

La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios *

André Scheller D'Angelo **

Shirly Silva Maestre ***

Fecha de recepción: 25 de febrero de 2017

Fecha de evaluación: 28 de junio de 2017

Fecha de aprobación: 30 de junio de 2017

Para citar este artículo

Scheller D'Angelo, A. & Silva, Sh. (2017). La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios. *Revista Via Iuris*, (Nº 23). Pp.

^{1*} Este artículo hace parte de la fundamentación teórica de la línea de investigación en Criminalidad Organizada Transnacional de la escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, sede Santa Marta; asimismo hace parte del trabajo de investigación que obtuvo la calificación de apto por parte de la Universidad de Salamanca, España, para obtener el título de Especialización en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo de la profesora Shirly Vanessa Silva Maestre, en agosto de 2016. Santa Marta (Colombia).

^{2**} Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, magíster en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Director del departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, sede Santa Marta y catedrático de Derecho Procesal Penal de la Universidad del Magdalena. Santa Marta (Colombia). Correo electrónico: andre.scheller@usa.edu.co

^{3***} Especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo de la Universidad de Salamanca; especialista, becada, en la especialización en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, sede Santa Marta; abogada de la misma Universidad. Profesora de Derecho Penal General - Teoría del Delito y Derecho Penal Especial de la Universidad Sergio Arboleda, sede Santa Marta. Correo electrónico: shirly.silva@usa.edu.co

La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios

Resumen

Durante los últimos años, 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 cometer actos corruptos, esto, producto de las altas cantidades de dinero destinadas para ello, las facilidades para adquirirlo y las altas probabilidades de que dichas conductas queden en la impunidad; muestra de lo indicado es el alto índice de percepción de la corrupción en Colombia y España. Esta investigación pretende mostrar, desde una perspectiva analítica, la forma como opera el fenómeno de la corrupción en la contratación pública, tomando como referencia los países anteriormente descritos. Para ello, se efectuó un análisis de cómo opera la corrupción en la contratación pública y en qué posición se encuentran los países objeto de la investigación a nivel mundial. En dicho análisis se hallaron índices muy altos de percepción de la corrupción, riesgo de corrupción en la mayoría de las entidades públicas y desconfianza por parte de los gobernados; asimismo, se indagó la forma en que se tutela el bien jurídico “administración pública” de este tipo de comportamientos delictivos, en cada uno de los ordenamientos jurídicos. En aras de determinar que no existe una relación positiva entre la imposición de la sanción penal y la prevención del delito, se tomaron en consideración los costos y beneficios de la comisión de la conducta punible. Lo que da cuenta del no cumplimiento de la función preventiva de la pena.

Palabras clave

Administración pública, contratación pública, corrupción, transparencia internacional.

Corruption in public procurement: operability, typing, perception, costs and benefits

Abstract

In recent years, the germ of corruption has expanded throughout all public sector scenarios. This universal behavior has come to be practiced from the simplest acts, to the most complex at the head of the State. Public procurement is extremely attractive to commit corrupt acts, this, product of the high amounts of money allocated for it, the facilities to acquire it and the high probability that these behaviors remain unpunished; The indication of what is indicated is the high perception of corruption in Colombia and Spain. This research aims to show, from an analytical perspective, the way in which the phenomenon of corruption in public procurement operates, taking as reference the previously described countries. To this end, an analysis was made of how corruption operates in public procurement and in which position are the countries under investigation worldwide. In this analysis, very high rates of perception of corruption were found, corruption risk in most public entities and distrust on the part of the governed; likewise, the way in which the legal good "public administration" of this type of criminal behavior is protected in each of the legal systems was investigated. In order to determine that there is no positive relationship between the imposition of the criminal sanction and the prevention of crime, the costs and benefits of the commission of the punishable conduct were taken into consideration. What accounts for the non-fulfillment of the preventive function of punishment.

Keywords

Public administration, public procurement, corruption, international transparency.

A corrupção na contratação pública: operacionalidade, tipificação, percepção, custos e benefícios

Resumo

Nos últimos anos, o germe da corrupção expandiu-se em todos os cenários do setor público. Esse comportamento universal passou a ser praticado desde os atos mais simples até os mais complexos à frente do Estado. A contratação pública é extremamente atraente para cometer atos corruptos, isto é, produto das altas quantias de dinheiro alocadas para ela, as facilidades para adquiri-la e a alta probabilidade de que esses comportamentos permaneçam impunes; de acordo com o anterior é a alta percepção de corrupção na Colômbia e na Espanha. Esta pesquisa tem como objetivo mostrar, a partir de uma perspectiva analítica, a maneira pela qual o fenômeno da corrupção opera em aquisições públicas e em que posição estão os países sob investigação em todo o mundo. Nessa análise, foram encontradas taxas muito altas de percepção de corrupção, risco de corrupção na maioria das entidades públicas e desconfiança por parte dos governados; do mesmo modo, investigou-se o modo como o bem legal “administração pública” é protegido deste tipo de comportamento criminoso em cada um dos sistemas legais. A fim de determinar que não há relação positiva entre a imposição da sanção penal e a prevenção do crime, os custos e benefícios da comissão da conduta punível foram levados em consideração. O que explica o não cumprimento da função preventiva da punição.

Palavras-chave

Administração pública, compras públicas, corrupção, transparência internacional.

Corruption dans les marchés publics : opérabilité, dactylographie, perception, coûts et bénéfices

Résumé

Ces dernières années, le germe de la corruption s'est étendu à tous les scénarios du secteur public. Ce comportement universel a été pratiqué des actes les plus simples aux plus complexes à la tête de l'Etat. Les marchés publics sont extrêmement attrayants pour commettre des actes de corruption, ceci, produit des sommes d'argent élevées qui lui sont allouées, des facilités pour l'acquérir et de la forte probabilité que ces comportements restent impunis ; L'indication de ce qui est indiqué est la haute perception de la corruption en Colombie et en Espagne. Cette recherche vise à montrer, d'un point de vue analytique, la manière dont fonctionne le phénomène de la corruption dans les marchés publics, en prenant comme référence les pays précédemment décrits. À cette fin, une analyse a été faite de la façon dont la corruption opère dans les marchés publics et dans quelle position sont les pays sous enquête dans le monde entier. Dans cette analyse, des taux très élevés de perception de la corruption ont été constatés, le risque de corruption dans la plupart des entités publiques et la méfiance de la part des gouvernés ; de même, la manière dont la bonne « administration publique » légale de ce type de comportement criminel est protégée dans chacun des systèmes juridiques étudiés. Afin de déterminer qu'il n'y a pas de relation positive entre l'imposition de la sanction pénale et la prévention de la criminalité, les coûts et avantages de la commission du comportement délictueux ont été pris en considération. Ce qui explique le non-accomplissement de la fonction préventive de la punition.

Mots-clés

Administration publique, marchés publics, corruption, transparence internationale.

Introducción

Para hablar de corrupción en materia de contratación estatal es necesario empezar por definir los dos conceptos. En ese orden, frente a la corrupción se puede afirmar que, su conceptualización es el centro de diferentes polémicas, esto ha conllevado a que aún no cuente con una definición aceptada universalmente. Para hacer una aproximación a su significado, el cual abarca un sinnúmero de conductas que causan desafección al erario, así, Kofi Annan, exsecretario 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. (Annan, 2004, p. iii).

