCIÓN

Para hablar de corrupción en la contratación estatal, es necesario antes entrar a definir uno y otro concepto. En ese orden, respecto a corrupción, este polémico concepto aún no cuenta con una definición aceptada universalmente; abarca un sinnúmero de conductas que causan desafección al erario e incluso, al sector privado, tema que no se debate en nuestra investigación. Tomando como referencia el modelo “clásico” de corrupción, encontramos que Kofi A. Annan, Secretario general de las Naciones Unidas, afirmó en el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que:

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 (2004).

Lo que es indiscutiblemente cierto, pero es un concepto amplio y movido por la ética y la moral, más que por el derecho. Procurando delimitar un poco el concepto, observamos que el Profesor Carlos Castro Cuenca (2009) define la corrupción pública como *“la desviación del interés público que se desarrolla a través del abuso del cargo con el fin de obtener un beneficio extraposicional”* lo que para nuestro concepto resulta demasiado restrictivo, pues sin poseer un cargo específico se pueden cometer actos de corrupción. Sin embargo, es claro que la corrupción gira en torno a tres aspectos de demasiada importancia: la administración pública, el patrimonio del Estado y el interés público y social, siendo el primero: el escenario, el segundo: el propósito y el tercero: el verdadero perjudicado.

Contrario sensu, la contratación pública podríamos definirla como la herramienta jurídica que emplean las Entidades Públicas para adquirir los bienes y servicios que requieran, de conformidad a un procedimiento regulado por disposiciones legales, en procura de los fines del Estado. Lo anterior, con observancia del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 “fines de la contratación estatal”, expedida por el Congreso colombiano, que afirma que los servidores públicos deben tener en consideración que al celebrar contratos y durante su ejecución, se busca 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.

Paradójicamente uno y otro concepto van profundamente ligados, pues algunos de los actos de corrupción más practicados y universalizados, son precisamente en esta área del derecho público, dedicada exclusivamente a la realización de procesos de contratación. Contratos que constan de características especiales, reglados con normas exclusivas y mediante los cuales se pretende satisfacer las necesidades e intereses de los administrados con los dineros del Estado.

LA CORRUPCIÓN EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En un escenario en el que se manejan grandes cantidades de dinero provenientes del erario, en el que prima la discrecionalidad y la subjetividad de unos individuos investidos por un cargo público y/o político corruptible, en el que además es muy fácil acceder para cometer actos fraudulentos y, existe una alta probabilidad de impunidad, resulta ser perfecto para cocinarse la corrupción. Durante los últimos años muchos países de Europa y Latinoamérica han destapado ollas podridas y sacado a la luz grandes escándalos relacionados con los contratos celebrados entre las Entidades Públicas y los particulares; no obstante, existe entre los gobernados mucha ignorancia e incluso indiferencia frente al tema, pues algunos consideran que este tipo de conductas no les afecta y otros desconocen que se dan; sin embargo, hay quienes se preocupan sobre el asunto y han empezado a percibir la corrupción del Estado. Lo que ha llevado a cuestionarnos, el porqué los funcionarios y demás intervinientes del delito deciden actuar de tal manera; a continuación, algunas teorías al respecto.

ALGUNAS TEORÍAS

Castro Cuenca (2009) realiza un compilado en *La corrupción en la contratación estatal en Europa* de algunas de las teorías que podrían explicar criminológicamente la razón por la cual los individuos incurrir en este tipo de conductas delictivas, pero que en la totalidad de los casos generan alta rentabilidad, estas son:

Teoría elección racional (*rational choice theory*)

Defiende la tesis de que el individuo que decide corromperse, lo hace en virtud de los altos beneficios que recibe, frente al riesgo a serle impuesta una sanción penal. La decisión racional de cometer una conducta punible, no depende únicamente de la voluntad del individuo, sino también del contexto en el que este se encuentra, sus necesidades y la información con la que cuenta.

El profesor Rodríguez López, citado en Castro Cuenca (2009), asegura que la existencia de un ambiente de certeza en la administración pública, la valoración de la labor desempeñada por los servidores y los modelos de honradez en las autoridades administrativas y políticas, contribuyen al aumento de los costes de la insatisfacción. En lo que claramente acierta, pues genera estabilidad y confianza del servidor público sobre su cargo, además de crearle conciencia de que goza de beneficios y que cuenta con un empleo cierto y honorable, con un buen salario, donde se valora su esfuerzo, dedicación y resultados; de modo que apreciará lo que tiene y no pretenderá incrementar sus ingresos de manera ilícita, pues, dicho de otro modo, a mayor certidumbre y estabilidad, menores probabilidades tiene el individuo de corromperse. Por esta razón, es fundamental el buen ejemplo por parte de los funcionarios y servidores públicos de cargos de mando.

Pues bien, la realidad es completamente distinta, en el caso colombiano, encontramos los dichos cargos de provisionalidad o temporalidad, así como los de libre nombramiento y remoción que, a pesar de ofrecer en muchos de los casos altos salarios, el trabajador está frente a una total incertidumbre laboral, y en cualquier momento puede ser removido, trasladado o puede suceder que su cargo sea declarado insubsistente; de la misma manera, los contratos de prestaciones de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, han perdido su esencia, pues son contratos civiles vs realidades laborales, aun cuando la Ley 80 de 1993, asegura en su artículo 32 que en ningún caso este tipo de contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

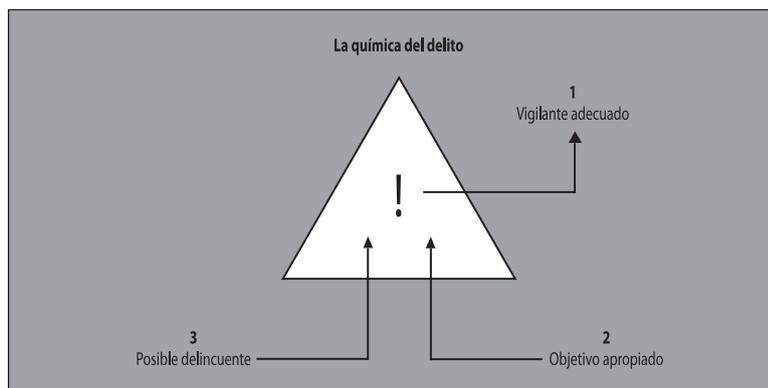
Así mismo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, se pronunció afirmando que el contratista debe contar con autonomía técnica y científica, y solo se recurrirá a esta modalidad de selección cuando las actividades objeto del contrato no puedan

ser ejecutadas por insuficiencia en el personal de planta o falta de conocimiento especializado. Lo que realmente no sucede, ya que la modalidad de contratación directa es utilizada para vincular personas, con el fin de que realicen actividades correspondientes al funcionamiento de la misma, durante un plazo y un valor previamente pactado, además dicha relación adolece de una viciada subordinación, pues quien funge el cargo de supervisor, realmente asume el estatus de jefe directo, y el contratista le debe obediencia; ese mismo contratista (en realidad empleado) debe cumplir un horario y no goza de tal autonomía de sus conocimientos técnicos, científicos y profesionales, pues se encuentra supeditado a la voluntad del “jefe”.