Para comenzar con la delimitación del concepto son particularmente influyentes las palabras de Carlos Castro Cuenca quien 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” (2009), lo que podría considerarse un tanto limitado, toda vez que, sin poseer un cargo específico, se pueden cometer actos de corrupción. Por su parte, la Corte Constitucional se refirió al respecto, citando la intervención del Ministerio del Interior y de Justicia en la sentencia de constitucionalidad C-434 de 2013:

La corrupción constituye, en la mayoría de sus eventos, un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no solamente como un delito contra la Administración Pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado e incluso el patrimonio público, en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos o soborno. (Corte Constitucional, C-434, 2013, p. 10).

De ello, es preciso afirmar que la corrupción gira en torno a tres aspectos importantes: el primero es la administración pública, que comprende el patrimonio del Estado y el interés público y social; el segundo es el escenario, o propósito; y finalmente el tercero: es el verdadero perjudicado.

A contrario sensu, la contratación pública se podría definir como la herramienta jurídica que emplean las entidades públicas para adquirir los bienes y servicios que requieran, de conformidad con un procedimiento regulado por disposiciones legales, en procura de los

finés del Estado. Lo anterior, con observancia del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, respecto a los fines de la contratación estatal:

Los servidores públicos deben tener en consideración que, al celebrar contratos y durante la ejecución de los mismos, 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. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Paradójicamente, uno y otro concepto están en extremo ligados, pues algunos de los actos de corrupción más practicados y universalizados, son en esta área del derecho público, dedicada exclusivamente a la realización de procesos contractuales, los cuales constan de características especiales, tienen sus propias reglas y normas exclusivas y, mediante ellos, se deben satisfacer necesidades e intereses de los administrados, en función de los compromisos del Estado. Al respecto, Teresa Medina manifestó que:

La corrupción en la contratación pública se materializa a partir de una serie de actuaciones de distinta naturaleza que, o bien suponen la quiebra de la legalidad o bien la quiebra de la imparcialidad, pero que, en cualquier caso, implican la adopción, por parte de los servidores públicos, de decisiones que se desvían del objetivo propio de la actuación administrativa que es el interés general para obtener alguna clase de beneficio para sí o para un tercero. (2010, p. 7).

Tanto en Colombia como en España, se ha tomado la contratación pública como escenario para la realización de fraudes y actos de corrupción, dados los altos rendimientos económicos que ofrece, esto se evidencia en los índices de percepción de los últimos años, de acuerdo con lo manifestado por Transparencia Internacional, así como los niveles de impunidad que se manejan en ambos países. Pese a los esfuerzos legislativos de las autoridades en las naciones objeto de la presente investigación, la norma castigadora aún no logra cumplir su fin preventivo, ni persuasivo, sino todo lo contrario. Este análisis pretende dar a conocer cómo el flagelo de la corrupción abate el escenario contractual del sector público, ocasionando un daño grave a la sociedad y enriqueciendo a un grupo selecto de personas.

Metodología

De acuerdo con lo anterior, surge la pregunta ¿Cómo opera la corrupción en los procesos de contratación estatal y porqué resulta tan beneficioso para los sujetos que intervienen en la comisión de las conductas delictivas, en tratándose de delitos fuertemente castigados en Colombia y España?,

Desde el punto de vista metodológico, para dar respuesta a esta pregunta, en un inicio se estudiarán algunas de las teorías que criminológicamente sustentan la razón por la cual los individuos deciden cometer o participar en los delitos de corrupción, posteriormente, se analizará la forma como funciona el delito en cada una de las etapas de la contratación pública, trayendo casos reales acaecidos en Colombia y España; asimismo, se hará un análisis crítico de los tipos penales tipificados en la Ley Orgánica 10 de 1995 (España) y la Ley 599 de 2000 (Colombia) para proteger el bien jurídico “administración pública” y los índices de percepción de la corrupción en los países anteriormente mencionados, de conformidad con los estudios realizados por Transparencia Internacional (TI); para finalmente examinar la relación costo-beneficio de la conducta punible.

Pese a que existen, en cada una de las legislaciones, tipos penales que castigan fuertemente los actos de corrupción cometidos dentro de los trámites contractuales, se verá a lo largo de este artículo, que aquello no logra persuadir a los individuos a ser honestos y actuar de forma correcta. Esto puede ser producto de la falta de implementación de medidas adecuadas, dejando de lado la intervención del derecho penal y empleando otras medidas corrosivas, más persuasivas y desincentivadoras.

Resultados y discusión

Corrupción en los procesos de contratación pública

En un escenario donde se manejan grandes cantidades de dinero provenientes del erario, prima la discrecionalidad y la subjetividad de los individuos investidos por un cargo público o político fácilmente corruptible⁴, en el que además es fácil el acceso a actos fraudulentos; allí, existe una alta probabilidad de impunidad, por ello, resulta ser el escenario perfecto para cometer actos de corrupción.

⁴ Piénsese en los cargos de rango inferior de libre nombramiento y remoción cuyo salario es ínfimo.

Durante los últimos años, en algunos países de Europa y América Latina han salido a la luz pública escándalos relacionados con los contratos celebrados entre entidades públicas y particulares; no obstante, existe aún entre los gobernados desconocimiento e incluso indiferencia frente al tema; algunos consideran que este tipo de conductas no les afecta y otros ignoran que dichos actos se puedan cometer. Sin embargo, hay quienes se preocupan por el asunto y han empezado a percibir la corrupción del Estado; esto ha llevado a cuestionarse, ¿por qué los funcionarios y demás intervinientes del delito deciden actuar de tal manera en los actos de corrupción? a continuación, algunas teorías al respecto.

Algunas teorías.

Castro Cuenca (2009), en su libro *La corrupción en la contratación pública en Europa*, compila algunas de las teorías que podrían explicar, criminológicamente, la razón por la cual los individuos incurren en este tipo de conductas delictivas, los cuales, en la totalidad de los casos, generan alta rentabilidad para el individuo que delinque en desmedro de los bienes del Estado, de esta manera, recoge las siguientes:

Teoría de la elección racional (rational choice theory).

La teoría de la elección racional defiende la tesis de que el individuo que decide corromperse lo hace en virtud de los altos beneficios que acoge, frente al riesgo de recibir la imposición de 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 dicho agente cuenta.

Rodríguez López (2012) asegura que la existencia de un ambiente de certeza y estabilidad en la administración, así como la apreciación de la labor desempeñada por los servidores y modelos de honradez por parte de las autoridades administrativas y políticas, contribuyen a la disminución de la corrupción. En lo que claramente acierta, ya que, generar estabilidad y confianza del servidor público sobre su cargo le forja conciencia de que goza de beneficios, pues cuenta con un empleo cierto y honorable, con un buen salario, donde además 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, se estima que 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 que gozan de cargos de mando.

Pues bien, la realidad es completamente distinta, en el caso colombiano se encuentran los denominados 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 se encuentra frente a una total incertidumbre laboral, y, en cualquier momento, puede ser removido o trasladado; así como es posible que el cargo sea declarado insubsistente u otras circunstancias que lo perjudican laboralmente. De la misma manera, los contratos de prestación 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.

Asimismo, 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. En el mismo sentido, Mir Puig (2000) indica que esto no sucede, ya que, la modalidad de contratación directa es utilizada para vincular personas que, si bien realizan actividades correspondientes al funcionamiento de la entidad durante un plazo y un valor previamente pactado, 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 la autonomía de sus conocimientos técnicos, científicos y profesionales, pues se encuentra supeditado a las órdenes de su jefe; aun cuando la Corte Constitucional, en la citada sentencia, menciona que una vez demostrada dicha subordinación, debe ser declarada la existencia de la relación laboral; esto no ocurre con mucha frecuencia, debido a la existencia de compromisos y constante flujo de conexiones políticas que, en ocasiones, tienen mayor peso frente a dicha vulneración. De manera complementaria, se puede anotar como lo hace Rodríguez Mourullo, que:

No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino de constatar el hecho de que la adjudicación de una obra pública condicionada por un acuerdo previo, adoptado en función de una dádiva y prescindiendo, en consecuencia, de los factores objetivos que deberían determinar el proceso de selección entre ofertas situadas en condiciones de igualdad, constituye en sí mismo intrínsecamente un acto injusto, como manifiestamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico. (2004, p. 187).

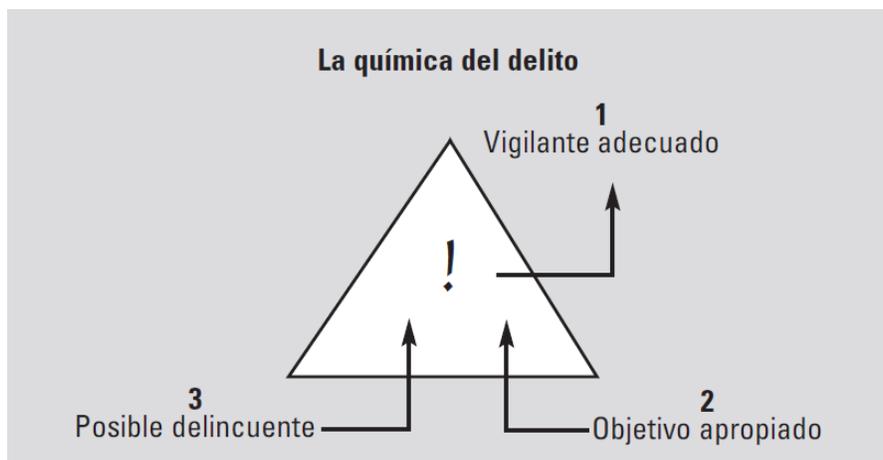
Lo anterior permite dar claridad respecto a la teoría de la elección racional, tomando en consideración la actitud consciente del individuo que pertenece o se vincula a la administración frente a su decisión de involucrarse en los actos de corrupción que,

infortunadamente, se volvieron parte de la *rutina* del sistema, así como denunciarlos o hacer caso omiso de ellos.

La teoría de las actividades rutinarias (routine activity approach)

La teoría de las actividades rutinarias defiende que “las actividades de la vida diaria influyen la oportunidad criminal en los delitos en los cuales se causan daños a las personas o propiedad de otros” (Castro Cuenca, 2009, p. 102). Este modelo posee tres elementos básicos (gráfica 1).

Gráfica 1. Teoría de la actividad rutinaria y el triángulo básico del delito



Fuente: Felson (1998), citado por Felson y Clarke (2008).

Donde 1) *el vigilante* debe cumplir con las cualidades pertinentes para disuadir la comisión de la conducta delictiva, cuando estos se ausentan, 2) *el objetivo* se expone a ser centro de episodios criminales por un 3) *posible delincuente* (Felson y Clarke, 2008, p. 6). Al hacer referencia específicamente a la corrupción, se observa que, el posible delincuente se mueve por unos sentimientos motivacionales generados por unas necesidades “básicas” jerarquizadas y consideradas así por él 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, busque la manera de crearse dicha estabilidad a través de actos de corrupción que le permitan asegurar sus necesidades, una vez sea retirado de la administración (Castro Cuenca, 2009).

McClelland, D. C. (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 satisface su deseo de poder.

La corrupción es el germen del Estado. Por una parte, el agente corrupto, al no tener una víctima directamente afectada o lesionada, que sufra las consecuencias de sus actos delictivos, no se siente sensibilizado, por el contrario, motivado, como se expuso anteriormente. Por otra parte, las normas de contratación propician muchas formas de defraudar con algunas figuras jurídicas y beneficios de los que gozan los contratistas.

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 son 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 o funcionarios de altos rangos, con facultades para contratar, y grandes empresarios e inversionistas, cuyas posiciones sociales y funcionales facilitan el desangro al fisco estatal.

De esta manera, Sutherland, E. H, citado por Castro Cuenca (2009), propone la corrupción como un delito económico, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

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, por ejemplo: 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 como fachadas, excederse con las contrataciones directas, entre otras actuaciones, que, dado el momento, ven como algo “natural o normal” del oficio.

Es organizada: la corrupción es ejecutada por estructuras organizadas de poder, en las que hay una división de funciones, mandos y jerarquías; se dan aportes y se realizan transacciones cuyo objeto recae sobre los recursos públicos y, cuyo fin debería ser el beneficio de la sociedad y no el enriquecimiento de las partes en dichas operaciones fraudulentas.

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.

Ejemplo de lo anteriormente planteado es el escándalo nacional denominado como “carrusel de la contratación de la Alcaldía de Bogotá”⁵ en el que se vieron involucrados Samuel Moreno⁶, quien fungía como alcalde del Distrito de Bogotá; su hermano Iván Moreno⁷, congresista; el Grupo Nule⁸, entre otros contratistas, políticos⁹ y funcionarios públicos.

¿Cómo opera la corrupción en la contratación pública?

⁵ El carrusel de la contratación de la Alcaldía de Bogotá es un conocido caso de corrupción en Colombia. Este se desarrolló durante la alcaldía de Samuel Gustavo Moreno Rojas (2008-2010), el escándalo estalló el 25 de junio de 2010 cuando salieron a la luz pública unas grabaciones donde un senador y un contratista negociaban la adjudicación de una obra; luego de esto aparecieron más evidencias y Emilio Tapia, hombre de confianza del mencionado exalcalde y encargado de la repartición de contratos del carrusel, publicó toda la desviación de los dineros del rubro de inversión del Distrito Capital, el cual estaba representado aproximadamente en ochenta mil millones de pesos. A lo largo del proceso, algunas de las personas que fueron contratistas durante ese gobierno declararon que Samuel Moreno y su hermano requerían el 6 % de cada contrato.

⁶ Samuel Moreno Rojas, exalcalde de Bogotá, elegido para el periodo (2008-2011). Condenado en marzo de 2016 a 18 años de prisión por cohecho y celebración indebida de contratos.

⁷ Néstor Iván Moreno Rojas, exsenador de la república, elegido para el periodo correspondiente a (2006-2010) y reelegido para el periodo (2010-2014), hermano de Samuel Moreno. Condenado a 14 años de cárcel (más sanciones accesorias) por los delitos de: concusión en calidad de autor, determinador del delito de interés indebido en la celebración de contratos y autor de tráfico de influencias.

⁸ El grupo Nule estaba conformado por Miguel y Manuel Nule (hermanos) y su primo Guido Nule; contratistas del 70 % de las obras que se adjudicaron durante el periodo de administración del exalcalde Samuel Moreno. Fueron condenados en dos ocasiones por peculado por apropiación, concierto para delinquir, cohecho por dar y ofrecer y fraude procesal.