La teoría de las actividades rutinarias (*routine activity approach*)

Esta teoría defiende que *las actividades de la vida diaria influyen la oportunidad criminal en los delitos que causan daños a personas o propiedades* (Castro Cuenca, 2009). Este modelo posee tres elementos básicos:

Teoría de la actividad rutinaria y el triángulo básico del delito



Fuente: Nelson, Marcus. 1998. *Crime and Everyday life*. Second edition. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press.

En este modelo, el vigilante (1) debe cumplir con las calidades pertinentes para disuadir la comisión de la conducta delictiva, cuando este se ausenta el objetivo (2) se expone a ser centro de episodios criminales por un posible delinciente (3) Haciendo referencia específicamente a la corrupción, observamos que el posible delinciente se mueve por unos sentimientos motivacionales generados por un conjunto de necesidades “básicas” jerarquizadas y consideradas así por si mismo, dentro de las cuales se encuentran: la seguridad, la evitación, el logro y el poder. Esto lleva a que en la administración

pública, si el empleado, funcionario o servidor público no goza de estabilidad laboral, buscará la manera de creársela a través de actos de corrupción que le permitan asegurar sus necesidades una vez sea retirado de la administración (Castro Cuenca, 2009).

McClelland (1989), citado por Castro Cuenca (2009), propone emplear el motivo de evitación como medio para desarrollar el miedo y el fracaso, sancionando los actos corruptos apartando al individuo de la administración pública y de los cargos de elección popular. No obstante, dicha sanción es poco persuasiva y efectiva, pues muchos de los agentes corruptos son movidos por el poder (que no necesariamente consiguen siendo la cara de la administración) sino actuando como promotores de otros, lo que sacia su sed de poder, avaricia y ambición.

La corrupción es el germen del Estado y el agente corrupto, al no tener una víctima directa, visible, desangrada y sufriendo las consecuencias de sus actos delictivos, no se siente tocado o sensibilizado, por el contrario, motivado, como se expuso anteriormente. Además tenemos que, las normas de contratación propician muchos actos de corrupción con algunas figuras jurídicas y beneficios de los que goza el contratista.

Criminalidad de cuello blanco (*White collar criminality*)

Los delitos de cuello blanco poseen la característica de ser cometidos por individuos que gozan de reconocimiento, bien sea político, social o económico; la mayoría de ellos líderes de las comunidades a las que absorben con sus conductas delictivas. Como sucede en la corrupción en la contratación estatal donde los actores son alcaldes, gobernadores, directores de departamento, gerentes, en fin, funcionarios de altos rangos, y grandes empresarios e inversionistas, cuyos cargos facilitan el desangro al fisco estatal.

De esta manera, Castro Cuenca propone la corrupción como un delito económico teniendo en cuenta los siguientes criterios extraídos de la obra de Sutherland, E. H., Álvarez-Úria, F., y del Olmo, R. (1991), *El delito de "cuello blanco" es delito organizado*:

1. **Es reincidente y profesional:** Se considera reincidente, debido a que se convierte en un estilo de vida para los funcionarios públicos, una rutina y el quehacer diario de ellos, adquieren una cultura de corrupción que

los condiciona a actuar siempre de la misma manera, direccionar todos los contratos, buscar contratistas amigos, pedir dádivas o porcentajes a cambio de la adjudicación de una obra o una interventoría, celebrar convenios con fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro fachadas, pagar favores con contrataciones directas, entre otras actuaciones, que dado el momento lo ven como algo natural del oficio.

2. **Es organizado:** El delito de corrupción generalmente es cometido por estructuras organizadas de poder, en las que hay una división de funciones, mandos, jerarquías, se dan aportes y se realizan transacciones, cuyo objeto recae sobre los recursos públicos y su fin debería ser el beneficio de la sociedad, y no el enriquecimiento de las partes de dichas operaciones fraudulentas. Esto sin contar que los infractores tienen la certeza de su pago, pues se trata de unos dineros que son ciertos y que están destinados específicamente para cubrir la necesidad de que es objeto el contrato, y que puede ser cubierto de una forma aparentemente legal, pues ellos realizan el trámite correspondiente, pero de manera viciada o direccionada. De ese modo, cumplen sus compromisos personales y económicos, y con su plan de inversión o desarrollo.
3. **La corrupción es un delito en el cual el sujeto activo no pierde su estatus entre los asociados:** El agente corrupto mantendrá sus vínculos en la clase política y social a la que pertenece, conservará sus bienes y su patrimonio permanecerá, aun cuando sea procesado, pues generalmente lo que sucede es que pasa a convertirse en el patrocinador y promotor de las figuras políticas que le sobrevienen.

¿Cómo opera la corrupción en la contratación pública?

Durante las etapas de contratación: precontractual, contractual, ejecución, postcontractual, de liquidación, etcétera, pueden presentarse actos de corrupción, debido a la amplia potestad que tiene el funcionario a cargo, de la elaboración de los documentos y estudios previos, análisis de mercado y del sector, los pliegos de condiciones, en los que se incluyen los factores de selección, ponderación, y demás documentos; las facilidades de manipular las condiciones y direccionar los procesos son demasiado altas y por supuesto, demasiado beneficiosas, de la misma manera que resulta adjudicar procesos con personas jurídicas o naturales que finalmente no se van a ejecutar, pues en mucho de los casos, la remuneración recibida por la comisión de la infracción penal y disciplinaria es mucho más alta que las sanciones impuestas en la ley

para estas, o en el peor de los casos, la escasa posibilidad de ser procesado y sancionado.

En ese orden, es claro que la corrupción produce unos efectos que para algunos resultan tener una valoración positiva, pues son receptores de ciertas cantidades de dinero a título de soborno, con el fin de acelerar una actuación de la administración, tal como, agilizar plazos o realizar una adjudicación sin el lleno de los requisitos legales y prescindiendo de todas las garantías que implican los términos y las fases de los concursos que adelanta el Estado. De esta manera, los funcionarios públicos se habitúan a mejorar sus condiciones salariales a través de actos de corrupción, pues además del básico, reciben la “coima” o “mordida” por sus servicios prestados (Berdugo Gómez De la Torre & Fabián Caparrós, 2009).