⁹ Dentro de este grupo de políticos participantes cabe resaltar a Germán Alonso Olano Becerra, exrepresentante a la Cámara, quien se allanó a los cargos de tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. Sentencia condenatoria anticipada de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal n.º 37.322 de 27 de septiembre de 2012, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

Durante las etapas de contratación: precontractual, contractual, ejecución, poscontractual, de liquidación, etcétera; pueden presentarse actos de corrupción, debido a la amplia potestad que tiene el funcionario a cargo en: la elaboración de los documentos y estudios previos, los análisis de mercado y del sector; y 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, con altos beneficios, de la misma manera que resulta adjudicar procesos con personas jurídicas o naturales; procesos estos 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 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 positivos, debido a que son receptores de dinero a título de “soborno” o “coima”, con el fin de acelerar una actuación de la administración, a través de: agilizar plazos, realizar una adjudicación sin cumplir los requisitos legales y prescindir de todas las exigencias 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 este tipo de actos, teniendo en cuenta que además del salario básico, reciben la “coima” por la ayuda prestada (Berdugo y 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 o fiscales. De este modo, existen unas etapas en las que la contratación flaquea y se vuelve especialmente vulnerable a la corrupción. *Grosso modo*, se toma como modelo la forma desarrollada por Castro para hablar de la vulnerabilidad de los procesos contractuales frente a la corrupción:

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 sacian las necesidades que tiene la sociedad, dicha demanda de necesidades, en algunos casos, puede verse en entredicho por el interés de unos funcionarios o por el de un tercero beneficiado, con el que, en ocasiones, tienen vínculos de parentesco, lazos de amistad, relaciones laborales o intereses económicos en común. 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 restringir la posibilidad de un individuo que cuenta con las capacidades técnicas, intelectuales

y profesionales para satisfacer la necesidad o carencia que tiene la administración, a cambio de contratar a dedo a un familiar o allegado de un funcionario público. Para esto, reestructuran la verdadera demanda, de modo que el beneficiado pueda cumplir con las condiciones expuestas, adecuándolas, todo para que la persona (natural o jurídica) llene los requisitos y de esta manera direccionar el proceso desde la etapa más previa; incurriendo así en conductas punibles de cohecho, tráfico de influencias 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 Colombia. En todo caso, la primera etapa mencionada no es la única susceptible de corrupción; durante la segunda etapa se alteran los mecanismos de adjudicación de los contratos, limitando o distorsionando la concurrencia de los particulares (Castro Cuenca, 2009). Y... ¿de qué manera lo hace? *Grosso modo* a continuación se presentan 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 tiene que 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, la excepción pasa a convertirse en la regla general, en pro de la corrupción. Así, en España se le conoce como “procedimiento negociado”¹⁰; mientras que en Colombia se habla de la “contratación directa”¹¹. Estas son modalidades de selección con diferente

¹⁰ *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 con 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 al contratista, de conformidad con 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.

¹¹ *Contratación directa*, artículo 2 numeral 4 de la Ley 1150, 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,

trámite, pero que vulneran similares garantías y son susceptibles de uso como escenarios para actos fraudulentos, 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 de Luis Roldán, exdirector general de la Guardia Civil, 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 pública.

Colombia no se queda atrás, en 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 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 (*La República*, 2015). Asimismo, dio a conocer que muchas entidades territoriales emplean más del 50 % del presupuesto de inversión en convenios de asociación¹² 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, a 3,40 %; la selección abreviada de menor cuantía, a 7,92 % y la contratación de mínima cuantía, 3,97 %.

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. No obstante, teniendo en cuenta los fines que sustentan dichas contrataciones, en aras de proteger ese interés público, el contratante puede efectuar modificaciones unilaterales en ejercicio de la

la entidad solicita propuesta a unos proveedores y luego de evaluarlas escoge la oferta más favorable para la entidad, de acuerdo con los factores técnicos y económicos de la misma. La entidad contratante está obligada a dar publicidad y a justificar jurídica y técnicamente la modalidad de selección escogida.

¹² Convenios de asociación: la Constitución Política de Colombia de 1991, mediante el artículo 355, autoriza que las entidades gubernamentales de cualquier nivel sean 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 encuentran reglamentados por el Decreto Nacional 777 de 1992.

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 caso de España, por ejemplo, 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 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. Respecto a las modificaciones que dan lugar en el trámite contractual, el Consejo de Estado ha manifestado:

Uno de los principios que rigen los contratos de la administración es el de mutabilidad, en virtud del cual tiene esta (la entidad contratante) la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando de ese modo su ejecución y variando las prestaciones debidas por el co-contratante particular. Pero, el ejercicio del *ius variandi* [...] también puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales, que se configura cuando la administración, en ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato, altera las condiciones existentes al momento de contratar (Consejo de Estado, 2011).

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 (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 “debían” ser ejecutadas en siete meses se entregan mucho tiempo después.

A modo de ejemplo, el caso del contrato de obra 068 de 2009 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) de Bogotá y el Consorcio Conexión, cuyo plazo inicial era de 17 meses y su objeto consistía en:

Ejecutar los estudios, diseños y construcción de las obras de la intersección a desnivel de la Avenida Laureano Gómez (carrera 9.^a) con calle 94 y su conexión con la Avenida Santa Bárbara (carrera 19), correspondiente al proyecto con código de obra 104 del acuerdo 180 de 2005 de valorización, en Bogotá D. C. (Contraloría de Bogotá, 2012).

Según el informe final de revisión fiscal¹³ efectuado por la Contraloría de Bogotá (2012) a dicho contrato se le realizaron: a) siete (7) otrosí para modificar algunas de sus cláusulas; b) un (1) acta de mayores cantidades de obra adicionándole \$17.000 millones al valor inicial del contrato y; c) seis (6) suspensiones. El contrato al cual se le dio inicio el día 26 de noviembre de 2009 culminó en declaratoria de caducidad, terminación del contrato y constitución de siniestro por incumplimiento el día 22 de septiembre de 2011.

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 (Castro, 2009). Como se evidencia en el ejemplo anterior, una vez iniciada la ejecución aparecen nuevas oportunidades para cometer actos ilícitos, aumentan los costos de inversión y se reduce la eficiencia producto de las figuras 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 entregados previo consenso, por supuesto, con el supervisor e interventor (si los hubiere), dinero del cual todos obtienen su respectiva comisión. Como bien lo anota Morales García:

[...] puede afirmarse que la tipificación autónoma de los delitos de malversación y la consiguiente tutela del acervo público al margen de los delitos patrimoniales comunes, se justifica desde la necesidad de otorgar cobertura jurídico-penal a los principios inherentes a la función de gasto y, concretamente al principio de eficacia. (2009).

Tipificación de los actos de corrupción en la Contratación Pública en Colombia y España

¹³ En el informe de revisión fiscal efectuado por la Contraloría de Bogotá se exponen los hallazgos encontrados por el ente de control en el referido contrato de obra y en la interventoría.

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 procura de proteger *la administración pública*, crea tipos penales que castiguen las conductas antes mencionadas. ¿Por qué resaltar el bien jurídico *administración pública*? La razón es que, hay quienes no dan especial importancia a la corrupción por tratarse del fisco; no ven a un individuo directa e inmediatamente afectado por sus conductas, sin saber que los verdaderamente perjudicados son todos los gobernados, al no tener la posibilidad de gozar de una administración de justicia imparcial, creíble y honesta; sumado a la inminente existencia de necesidades básicas insatisfechas, la escases, el nulo acceso a los servicios públicos en algunas zonas del país o la mala prestación de los estos; la desigualdad, la hambruna, la errónea distribución de los recursos públicos; la 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, se encuentra que el artículo 436, capítulo VIII “De los fraudes y exacciones ilegales”, de la Ley Orgánica 10 de 1995, está ubicado entre los delitos que el legislador plantea como “delitos contra la administración Pública” (1995). Bien jurídico del que ya se hizo referencia *grosso modo*; no obstante, este artículo “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, pp. 191-192) 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 “concertar” implica que los interesados participarán de la conducta criminal, con la mera concertación, el despliegue de una solicitud o propuesta y la aceptación de esta por la parte receptora, sin que ello necesariamente signifique que se cause efectivamente la lesión del bien jurídico. Asimismo, permite identificar que habrá idéntica responsabilidad tanto para el funcionario que tranza con un contratista para el incremento desproporcionado de precios en la estructuración del proyecto, como para el funcionario que mediante la suscripción del contrato le da origen a aquel y que recibe su respectiva comisión, así como para 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. Al particular que llega a un acuerdo con la autoridad pública, se le impone sanción igual a la del funcionario público interviniente, salvo la inhabilidad, que hace referencia a la obtención de subvenciones por parte del Estado.