Castro Cuenca (2009) desarrolla un diagrama del funcionamiento de la corrupción en la contratación estatal, mediante el cual explica el flujo y la adaptación del sistema a determinadas conductas que concluyen en delitos y faltas disciplinarias y/o fiscales; de este modo, existen unas etapas en las que la contratación flaquea y se vuelve especialmente vulnerable a la corrupción, en sus diferentes fases. Grosso modo tomaremos como modelo la forma desarrollada por dicho autor para referirnos a la vulnerabilidad de los procesos contractuales frente a la corrupción²:

Aspecto interno de la corrupción: la distorsión de la formación de la demanda

Si bien la contratación pública es la herramienta mediante la cual se saciarán las necesidades que tiene la sociedad, dicha demanda de necesidades en algunos casos puede verse en entredicho por el interés de un(os) funcionario(s) o por el de un tercero beneficiado, con el que en ocasiones tienen vínculos de parentesco, o lazos de amistad, lazos laborales, intereses económicos, etcétera; el fin es el mismo en todos los casos, desviar los dineros destinados a ser invertidos en los intereses generales, a los bolsillos de unos cuantos, o quitándole la posibilidad a un individuo que cuenta con las capacidades técnicas, intelectuales y profesionales para satisfacer la necesidad o carencia que tiene la administración, por contratar a un familiar o allegado

² Por razones de forma y estructura se toma como referencia las etapas expuestas por el profesor Carlos Guillermo Castro Cuenca, en su obra *La corrupción en la contratación estatal en Europa* del año 2009, páginas: 58 y 55. Exponiéndose situaciones de los casos colombiano y español.

de un funcionario público. Para esto, reestructuran la verdadera demanda, de modo que el beneficiado pueda cumplir con las condiciones expuestas, adecuándolas para que la persona (natural o jurídica) llene todos los requisitos y de esta manera, direccionar el proceso desde la etapa más previa; incurriendo así en conductas punibles de cohecho, tráfico de influencias y/o negociaciones prohibidas.

Aspecto adjetivo (abuso de poder): actuaciones administrativas irregulares

Una vez estructurada la necesidad, se procede a adelantar los trámites para la adjudicación, que dependerán por supuesto de las normas de contratación de cada país, el Real Decreto Legislativo 3/2011 en España, la Ley 80 de 1993, Decreto 1082 de 2015, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y demás en el caso colombiano. En todo caso, la primera etapa descrita por Castro Cuenca no es la única susceptible de corrupción, pues durante esta segunda etapa se alteran los mecanismos de adjudicación del contrato, limitando o distorsionando la concurrencia de los particulares, como lo afirma el autor. Y... ¿De qué manera lo hace? *Grosso modo* se traerán a colación los eventos más sobresalientes y concurridos:

La contratación directa: Es una excepción a la regla general que indica que todos los procedimientos contractuales deben procurar la pluralidad de oferentes, la publicidad y la selección objetiva; se debe aplicar solo en casos excepcionalísimos, en virtud de la necesidad subsistente en las entidades públicas y de las calidades específicas de la persona natural o jurídica con la que se pretende contratar. Sin embargo, dado que se trata de un proceso rápido, fácil y que no exige el lleno de los requisitos de las demás modalidades de selección, se convierte en la excepción de la regla general en pro de la corrupción, ya sea el llamado procedimiento negociado en España³, o la contratación directa⁴ en Colombia, modalidades de selección con diferente

3 Procedimiento negociado, Arts. 169 y ss. del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, "por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público". *Grosso modo*, se aplica en casos expresamente señalados en el mencionado decreto. De acuerdo a lo indicado en el artículo 177 del mismo, puede ser con publicidad o sin publicidad, según las características y circunstancias de cada contratación; esta modalidad de contratación da la potestad al licitador de escoger a dedo el contratista, de conformidad a la propuesta que resulte más beneficiosa para la entidad, asimismo, permite que se negocien cláusulas y aspectos del contrato. Se trata de un procedimiento riesgoso, susceptible de subjetividad y arbitrariedad por parte del funcionario público competente.

4 Contratación directa, artículo 2 numeral 4 de la Ley 1150 / 2007, de 16 de julio, "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". La norma indica que esta modalidad de selección al igual que la anterior, es aplicable en casos excepcionales previamente establecidos por el legislador en la mencionada ley; la entidad solicita propuestas a unos proveedores y luego de evaluarlas escogerá la oferta más favorable para la entidad, de acuerdo a sus factores técnicos y económicos de la misma, la entidad contratante está obligada a dar publicidad y a justificar jurídicamente y técnicamente la modalidad de selección escogida.

trámite, pero que vulneran similares garantías y son susceptibles a ser empleadas como escenarios para actos fraudulentos como sucede frecuentemente, tal es el caso de las contrataciones que se adelantan con omisión de requisitos, bajo el pretexto de ser emergencias manifiestas, o en defensa de la seguridad nacional, entre otros.

En España, se observa el conocido caso del exdirector general de la Guardia Civil, el señor Luis Roldán, quien en provecho de su cargo cobraba millonarias comisiones por adjudicar a dedo obras que por asuntos de seguridad no podían ser licitadas públicamente, el exfuncionario fue condenado a 28 años de prisión por estafa, malversación, cohecho y cinco delitos contra la hacienda pública⁵.

Colombia no se queda atrás, en el 2015 el Secretario de Transparencia de la Presidencia de la República, Camilo Enciso, denunció una cantidad considerable de casos en los que se estaría beneficiando a candidatos políticos y contratistas con millonarias contrataciones directas, para financiar ilícitamente campañas políticas, entre otros fines; la investigación por parte de dicha Secretaría se inició en el 2014 y hubo dramáticos hallazgos en nueve departamentos del país, *“Cerca de nueve billones de pesos se ejecutan por medio de contratación directa, en donde la parte más importante a través de esa contratación se realiza en la modalidad de contratos de prestación de servicios”* Afirmó el Secretario de Transparencia en entrevista dada a Colprensa⁶ (9 de agosto de 2015), asimismo dio a conocer que muchas entidades territoriales destinan más del 50 % del presupuesto de inversión en convenios de asociación⁷ y que *“A nivel territorial, la contratación directa en el periodo 2014 asciende a \$9.64 billones, que corresponden al 36,94% del total de la contratación de las entidades territoriales; mientras que la licitación pública únicamente asciende a 28,95%. La subasta al 3.40 por ciento y la selección abreviada de menor cuantía a 7,92% y la contratación de mínima cuantía 3,97%”* (Enciso, 2015, p. 28).

5 El caso de corrupción del exdirector general de la Guardia Civil, fue cubierto por todos los medios y es de reconocimiento público en España.

6 La entrevista se encuentra publicada en la página web de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, en el siguiente enlace: http://www.secretariatransparencia.gov.co/prensa/2015/Paginas/prensa_la-contrataci%C3%B3n-directa-estar%C3%ADa-beneficiando-candidatos-corruptos-camilo-enciso.aspx

7 Convenios de asociación: La Constitución Política de Colombia de 1991, autoriza mediante el artículo 355, que las entidades gubernamentales de cualquier nivel sea nacional, departamental, distrital o municipal, celebren “contratos” con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, en aras de impulsar programas y actividades de interés público de los Planes de Desarrollo. Este tipo de contratos se encuentra reglamentado por el Decreto Nacional 777 de 1992.

Modificaciones unilaterales, adiciones y prórrogas arbitrarias: Los contratos celebrados con el sector público son de carácter bilateral perfecto, ya que generan obligaciones para ambas partes, Contratante (Entidad Pública) y Contratista, de ello no nos queda ninguna duda. No obstante, teniendo en cuenta los fines que sustentan dichas contrataciones, ya mencionados anteriormente, en aras de proteger ese interés público el Contratante puede efectuar modificaciones unilaterales en ejercicio de la potestad *ius Variandi* que el legislador concede y de la cual abusan con frecuencia. Ocurre por ejemplo, que incluso antes de celebrarse el contrato el Contratante informa al Contratista (que pretende beneficiar) de las modificaciones y variaciones que prevé hacerle al contrato, de manera que este pueda ajustar su presupuesto con precios inferiores y goce de más posibilidades de ganar la licitación o la modalidad de que se trate. Estas situaciones no son ajenas para ninguno de los países objeto de estudio en el presente trabajo, pues en el caso de España por ejemplo, observamos que el Real Decreto Legislativo 3 de 2011, concede en los artículos 106 y ss., la facultad de modificar los contratos siempre que dicha potestad haya sido publicada previamente en los pliegos o en el anuncio de licitación, o que versen unas causales específicas; vale resaltar que dichas modificaciones deben estar debidamente soportadas y justificadas de manera objetiva. Por su parte, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, “*por la cual se expide el Estatuto de Contratación Estatal*” en Colombia, autoriza a la Entidad Pública Contratante para que modifique unilateralmente el contrato durante su ejecución, para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que pretende satisfacer, a través de la elaboración de un acto debidamente motivado el Contratante podrá suprimir o adicionar obras, trabajos, suministros o servicios.

Aun cuando se trata de un poder limitado del que goza la administración, es frecuentemente mal utilizado por los funcionarios.

Algo parecido sucede con las prórrogas de las que son objeto los contratos una vez se celebran, dado que, inicialmente se estipula un plazo de ejecución del contrato (en el que en muchos casos resulta imposible ejecutar la totalidad del objeto contractual) y antes de que se venza dicho plazo empiezan a celebrar prórrogas, por lo que obras que “deberían” ser ejecutadas en siete meses, son entregadas dos años después.

A modo de ejemplo se presenta el caso del contrato de obra 068 de el 2009 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU de Bogotá y el Consorcio Conexión, cuyo objeto consistía en *“ejecutar los estudios, diseños y construcción de las obras de la intersección a desnivel de la avenida Laureano Gómez (AK 9) con calle 94 y su conexión con la avenida Santa Bárbara (AK 19), correspondiente al proyecto con código de obra 104 del acuerdo 180 de 2005 de valorización, en Bogotá D.C.”*, y su plazo inicial era de 17 meses; según informe final de revisión fiscal efectuado por la Contraloría de Bogotá a dicho contrato se le realizaron: 1. Siete otrosí para modificar algunas de sus cláusulas; 2. Un acta de mayores cantidades de obra adicionándole \$17.000.000.000 al valor inicial del contrato y; 3. Seis suspensiones. El contrato al cual se le dio inicio el día 26 de noviembre de 2009, terminó en declaratoria de caducidad, terminación del contrato y constitución de siniestro por incumplimiento el día 22 de septiembre de 2011⁸.

Aspecto material de la corrupción: la ineficiencia en la ejecución de los contratos

Los escenarios de corrupción en la contratación estatal no terminan una vez adjudicado el contrato. Como lo pudimos evidenciar en el ejemplo anteriormente expuesto, una vez iniciada la ejecución aparecen nuevas oportunidades para cometer actos ilícitos, pues aumentan los costos de inversión y reducen la eficiencia (Castro Cuenca, 2009) producto de las figuras ya mencionadas.

Los contratistas, no conformes con el sustancioso anticipo que en muchas ocasiones la administración les concede, facturan servicios y bienes sin haberlos ejecutado o entregado, previo consenso, por supuesto, con el supervisor e interventor (si lo hubiere), dinero del cual todos obtienen su respectiva comisión ("mordida").

Tipificación de la corrupción en la contratación pública en Colombia y España

Queda evidentemente claro que los procesos de contratación pública desde su etapa precontractual se encuentran expuestos a ser aprovechados ilegítimamente por un sujeto corrupto y ambicioso; por lo que el legislador en

8 El informe de revisión fiscal efectuado por la Contraloría de Bogotá puede encontrarse en el siguiente enlace: http://www.contraloria-bogota.gov.co/intrane/contenido/informes/AuditoriaGubernamental/Movilidad/PAD_2012/CicloIII/IDU%20-%20Contrato%20068%20de%202009.pdf en él se exponen cada uno de los hallazgos encontrados por el ente de control en el referido contrato de obra y en la interventoría.

procura de proteger *la administración pública*, crea un tipo penal que castigue las conductas antes mencionadas. ¿Por qué insistir y resaltar el bien jurídico “administración pública”? Pues es sencillo, hay quienes no dan especial importancia a la corrupción por tratarse del fisco público, por no ver a un sujeto físico, tendido en el suelo y herido, sin saber que las verdaderas víctimas de los delitos que atentan contra el mencionado bien jurídico tutelado por la ley, ¡somos todos! Al no tener una administración de justicia imparcial, creíble y honesta, es inminente la existencia de necesidades básicas insatisfechas, escasez, inaccessos a los servicios públicos en algunas zonas del país o su mala prestación, desigualdad, hambruna, mala distribución de los recursos públicos, salud y educación de mala calidad, en fin; se trata de una avalancha que empezó con pequeños actos egoístas y ambiciosos y, ha seguido rodando y creciendo a través de los años con la participación de los servidores públicos y particulares que actúan de manera incorrecta y contribuyen en las desastrosas e injustas consecuencias que van dejando a su paso.