Por su parte, la Ley 599 de 2000, en el Título XV “delitos contra la administración pública”, capítulo cuarto “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 (contrato sin cumplimiento de los requisitos legales) 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 artículo 410A (acuerdos restrictivos de la competencia), el sujeto activo es indeterminado (Congreso de la República, 2000).

Ahora bien, en lo tocante a los verbos rectores de ambas legislaciones, se puede afirmar que el legislador colombiano (haciendo referencia a los tipos penales plasmados en los artículos del 408 al 410) se desgastó al redactar dos tipos penales que al parecer pretenden castigar lo mismo, es decir, la celebración de contratos con violación a las leyes, bien sea, contratando a través de la inobservancia del régimen de incompatibilidades e inhabilidades o con la omisión de los requisitos legales, sin que se exija un ánimo o interés frente a la ejecución de dichas conductas. Caso distinto es el tipo penal de “interés indebido en la celebración de contratos”, teniendo en cuenta que este exige que el elemento subjetivo esté direccionado, además de la celebración irregular de contratos públicos, a obtener un provecho propio o para un tercero; como lo hizo el legislador español descrito en el artículo antes mencionado. Se podría pensar que dicho desgaste se debe a que las sanciones impuestas para cada tipo son diferentes, pero no es así, las conductas anteriormente descritas tienen la misma pena, encontrándonos con un aparente caso de derecho penal simbólico (Muñoz, 2008).

Al enfocarse 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 u obtener un provecho ilícito para sí o para otro, puede considerarse que dicha carencia 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, a través de la declaración de 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 con que además existen entes de

control que vigilan la actividad estatal de manera permanente (Procuraduría, Personería, Contraloría, secretarías o dependencias de control interno de cada entidad, entre otras) que también imponen sanciones al encontrarse frente a alguna irregularidad. Preocupa sobremanera que el Derecho Penal se traslade desde la *ultima ratio*, hasta la *prima ratio*.

El artículo 410A del Código Penal Colombiano, adicionado por el art. 27, Ley 1474 de 2011, tipifica el delito de “acuerdos restrictivos de la competencia”. En la conducta de concertar la alteración ilícita de un proceso de contratación de licitación pública, subasta inversa, selección abreviada o concurso de méritos; impone una sanción doblemente mayor a la establecida para el delito “remanente” concierto 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.

A 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 que se trata de “3. tr. Pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio” (RAE, 2001), lo que exige la existencia de dos voluntades concordadas en realizar una actividad, en este caso, defraudar una entidad pública.

Por su parte, en España optaron por 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 defraudación sea requisito para la consumación del delito, toda vez que 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, es atinado exigir 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.

Es probable que la desconfianza e inseguridad que tienen los colombianos frente a la efectividad, proactividad y buen funcionamiento del sistema judicial, haga 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. Es decir, la omisión de un requisito (por ignorancia, descuido, impericia, negligencia o por seguir las órdenes de un superior), ubicaría 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 meses¹⁴; por una situación que puede resolver y sancionar la Procuraduría¹⁵ en ejercicio de sus funciones.

Percepción de la corrupción en la contratación pública

Debido a que la corrupción es un flagelo que afecta a muchos países, a nivel internacional y nacional se han ideado estrategias, normas rectoras, organismos, entes, asociaciones, entre otros, con el propósito de analizarla, prevenirla, combatirla e investigar las causas, consecuencias y las formas en que se presenta. La ciudadanía se empezó a interesar, el sentido de pertenencia ha ido incrementando y las poblaciones 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 sectores de la sociedad. En Colombia y España hay capítulos nacionales de dicha organización, 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. Como resultado de sus investigaciones y estudios, en la actualidad, TI emite a nivel internacional la tabla de índices de percepción de la corrupción (IPC). En el año 2016, se encontró que el 69 % de los 176 países incluidos en el IPC obtuvieron una puntuación inferior a 50, (la puntuación va de 0 a 100, siendo el primero la indicación de una percepción de muy

¹⁴ La sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas puede ser intemporal, en el evento que la celebración del contrato genere un detrimento estatal, según Sentencia de Constitucionalidad 652 del 5 de agosto de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ Frente a la función disciplinaria es la Procuraduría General de la Nación la encargada de iniciar, adelantar y fallar las investigaciones que por faltas disciplinarias se adelanten contra los servidores públicos.

altos niveles de corrupción y el segundo bajísimos niveles de corrupción), evidenciando que existe una generalización mundial de la corrupción, según indica dicho organismo (tabla 1).

Tabla 1. Evolución de los índices de corrupción

PAÍSES	2016		2015		2014		2013	
	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición
Chile	66	24	70	23	73	21	71	22
China	40	79	37	83	36	100	40	80
Chipre	55	47	61	32	63	31	63	31
Colombia	37	90	37	83	37	94	36	94
Comores	24	153	26	136	26	142	28	127
Congo, Repúb. Democrat.	21	156	22	147	22	154	22	154
Congo, República del	20	159	23	146	23	152	22	154
Corea del Norte	12	174	8	167	8	174	8	175
Corea del Sur	53	52	56	37	55	43	55	46
Costa Rica	58	41	55	40	54	47	53	49
Côte d'Ivoire	34	108	32	107	32	115	27	136
Croacia	49	55	51	50	48	61	48	57
Cuba	47	60	47	56	46	63	46	63
Dinamarca	90	1	91	1	92	1	91	1
Djibouti	30	123	34	99	34	107	36	94
Dominica	59	38			58	39	58	41
Ecuador	31	120	32	107	33	110	35	102
Egipto	34	108	36	88	37	94	32	114
El Salvador	36	95	39	72	39	80	38	83
Emiratos Árabes Unidos	66	24	70	23	70	25	69	26
Eritrea	18	164	18	154	18	166	20	160
Eslovaquia	51	54	51	50	50	54	47	61
Eslovenia	61	31	60	35	58	39	57	43
España	58	41	58	36	60	37	59	40

Fuente: Transparencia Internacional España, (2016).

En la tabla 1 se encuentra que España, a 2016, mantuvo la misma puntuación de 2015 (58/100), esta representó una pequeña mejora frente a los dos años inmediatamente anteriores (2014: 60/100; 2013: 59/100). Adentrándose en el tema, se observa que el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) realizó un estudio (n.º 3175) en España, barómetro de mayo de 2017, en el cual se efectuaron 2479 entrevistas a personas con nacionalidad española o española y otra; algunas de las preguntas estaban encaminadas a determinar cuáles de los problemas de España se ubicaban en el primer, segundo y tercer puesto. Frente a esto, se observa que el 43.3 % optó por el “paro” como primer problema mientras que el 26,7 % manifestó que es la “corrupción”, quedando esta en segundo lugar (Centro de Investigaciones Sociológicas, 2017). Este resultado permite confirmar que existe preocupación por parte de

los ciudadanos respecto a la corrupción y al fraude; sin embargo, pese a que existe conciencia del problema y se posiciona como una situación alarmante, solo el 4,6 considera este problema como el que más los afecta; el 3,8, como el segundo problema y el 2,5, como el tercer problema. Siendo superado por el paro, problemas de índole económica y la sanidad. De acuerdo con la pregunta número de 8 del citado estudio, esto plantea la inquietud de ¿cuál es el problema que más afecta a los ciudadanos personalmente?

El problema está plenamente identificado, pero no se sienten afectados directamente por este. En enero y julio de 2016, TI en colaboración con el Observatorio de Contratación Pública (OCP), realizaron un análisis en las instituciones públicas de España, con el fin de determinar cuáles de ellas cumplían con la normatividad legal de contratación que exige la publicación de los procesos contractuales en la Plataforma de Contratación del Sector público (PCS). El resultado fue que existe un gran incumplimiento de la ley en muchas instituciones pública, tal es el caso de los ayuntamientos, en los que solo 33 de 110 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 (Transparencia Internacional España, 2016).

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, a 2016 se ubica en la posición n.º 90 y puntaje 37, en empate con Indonesia, Liberia, Marruecos y Macedonia, a nivel internacional; mientras que, entre los países de América, ocupa el puesto n.º 17 por debajo de Panamá, Brasil y Jamaica, 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 (tabla 2). A nivel global, los índices de Colombia se han mantenido con similar

puntuación, toda vez que a 2012 y 2013 obtuvo 36 y, a 2014 y 2015 subió a 37 y en 2016 se mantuvo con el mismo decepcionante puntaje.

Tabla 2. Índice de Percepción de la Corrupción 2016 de Transparency International

Posición país	Posición regional	País/Territorio	Puntuación del IPC 2016	Encuestas utilizadas	Desviación estándar	Intervalo de confianza del 90%		Rango mínimo/máximo	
						Min.	Máx.	Inferior	Superior
9	1	Canadá	82	7	2,03	79	85	73	90
18	2	Estados Unidos de America	74	9	3,15	69	80	64	90
21	3	Uruguay	71	6	2,68	66	75	59	77
24	4	Bahamas	66	3	5,2	57	74	59	76
24	4	Chile	66	8	2,65	61	70	54	76
31	6	Barbados	61	3	6,91	50	73	48	71
35	7	Santa Lucía	60	3	6,8	49	71	47	69
35	7	San Vicente y las Granadinas	60	3	1,66	57	63	58	63
38	9	Dominica	59	3	0,85	58	60	58	61
41	10	Costa Rica	58	7	3,17	53	63	46	69
46	11	Granada	56	3	4,63	48	63	47	62
60	12	Cuba	47	5	2,9	42	52	40	54
64	13	Suriname	45	4	7,53	32	57	32	65
79	14	Brasil	40	8	4,34	33	47	25	61
83	15	Jamaica	39	6	1,84	36	42	34	47
87	16	Panamá	38	6	2,29	34	42	32	47
90	17	Colombia	37	8	2,27	34	41	28	47
95	18	Argentina	36	8	1,76	33	39	29	46
95	18	El Salvador	36	7	2,76	31	40	22	45
101	20	Perú	35	7	2,04	32	39	29	45
101	20	Trinidad y Tobago	35	5	2,48	31	39	29	43
108	22	Guayana	34	6	3,57	29	40	25	47
113	23	Bolivia	33	8	2,85	28	37	18	44
120	24	República Dominicana	31	6	1,89	28	34	24	37
120	24	Ecuador	31	6	1,96	28	35	22	37
123	26	Honduras	30	7	3,05	25	35	19	41
123	26	México	30	8	1,56	28	33	24	37
123	26	Paraguay	30	6	2,68	25	34	22	37
136	29	Guatemala	28	6	2,58	24	32	19	35
145	30	Nicaragua	26	7	1,98	23	29	19	35
159	31	Haití	20	5	1,81	17	23	15	24
166	32	Venezuela	17	7	1,41	15	20	13	22

Fuente: Transparencia Internacional España, (2016).

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, se observa con decepción que una vez efectuados los respectivos análisis en el periodo 2015-2016 el ITEP encontró que solo 7 de las 32 gobernaciones del país se encuentran en nivel de riesgo moderado de corrupción y 13 están en riesgo alto y muy alto, estos últimos clasificados en tercera y cuarta categoría, salvo dos de segunda (Bolívar y Córdoba). 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, otros no tienen manuales de contratación y en 7 departamentos el 75 % de la contratación se realizó de manera directa. En las alcaldías se tomaron como muestra 28 capitales de departamentos, encontrando que solo 3 se están en nivel de riesgo moderado y 16 en nivel alto y muy alto (tabla 3). Se observa que la mayoría de los municipios que se hallan en riesgo muy alto, son de cuarta y sexta categoría; lo mismo sucede con las contralorías departamentales, donde solo 5 se encuentran en riesgo moderado de 32 (Transparencia por Colombia, 2016).

Tabla 3. *Ranking* alcaldías

Ranking	Alcaldía	Departamento	Categoría	Visibilidad	Institucionalidad	Control y sanción	ÍTM 2013-2014	Niveles de riesgo	PDF
1	Alcaldía Pasto	Nariño	Segunda	69,9	75,3	89,4	77,89	Moderado	
2	Alcaldía Pereira	Risaralda	Primera	67,9	78,1	79,7	75,53	Moderado	
3	Alcaldía Barranquilla	Atlántico	Especial	72	75,2	77,3	74,87	Moderado	
4	Alcaldía Armenia	Quindío	Primera	72,8	68,3	82,6	73,95	Medio	
5	Alcaldía Villavicencio	Meta	Primera	75,3	75,1	65,9	72,42	Medio	
6	Alcaldía Manizales	Caldas	Primera	81,1	68,3	66,7	71,65	Medio	
7	Alcaldía Montería	Córdoba	Segunda	72,7	66	75,6	70,89	Medio	
8	Alcaldía San José del Guaviare	Guaviare	Sexta	69,9	70,3	66,8	69,14	Medio	
9	Alcaldía Tunja	Boyacá	Primera	68,5	65,5	74,4	69,08	Medio	
10	Alcaldía Neiva	Huila	Primera	73,2	53,1	63	62,08	Medio	
11	Alcaldía Bucaramanga	Santander	Especial	65,5	56,9	65,1	61,92	Medio	
12	Alcaldía Quibdó	Chocó	Sexta	75,6	50,5	57,9	60,22	Medio	
13	Alcaldía Yopal	Casanare	Segunda	66	57,5	56,4	59,69	Alto	
14	Alcaldía Cartagena	Bolívar	Especial	59,2	59,5	58,4	59,07	Alto	
15	Alcaldía Florencia	Caquetá	Tercera	68,2	51,5	54,9	57,54	Alto	
16	Alcaldía Ibagué	Tolima	Primera	44,9	60,6	61,1	56,03	Alto	
17	Alcaldía Popayán	Cauca	Segunda	62,2	38,5	61,6	52,51	Alto	
18	Alcaldía Sincelejo	Sucre	Segunda	52,6	53,1	40,8	49,25	Alto	
19	Alcaldía Inírida	Guainía	Sexta	43,8	43,7	48,6	45,20	Alto	
20	Alcaldía Riohacha	Guajira	Cuarta	52,8	34	52,1	45,06	Alto	
21	Alcaldía Valledupar	Cesár	Primera	53,4	44,1	34,9	44,11	Muy Alto	
22	Alcaldía Mocoa	Putumayo	Cuarta	43,7	51	32,4	43,22	Muy Alto	
23	Alcaldía Cúcuta	Norte de Santander	Especial	36,4	47,9	43,3	43,06	Muy Alto	
24	Alcaldía Arauca	Arauca	Cuarta	42,9	38,8	47,5	42,63	Muy Alto	
25	Alcaldía Leticia	Amazonas	Sexta	58,4	39,3	26,4	41,18	Muy Alto	
26	Alcaldía Mitú	Vaupés	Sexta	36,7	42	39,7	39,72	Muy Alto	
27	Alcaldía Santa Marta	Magdalena	Primera	33,3	36,6	43,8	37,75	Muy Alto	
28	Alcaldía Puerto Carreño	Vichada	Cuarta	41,6	29,3	37,3	35,40	Muy Alto	

Fuente: Transparencia por Colombia, (2016).