En ese orden, encontramos que el artículo 436, Capítulo VIII “De los fraudes y exacciones ilegales”, de la Ley Orgánica 10 del 28 de noviembre de 1995, está ubicado entre los delitos que el legislador plantea como “Delitos contra la Administración Pública” (Título XIX), bien jurídico del que ya se hizo referencia grosso modo; no obstante, estamos ante un tipo que “protege tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio estatal frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar para el mismo” (*Preciado Domenech, 2015*), y que pretende además, preservar y generar confianza a los gobernados respecto al correcto funcionamiento de las entidades estatales. Se trata de un tipo penal calificado, que exige que el sujeto activo de la conducta sea una autoridad o funcionario público, y que este a su vez esté investido de facultades o funciones que le permitan intervenir en la mecánica del delito. El verbo “intervenir” resulta atinado, pues admite la comisión de la conducta típica por parte de todos aquellos agentes calificados que participan de mayor o menor medida en cualquiera de las etapas de la contratación, lo que implica que será igual de responsable el funcionario que tranza con un contratista para permitir precios inflados en la estructuración del proyecto, como el funcionario que mediante la suscripción del contrato le da origen y que recibe su respectiva comisión, como el supervisor que durante la ejecución aprueba cuentas soportadas en servicios que no se han prestado o bienes que no se han entregado.

En el inciso 2, el Código Penal Español contempla la comisión de la conducta corrosiva por parte de un sujeto activo indeterminado, el particular que concerta con la autoridad pública, a quien se le reprocha la conducta de la misma manera y se le impone sanción igual a la del funcionario público interviniente, salvo que su inhabilidad consiste en la obtención de subvenciones por parte del Estado.

Por su parte, la Ley 599 de 24 de julio de 2000, en el Título XV “Delitos contra la administración pública”, Capítulo IV “Celebración indebida de contratos”, contiene cuatro tipos penales relacionados directamente con el tema de la presente investigación; en los que los artículos: 408 – Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, 409 – Interés indebido en la celebración de contratos y, 410 – Interés indebido en la celebración de contratos, exigen un sujeto activo calificado, más concretamente un servidor público que al igual que el caso anterior, intervenga en ejercicio de su cargo o funciones en la celebración indebida de contratos; mientras que en el último artículo del mencionado capítulo, Art 410⁹ – Acuerdos restrictivos de la competencia, el sujeto activo es indeterminado.

Ahora bien, en lo tocante a los verbos rectores de ambas legislaciones, se podría afirmar que el legislador colombiano (refiriéndose a los tipos penales plasmados en los artículos 408 al 410) se desgastó al redactar tres tipos penales que finalmente pretenden castigar lo mismo, es decir, la celebración indebida de contratos, pues el hecho de dar vida a un contrato que violenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades exigido por la ley o la Constitución (Art. 408), o tener un interés en obtener un provecho propio o ajeno con la celebración de un contrato u operación (Art. 409), queda fácilmente subsumido en el tipo de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales⁹, siempre y cuando a este último se le añadiera la finalidad ilícita (como bien lo hace el legislador español) descrita en el artículo precedente; se pensaría que dicho desgaste se debe a que las sanciones impuestas para cada tipo son diferentes, pero no, esa no es la situación, porque todas las conductas anteriormente descritas tienen la misma pena; parece más bien un caso de derecho penal simbólico, que cualquier otra cosa.

⁹ “Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Modificado por el Art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos (...)”.

Enfocándonos específicamente en el tipo descrito por el artículo 409 y, su carencia de un elemento subjetivo del injusto (distinto del dolo) que implique el propósito de ocasionar un perjuicio a la administración pública y/u obtener un provecho ilícito para sí o para otro, puede considerarse que dicha acción ocasiona amplitud del radio de punibilidad y podría incluso llegar a desconocer a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que se encarga de ejercer control de legalidad, declarar nulidad, ilicitud o ilegalidad de los actos administrativos, pues, a fin de cuentas, se trata de un acto emanado por una autoridad pública, que debe ser sometido a un control; esto sin contar que además existen entes de control que vigilan todo el tiempo la actividad estatal (Procuraduría, Personería, Contraloría, las secretarías o dependencia de control interno de cada entidad, entre otras) que también imponen sanciones al encontrarse frente a alguna irregularidad. Pero aún más importante que esto, es el hecho de subir de rango al derecho penal desde la última ratio, hasta la prima ratio, sin ejercer en muchos casos otros medios de control que podrían prevenir y castigar este tipo de conductas, evitando a su vez la intervención penal.

El artículo 410A del Código Penal Colombiano, tipifica bajo la denominación de “acuerdos restrictivos de la competencia” la conducta de concertar la alteración ilícita de un proceso de contratación de licitación pública, subasta inversa, selección abreviada o concurso de méritos, para efecto, impone una sanción doblemente mayor a la establecida para el delito “remanente” concierdo para delinquir; este delito de mera actividad no exige sujeto activo cualificado, por lo que a través de él, el legislador además de tutelar el bien jurídico referido, pretende castigar la conducta contraria a la norma cometida por los proponentes, contratistas o particulares intervinientes en el delito.

Contrario sensu, el legislador español fue mucho más práctico, optó por elaborar un tipo en el que encuadraren varias conductas, tomando como verbos rectores concertar (con los interesados) o usar cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, de modo que la realización de una conducta (cualquiera que sea) con el ánimo de defraudar a una entidad pública, encuadra perfectamente en el tipo del artículo 436 de la Ley Orgánica 10 de 1995; en lo tocante al verbo *concertar* indica el diccionario de la Real Academia Española –RAE– que se trata de “3. tr. Pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio”, lo que exige la existencia de dos voluntades concordadas en realizar una actividad, en este caso, defraudar una entidad pública.

Se exalta la labor de este legislador al añadir al tipo doloso anteriormente mencionado, el ingrediente subjetivo de “la intención de defraudar a cualquier ente público”, sin que la realización de dicha intención sea requisito para la consumación del delito, pues se trata de un delito de mera actividad y con la simple concertación o con el empleo de cualquier medio para llevar a cabo la finalidad transcrita, se configura el delito, no es necesario que se cause detrimento del Estado, o que el funcionario obtenga un provecho para sí o para otro; sin embargo, resulta acertada la existencia del mencionado elemento subjetivo, teniendo en cuenta que de esta manera se protege verdaderamente el bien jurídico “administración pública” de un inminente daño o amenaza a través de dichas conductas, sin rayar en una norma penal de carácter simbólico, cuyo único propósito resultase hacer creer a los gobernados que el Estado se está protegiendo a sí mismo de las conductas fraudulentas de sus funcionarios.

Es probable que sea la desconfianza e inseguridad que tienen los colombianos frente a la efectividad, proactividad y buen funcionamiento del sistema judicial, lo que hace que el legislador se vea obligado a tipificar conductas abiertas y que en ocasiones no generen riesgo real para el bien jurídico tutelado; la afirmación anterior cuestiona directamente la existencia de un tipo penal que castiga la conducta de un funcionario público que inobserva el lleno de los requisitos legales para los procedimientos contractuales, situación que fácilmente se puede presentar sin motivación alguna de obtener un provecho o causar un menoscabo estatal; el autor explica que la simple omisión de un requisito (por ignorancia, descuido, impericia, negligencia, y demás), colocaría al funcionario frente a esta conducta punible, que tiene sanción penal de 64 meses a 200 meses de prisión, multa de 66,66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 216 meses¹⁰; por una situación que puede resolver y sancionar la Procuraduría¹¹ en ejercicio de sus funciones.

Percepción de la corrupción en la contratación pública

Siendo la corrupción una realidad que azota todos los países del mundo, a nivel internacional y nacional han ideado estrategias, normas rectoras,

10 La sanción de inhabilitación para ejercicio de derechos y funciones públicas puede ser intemporal, en el evento que si la celebración del contrato genera un detrimento estatal, según Sentencia de Constitucionalidad 652 del 5 de agosto de 2003, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 “FUNCIÓN DISCIPLINARIA: La Procuraduría General de la Nación es la encargada de iniciar, adelantar y fallar las investigaciones que por faltas disciplinarias se adelanten contra los servidores públicos”.

organismos, entes, asociaciones, entre otros, con el propósito de analizarla, prevenirla, combatirla, investigar sus causas, consecuencias, formas de presentación, etcétera. Las personas se han interesado, el sentido de pertenencia se ha ido incrementando y han empezado a exigir a los entes públicos un actuar honesto.

Transparency International, en adelante TI, es una organización no gubernamental de carácter internacional cuya misión es detener la corrupción y promover la transparencia, la rendición de cuentas y la integridad en todos los niveles y en todos los sectores de la sociedad¹². En Colombia y España hay capítulos nacionales de dicha organización internacional, dentro de sus fines está generar conocimiento e información que permita a los ciudadanos (según sea el caso) tener claridad y conciencia de la falta de transparencia en las entidades públicas del respectivo país. Anualmente TI emite como resultado de sus investigaciones y estudios la tabla de Índice de Percepción de la Corrupción –IPC– a nivel internacional, a 2015, en términos generales, fueron más países los que mejoraron que aquellos que empeoraron, según indica dicho organismo.

España por su parte, en la tabla de IPC que nos grafica el grado de corrupción en el sector público (según la percepción de empresarios y analistas de cada país), empeoró en 2015 (obteniendo una posición de 36/168. Puntaje: 58/100), respecto al año 2014 (posición: 37/175. Puntaje: 60/100) en el cual mejoró en relación al año 2013 (posición 40/177. Puntaje: 59/100). Adentrándonos un poco más en el tema, observamos que el Centro de Investigaciones Sociológicas – CIS– realizó el año pasado el estudio nº 3121, barómetro de diciembre 2015, a través de la elaboración de 2.495 entrevistas a españoles mayores de 18 años; para interés de la presente investigación se resaltan algunos resultados: la pregunta 7: “¿Cuál es, a su juicio el principal problema que existe actualmente en España?, ¿y el segundo?, ¿y el tercero?” Encontrándonos que la corrupción y el fraude son el segundo problema (después del paro y seguido de los problemas de índole económica) que a juicio de los españoles existe en su país. Se confirma la preocupación de estos ciudadanos respecto a la corrupción y el fraude; no obstante, observamos que pese a que son conscientes de la existencia del problema, afirman que no es el que más les afecta, ubicándolo en el cuarto lugar, luego del paro, los problemas de índole económica y la sanidad.

12 Texto extraído y traducido de: http://www.transparency.org/whoweare/organisation/mission_vision_and_values/0/

Esto nos permite determinar que el problema está claramente determinado, pero no se sienten afectados directamente por él. En enero y julio de 2016, TI en colaboración con el Observatorio de Contratación Pública –OCP– realizó un análisis en las Instituciones Públicas de España, con el fin de determinar cuáles de ellas cumplen con la normatividad legal de contratación mediante la cual se exige la publicación de los procesos contractuales en la Plataforma de Contratación del Sector público-PCS, encontrando que existe un gran incumplimiento de la ley en muchas Instituciones Públicas, tal es el caso de los ayuntamientos, en los que solo 33 de los 110 que fueron analizados, cumplen con el referido reglamento; de las 17 comunidades autónomas 6 cumplen; de los 17 parlamentos solo 5 cumplen; el Senado y el Congreso incumplen, y 30 universidades públicas de las 51 cumplen con el reglamento.

El 23 de octubre de 2015, el Boletín Oficial del Estado –BOE– publicó el informe de fiscalización a la contratación del sector público de 2012 elaborado por el Tribunal de Cuentas, en el que se encontraron ciertas irregularidades como las mencionadas en capítulos anteriores: escogencia del procedimiento negociado sin justificación, pliegos redactados a la medida de empresas en concreto, o bien, como se denomina en Colombia, direccionamiento de contratos; omisión de describir la necesidad de celebrar el contrato; deficiente publicidad de las actuaciones, entre otras.

En Colombia, la situación es aún peor, pues a 2015 se encuentra ubicado en la posición N° 83 y con puntaje 37, en empate con China, Liberia y Sri Lanka, a nivel internacional; mientras que entre los países de América, ocupa el puesto N° 12 por debajo de Cuba, Brasil, El Salvador, entre otros, y por encima de Perú, México, Argentina, Venezuela (que lamentablemente ocupa el puesto 158 a nivel internacional y en América el último puesto), entre otros. Desde el año 2012, Colombia viene arrojando similares resultados, pues a 2012 y 2013 obtuvo 36 y, a 2014 y 2015 subió a 37.

Transparencia por Colombia a través del Índice de Transparencia de las Entidades Públicas –ITEP– busca prevenir la corrupción, bajo el entendido de que el riesgo se incrementa cuando los niveles de desarrollo institucional son deficientes; en ese orden, observamos con decepción que una vez efectuados los respectivos análisis, a 2013-2014, el ITEP encontró que solo 4 de las 32 Gobernaciones del país se ubican en nivel de riesgo moderado de corrupción

y 16 están en riesgo alto y muy alto; estas últimas clasificadas en tercera y cuarta categoría, salvo dos excepciones (Atlántico y Bólvivar); respecto a la contratación se determinó que existen algunas entidades que no cuentan con comités de contratación, ni personal apto y calificado para llevar a cabo los procesos, otras no tienen manuales de contratación y en 7 departamentos el 75% de la contratación se realizó de manera directa; en las Alcaldías se tomó como muestra 28 capitales municipales/distritales (con exclusión de Bogotá, Medellín y Cali, principales ciudades del país) y 13 entidades municipales de departamentos grandes, para un total de 41 Alcaldías evaluadas, encontrándose que solo 3 están en nivel de riesgo moderado y 20 en nivel alto y muy alto. Llama la atención que los municipios en riesgo muy alto, son de tercera, cuarta y sexta categoría; lo mismo sucede con las Contralorías Departamentales, donde sólo dos se encuentran en riesgo moderado de 32.