No obstante, en las entidades públicas nacionales la situación es un poco distinta, de las 75 evaluadas 14 están en riesgo alto de corrupción. Dentro de estas entidades nacionales, se encuentran el Ministerio de Justicia y Derecho, la Agencia Nacional de Contratación

Pública (junto con otros entes no reporta lineamientos internos que regulen la contratación)¹⁶; la Fiscalía General de la Nación, entre otros.

La Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República realiza seguimiento a los llamados “elefantes blancos”¹⁷. En el informe emitido a fecha de corte junio de 2017, se observa que hay 54 posibles elefantes blancos, la mayoría de ellos en el Distrito Capital, Bogotá, por suspensiones, abandono, inejecución, en algunos casos las entidades no dan reporte del estado de los procesos, uso inadecuado, entre otros (Secretaría de Transparencia. (s. f.). Se resalta el interés de la comunidad por denunciar las irregularidades y posibles actos de corrupción y fraude cometidos por las entidades públicas, esto es una muestra del incremento del sentido de pertenencia por parte de la ciudadanía y la conciencia del daño social ocasionado con la corrupción.

Relación costo-beneficio en la conducta punible

Cometer actos de corrupción es bien pagado, eso lo demuestra la cantidad de funcionarios públicos corruptos existente y la facilidad con la que se convencen de que dicho camino es rentable. En el caso de la contratación estatal, las “comisiones” son sustanciosas y muy asequibles. Siguiendo con el caso colombiano 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 año 2015 y las obras nunca se terminaron, presuntamente la suma de las coimas ascendía a 50.000 millones de pesos por siete contratos adjudicados (aún en investigación por parte de la Fiscalía). España no es ajena a estas circunstancias, ya se observa el caso de la “operación púnica”, en el que se vieron

¹⁶ 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:

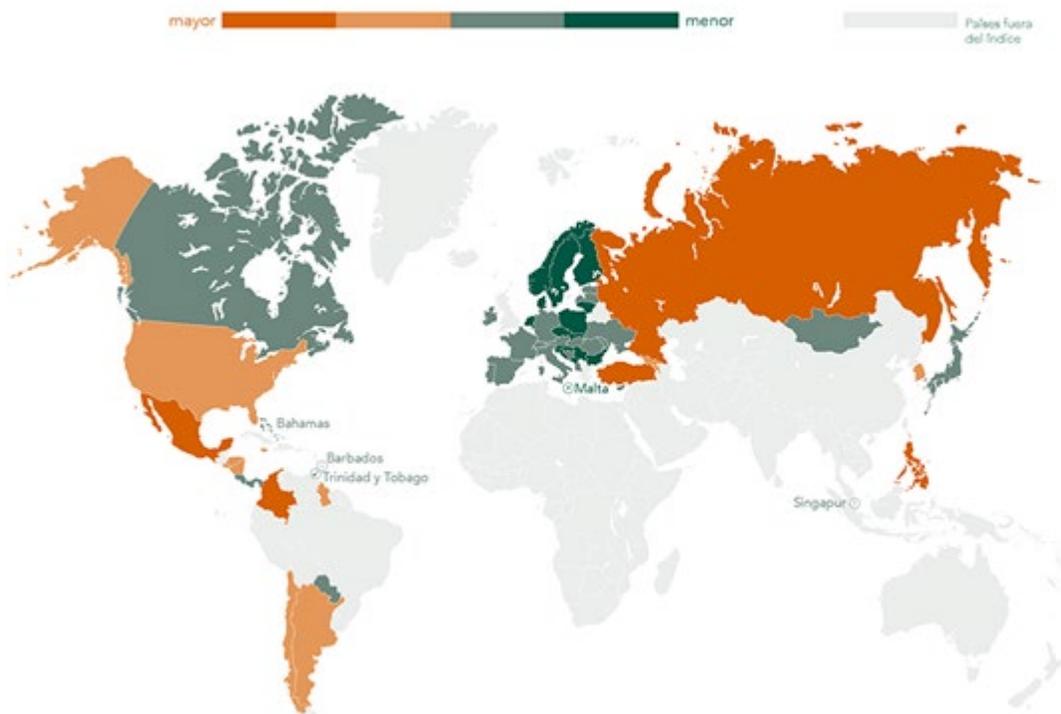
“1. Proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública, buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización 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 (Presidencia de la República, 2011).

¹⁷ 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, s. f.).

involucrados varios funcionarios del Estado, exconsejeros, exalcaldes, entre otros, por la presunta recepción de coimas a cambio de la adjudicación de contratos.

Esto, confrontado con los índices de impunidad existentes en los países estudiados, resulta un negocio lucrativo. Colombia se encuentra posicionado en el tercer lugar en la tabla del Índice Global de Impunidad (IGI) y España ocupa el puesto 17 (gráfica 2), asimismo, las sanciones impuestas para dichas conductas no son lo suficientemente persuasivas para los infractores de la ley y no cumplen su fin de prevención general, debido a que los beneficios obtenidos a título de “comisiones” son lo suficiente 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 de las ganancias que representó la infracción, además de los beneficios y garantías existentes para obtener una reducción de la pena o acceder a los subrogados penales.

Gráfica 2. Índice Global de Impunidad (IGI) 2015



Fuente: Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ) y Universidad de las Américas Puebla (2015).

En ese orden, vale la pena preguntarse ¿al incrementar las sanciones penales, se evitaría la expansión de la corrupción? No es sencillo dar respuesta a este cuestionamiento, de hecho, se trata de un debate jurídico-penal que por años se ha tratado de resolver, y esto, porque la potestad punitiva del Estado tiene sus límites (Sanz Mulas, 2015), los cuales 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, 2008).

Sucede que, la desincentivación puede lograrse con unos individuos, pero no con todos. Algunos, por razones de índole personal o ideológica, no son motivables o en el mejor de los casos, no es necesario motivarlos porque internamente ya se encuentran motivados, como bien lo afirma Rodríguez. Si bien, nos encontramos frente delitos graves, que ocasionan consecuencias negativas, precariedades y desabastecimientos a todos los habitantes de un lugar y que, además, resulta demasiado provechoso para quien comete la conducta, no es posible exceder los límites legalmente impuestos a la pena. Ante esto, si se incrementan 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 castigue 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 se establecen jerarquías, dando mando y autoridad a unos cuantos sobre otros muchos; no es falso además afirmar que, en ocasiones, quien ostenta el cargo de jefe abusa

de su autoridad y utiliza a otros individuos para cometer sus actos delincuenciales. Por otra parte, resulta verdaderamente desestimulante para el servidor público el hecho de que la estabilidad de su cargo se encuentre sujeta a la voluntad de otro individuo, a un plazo establecido en un contrato de prestación de servicios, o a la angustiosa espera 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 que le sea posible.

De esta manera, se concluye que se trata de 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.

Sin embargo, no es posible asemejar ambos países por razones de índole social, económica, cultural y política; las cuales han permitido que España mantenga mejores índices de percepción de la corrupción frente a Colombia; pese a que las dos naciones sufren el flagelo de la corrupción en la contratación pública y en otros sectores igual de apremiantes.