No obstante, en las entidades públicas nacionales la situación es un poco distinta, de las 85 evaluadas 20 se encuentran en nivel de riesgo moderado, 51 en riesgo medio, 13 en riesgo alto y solo una (la Cámara de Representantes) en nivel de riesgo muy alto. Dentro de estas entidades, está la Agencia Nacional de Contratación Pública en nivel de alto riesgo de corrupción, asimismo, junto a otras entidades nacionales no reporta lineamientos internos que regulen la contratación¹³.

La Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República realiza seguimiento a los llamados “elefantes blancos”¹⁴ en el informe emitido a fecha de corte julio de 2016, se observa que hay 53 posibles elefantes blancos, por suspensiones, abandono, inejecución; en algunos casos las entidades no dan reporte del estado de los procesos, uso inadecuado, entre otros. Se resalta el interés de la comunidad por denunciar las irregularidades y posibles actos de

13 Resulta paradójico que precisamente la Agencia Nacional de Contratación Pública se encuentre entre las cinco entidades que no reportaron lineamientos internos para sus procedimientos de intervención, supervisión, elaboración de contratos y escogencia de modalidades de selección, siendo esta la entidad encargada de:

“1. Proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

(...)

10. Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública; y promover y adelantar con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se los permita, la capacitación que considere necesaria, a fin de orientar a los participantes en el proceso contractual”. artículo 2º del Decreto 4170 de 2011)

14 Elefante blanco: se trata de una obra pública objeto de construcción, mantenimiento o instalación de un bien inmueble, que causa impacto negativo a la comunidad por estar inconclusa o abandonada, porque se le da un uso inadecuado, o sus costos superan los beneficios de su funcionamiento. Secretaría de Transparencia.

corrupción y fraude cometidos por las Entidades Públicas; esto resulta una muestra del incremento del sentido de pertenencia por parte de la ciudadanía.

Costos y beneficios en la realización de la conducta punible

Cometer actos de corrupción es muy bien pagado y, eso lo demuestra la gran cantidad de funcionarios públicos corruptos que hay y la facilidad con la que se convencen de que dicho camino es rentable; en el caso de la contratación estatal, las “coimas”, “mordidas”, “comisiones”, los “sobornos” como prefieran llamarlos, son sustanciosos y muy asequibles. Siguiendo con el caso colombiano anteriormente mencionado, del Carrusel de Contratación de los Nule, se testificó que por algunas de las obras adjudicadas los contratistas pagaban a la Entidad Pública el 9 % del valor total del contrato; o el reciente caso de los Juegos Nacionales de Ibagué que debían realizarse en el 2015 y las obras nunca fueron terminadas; presuntamente la suma de las coimas asciende a 50.000 millones de pesos por siete contratos adjudicados (el asunto aún se encuentra en investigación por parte de la Fiscalía). España no es ajena a estas circunstancias, ya que se observa el caso púnica, en el que se vieron involucrados varios funcionarios del Estado, exconsejeros, exalcaldes, entre otros, por la presunta recepción de coimas a cambio de la adjudicación de contratos.

Esto, confrontado a los índices de impunidad que hay en los países estudiados, resulta un auténtico negocio; Colombia se encuentra posicionado en el tercer lugar en la tabla del Índice Global de Impunidad –IGI– y España ocupa el puesto 17, asimismo, las sanciones impuestas para dichas conductas no son lo suficientemente persuasivas para los agentes, no cumplen verdaderamente su fin de prevención general, pues los beneficios obtenidos a título de “mordidas” son demasiado provechosos para crear y asumir el riesgo jurídico-penalmente relevante, en virtud de que las probabilidades de ser condenado son muy pocas y en caso de encontrarse frente a esa situación, la pena resulta irrisoria en comparación a las ganancias que representó la infracción, además de los beneficios que se pueden obtener dentro del proceso para reducción de la pena.

En ese orden nos preguntamos, ¿al incrementar de manera abrupta las sanciones penales, evitaríamos la expansión de la corrupción? No es sencillo dar respuesta a este cuestionamiento, de hecho consiste en un debate jurídico-penal que por años han tratado de resolver, y esto, porque la potestad

punitiva del Estado tiene sus límites que, instan a que la sanción penal sea proporcional, necesaria, teleológica, entre otros y, que además cumpla con los fines retributivos y preventivos. El profesor de economía Fernando Rodríguez, plantea la incompatibilidad que puede existir entre la proporcionalidad (como aquella cualidad de la sanción penal que contribuye a evitar que los sujetos se sientan incentivados a pasar de cometer una conducta punible menos grave a otra más grave, y que permite además establecer dicha división entre unos y otros delitos) y la eficacia (como característica verdaderamente desincentivadora de la comisión de ilícitos y cumplidora del fin preventivo general que tiene la pena). La sanción penal debe ser lo suficientemente desincentivadora, pero también debe ser proporcional al ilícito cometido (Rodríguez López, 2008).

Sucede, que la desincentivación puede lograrse con ciertos individuos, pero no con todos, pues algunos por razones de índole personal o ideológica son no motivables o en el mejor de los casos, no es necesario motivarlos porque internamente ya lo están, como bien lo afirma el profesor Rodríguez López. Si bien nos encontramos frente a un delito grave, que ocasiona consecuencias negativas, precariedades y desabastecimientos a todos los habitantes de un lugar, y que además resulta demasiado provechoso para quien comete la conducta, no podemos exceder los límites legalmente impuestos a la pena. Pues bien, si incrementamos las sanciones privativas de la libertad y la multa para quienes cometan actos de corrupción en los procesos de contratación pública, en virtud del provecho/detrimento que obtuvo/causó o esperaba obtener/causar, podría incluso llegar a exceder la pena impuesta para otros tipos penales como aquellos que atentan contra la vida y la integridad física, dejando en entredicho el fin preventivo de la pena e incentivando al agente a que cometa otros delitos sancionados con penas menores pero de mayor gravedad, para ocultar delitos de menor gravedad sancionados con penas mayores.

Es necesario además, que el tipo penal mediante el cual se castiga la corrupción en los procesos contractuales se encuentre debidamente redactado, de modo que no sean procesados, juzgados y condenados individuos de manera arbitraria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las Entidades Públicas son aparatos organizados de poder, en los que se dividen funciones y establecen jerarquías, dando mando y autoridad a unos cuantos sobre unos muchos; no es falso además afirmar que en muchas ocasiones, quien ostenta el cargo

de jefe abusa de su autoridad y utiliza a otros individuos para cometer sus actos delictuales. Por otra parte, resulta verdaderamente estimulante para el servidor público el hecho de que la estabilidad de su cargo está sujeta a la voluntad de otro individuo, a un plazo establecido en un contrato de prestación de servicios, o a la angustiada espera de que sea nombrado en propiedad quien meritoriamente gane el puesto que él ocupa, por lo que, en aras de “garantizar su futuro” se corroe e intenta incrementar su patrimonio en la mayor medida posible.

De esta manera, podemos afirmar que nos encontramos frente a una conducta que:

1. Genera rendimientos económicos altos
2. Tiene una sanción penal que no desincentiva al agente
3. Las probabilidades de ser condenado son muy bajas debido a los índices de impunidad existentes en España y Colombia.

No es posible asimilar ambos países, pues por razones obvias como la antigüedad, el marco histórico, económico y cultural, España le lleva mucha ventaja a Colombia, de hecho, conductas de corrupción que en el segundo ocurren diariamente y ya son consideradas como “rutinarias” o “normales”, en España no suceden por cuestiones culturales, hábitos; el ambiente de corrupción no se respira en todos y cada uno de los escenarios, como lamentablemente sucede en Colombia; empero, ambos países sufren el flagelo de la corrupción en la contratación pública.

Si analizamos los sujetos activos de las conductas anteriormente mencionadas y el propósito que los lleva a cometerlas, conseguiríamos afirmar que son agentes que se mueven en virtud del dinero (en la mayoría de los casos), siendo este último, el medio y también el fin de la conducta. Por lo que nos permitimos proponer que, en procura de la intervención mínima del derecho penal y manteniéndolo como la última *ratio*, se empleen medios administrativos para castigar este tipo conductas, que si bien son reprochables y además ocasionan grandes perjuicios a la sociedad, el derecho penal no ha logrado prevenirla y en muchos casos queda impune.

Los sujetos corruptos están incentivados por el lucro que obtienen, y ese mismo es el que debería ser atacado con las penas. Según el autor, la propuesta consiste en imponer sanciones económicas altas, mayores a los beneficios

que obtuvo/obtendría con la comisión de la conducta (junto a las respectivas inhabilidades) tanto al funcionario público, como al particular que cometa la infracción, de modo que impidan: 1. continuar infringiendo la ley y atentando contra la administración pública y, 2. Ocasionar un impacto negativo de la conducta en el pensamiento (y por supuesto en el bolsillo) del infractor, de modo que sea persuadido a no reincidir. En el caso de que no cumpla con las sanciones económicas impuestas, o que reincida en las conductas punibles, se impondrían penas privativas de la libertad proporcionales. De esta manera, tal vez lograríamos eficacia, proporcionalidad, intervención estatal y recuperación del fisco.

CONCLUSIONES

El fraude y la corrupción en la contratación estatal son una realidad evidente en España y Colombia, las medidas adoptadas por los legisladores para controlar la situación no han surtido resultados y cada día se amplían más las posibilidades y oportunidades para ser un agente corrupto. En el caso de Colombia específicamente, se observa sin extrañeza que son precisamente las regiones más pobres y olvidadas por el Estado, las que más corrupción producen. Sin dejar a un lado la situación de España, que queda mal posicionado entre los países del continente europeo.

Pese a la existencia de organismos internacionales y nacionales, la creación de normas de anticorrupción, campañas de concientización, y demás, la plaga se sigue expandiendo, continúa contagiando a muchos individuos y causando estragos a su paso. Múltiples obras sociales han quedado inconclusas, decenas de servicios se han dejado de prestar eficientemente, los gobernados han perdido la credibilidad frente a las autoridades administrativas, “Libre concurrencia, ¿qué es eso?” Los procesos de contratación tienen dueño desde la etapa de elaboración del proyecto y creación de la necesidad, se han perdido totalmente los estribos y hasta el pudor, pues en muchos de los casos los funcionarios no se esmeran ni por ocultar sus conductas.

El fin del agente consiste en enriquecerse y es precisamente ese fin el que hay que atacar, idear un sistema sancionatorio que afecte en la mayor medida posible el patrimonio de los infractores; no resulta descabellado, sus intereses versan sobre el poder, el dinero, la ambición y la avaricia, probablemente imponerles 5 o 6 años de prisión no les afecte tanto, pues tendrían suficiente capital para seguir enriqueciéndose utilizando a otros, financiando la creación

de nuevas empresas o fundaciones, o ideando cualquier plan para continuar delinquiendo. El Estado colombiano, además de esto, debe tomarse la tarea de reformular el tipo, redactarlo de manera adecuada, en aras de proteger el bien jurídico tutelado y no adoptar medidas penales simbólicas, cuyos fines vayan encaminados más a convencer a la ciudadanía de su gestión e intervención frente a la corrupción, que a hacerlo verdaderamente.

Resulta lamentable que los funcionarios encuentren tantas motivaciones para cometer la conducta, pues los provechos son suficientemente onerosos, las penas no son persuasivas y el nivel de impunidad en ambos países es altísimo, y esto sin contar, que debido a las formas de vinculación a la administración, en muchas ocasiones no cuentan con garantías de estabilidad, ni con buenos ejemplos.

REFERENCIAS

- Berdugo Gómez De la Torre, I., y Fabián Caparrós, E. (2009). Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, (81). Recuperado de: file:///C:/Users/smta_practicantes/Downloads/183-837-1-PB.pdf.
- Castro Cuenca, C. (2009). *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis.
- Consejo de Estado (2011). Sentencia N° 28.616. Bogotá. C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Recuperado de: <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?action=view&id=645&module=newsmodule&src=%40random50ff48e1e3fd3>
- Enciso, C. (2015). La contratación directa estaría beneficiando candidatos corruptos. Recuperado de: http://www.secretariatransparencia.gov.co/prensa/2015/Paginas/prensa_la-contrataci%C3%B3n-directa-estar%C3%ADa-beneficiando-candidatos-corruptos-camilo-enciso.aspx.
- Felson, M. y Clarke, R. (2008) *La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito*. Recuperado de: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/855/claves06_09_felson_clarke.pdf
- Kofi, A. (2004). La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. *Documento de Investigación oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*. Viena, Australia.
- Teor Preciado Domenech, C. (2015). *La corrupción pública en la reforma del código penal 2016*. Pamplona, España, Civitas. Recuperado de: <https://www.dykinson.com/libros/la-corrupcion-publica-en-la-reforma-del-codigo-penal-de-2015/9788447052882/>
- Rodríguez López, Fernando (2008). El conflicto entre la proporcionalidad y la eficacia en las sanciones por corrupción. En N. Rodríguez García, & E. Fabián Caparrós. *Corrupción y delincuencia económica* (págs. 19-34). Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sutherland, E. H., Álvarez-Úria, F., y del Olmo, R. (1991). *El delito de cuello blanco*. La piqueta.

Para citar este artículo:

Silva Maestre, S. V. (2018). Corrupción en los procesos de contratación pública: Derecho penal colombiano y español. *Vis Iuris*, 4(8), 9-32.