Si se analizan los sujetos activos de las conductas anteriormente mencionadas y el propósito que los lleva a cometerlas, sería posible afirmar que son agentes que se mueven en virtud del dinero (en la mayoría de los casos), siendo este el medio y también el fin de la conducta. Por lo que, se puede proponer que, en procura la intervención mínima del derecho penal y manteniéndolo como la *ultima ratio*, se empleen, en primera medida, acciones administrativas para castigar este tipo conductas, que, si bien son reprochables y además ocasionan grandes perjuicios a la sociedad, el derecho penal no ha logrado prevenirlas y en muchos casos, quedan impunes.

Los sujetos corruptos están incentivados por el lucro que obtienen; ese es el que debería ser atacado con las penas. Es decir, la propuesta consiste en imponer sanciones económicas altas, incluso, mayores a los beneficios que el sujeto (funcionario público/particular o contratista) obtuvo/obtendría con la comisión de la conducta (junto con las respectivas inhabilidades) cuando se cometa la infracción, de modo que impidan: 1) que el agente continúe 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 patrimonio económico) 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 se lograría eficacia, proporcionalidad, intervención estatal y recuperación del fisco.

Conclusiones

El fraude y la corrupción en la contratación estatal son una realidad palpable en España y Colombia. Las medidas adoptadas por los legisladores para controlar la situación no han surtido resultados y cada día se amplía más el radio de posibilidades y oportunidades para la comisión de dichas conductas. En el caso de Colombia específicamente, se observa sin extrañeza que son precisamente las regiones económicamente con menos recursos y mayor abandono por parte del Estado las que más corrupción producen. Sin dejar de lado la situación de España, que está mal posicionado entre los países del continente europeo, de acuerdo con lo establecido por Transparencia Internacional.

Existe una flagrante violación de las normas que indican el deber ser de los procedimientos contractuales del Estado, vulnerando cada una de las etapas y las modalidades establecidas para ello, dejando en entre dicho los fines del Estado y los principios establecidos para la contratación estatal, tales como: transparencia, selección objetiva, publicidad, libre concurrencia, entre otros; y por supuesto, incumpliendo con la correcta prestación de servicios en cabeza del Estado. Tal y como se apreció en la investigación, existen muchas formas de defraudar a las entidades públicas y lucrarse de ello, además de la persistente cultura de corrupción que ensombrece a la sociedad.

Aunado a lo anterior, las penas establecidas por el legislador colombiano y el español, no resultan desincentivadoras, toda vez que, contrario a lograr la prevención general, obtienen el incremento anual de los índices de percepción de la corrupción, como se mencionó. Es preciso agregar que además de: las facilidades que tiene el individuo de ejecutar actos de corrupción; los altos rendimientos obtenidos por ello; las penas incentivadoras a la comisión de delitos y el nulo cumplimiento de la función preventiva de la pena; estos son países que cuentan con una alta probabilidad de impunidad, de acuerdo con lo establecido por el Índice Global de Impunidad (IGA).

El fraude y la corrupción en la contratación estatal terminan convirtiéndose en un círculo vicioso; toda vez que los gobiernos entrantes deben hacerse cargo de los vacíos

fiscales que los gobiernos salientes dejan, dada la negligencia en el control del manejo de los recursos. La impunidad, al respecto, siempre se saneará con los aportes de los contribuyentes y el efecto será que, con los recursos obtenidos, la misma obra o actividad que ha de financiarse con el erario público, tiene que ser financiada una y otra vez. Así las cosas, el vejamen de una administración corrupta impacta sobre los ingresos de los ciudadanos quienes, en pro de mantener el sistema vigente, sostienen al Estado sin ser conscientes de que la corrupción les toca cada vez más.

De otro lado, con el fin de favorecer la actividad pública, los gobiernos nacionales y locales se ven abocados a entrar en la rueda sin fin de las actividades de corrupción. So pena del entramamiento parcial o total de las actividades que les obligan y las cuales (sin un “favor” de por medio), en muchas oportunidades no pueden ejecutarse; por ello, entran al mundo de la contratación “extraña” el cual tiene tal magnitud donde su presencia y usos se convierten en obligatorio.

Esto precisa replantearse las sanciones penales que se imponen en la actualidad, toda vez que no están surtiendo un efecto positivo en la prevención del delito. Si se toma en consideración el móvil del sujeto activo de la conducta, el bien jurídico tutelado y las consecuencias de la comisión del delito, se encontrará que se trata de una afectación principalmente económica, con fines puramente monetarios. Por lo que vale proponer que las sanciones sean 100 % pecuniarias sumadas a inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos o la posibilidad de participar en los concursos y licitaciones adelantados por las entidades públicas. Con esto se logra persuadir al sujeto activo del delito a la no reincidencia, desincentivar a los sujetos que son potencialmente motivables a cometer las conductas delictivas, recuperar el patrimonio del Estado, proteger la administración pública e incluso, evitar el hacinamiento en los centros penitenciarios.

Referencias bibliográficas

Annan, K. (2004). «Prefacio» del documento Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Nueva York: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Recuperado de [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC %20Convention/TOCebook-s.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf)

- Berdugo, I. y Caparrós, F. (2009). Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (81), 7 y ss.
- Castro, C. (2009). *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis.
- Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ) y Universidad de las Américas Puebla. (2015). Índice Global de Impunidad (IGI) 2015. Recuperado de http://www.udlap.mx/igi/2015/files/igi2015_ESP.pdf
- Centro de Investigaciones Sociológicas (2017). Barómetro de mayo 2017. Recuperado de http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3160_3179/3175/es3175mar.pdf
- Colombia, Congreso de la República. (1993). Ley 80, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. D.O. 41.094.
- Colombia, Congreso de la República. (1995). Ley Orgánica 10 del Código Penal, Título XIX, delitos contra la administración pública. B.O.E. 281.
- Colombia, Congreso de la República. (2000). Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal. D.O. 4409.
- Colombia, Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). PAVICON vs. departamento de Cundinamarca. M. P. Ruth Estella Correa Palacio.
- Colombia, Corte Constitucional. (2012). C-630/12, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Colombia, Corte Constitucional. (2013). C-434/10, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Colombia, Presidencia de la República. (2011). Decreto 4170, por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente—, se determinan sus objetivos y estructura. D.O. 48242.
- Contraloría de Bogotá. (2012). Informe final de visita fiscal del contrato 068 de 2009. Recuperado de http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Auditoria/Direcci%C3%B3n%20Sector%20Movilidad/PAD_2012/CicloIII/IDU%20-%20Contrato%20068%20de%202009.pdf

- Felson, M. y Clarke, R. (2008). La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito. En Ortiz, I. y Ponce, J. (coord.) *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo: diez textos fundamentales del panorama internacional*.
- La República. (2015). “La contratación directa estaría beneficiando candidatos corruptos”: Camilo Enciso. Recuperado de: <https://www.larepublica.co/asuntos-legales/actualidad/la-contratacion-directa-estaria-beneficiando-candidatos-corruptos-camilo-enciso-2287001>.
- Medina, T. (2010). Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública. *Diario la Ley*, 7382. Sección Doctrina.
- Mir Puig, C. (2000). *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. Barcelona: Bosch.
- Molina, R. (2008). *Análisis político criminal del delito de lavado de activos en Colombia*. Bogotá: Temis y Uniandes.
- Morales, O. (2009). *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*. Madrid: Aranzadi.
- Muñoz, F. (2008). *Derecho penal, parte espacial*. Valencia: Tirant lo Branch.
- Preciado Domenech, C. (2015). *La corrupción pública en la reforma del código penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi.
- Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.^aed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=A7p8kdC>
- Rodríguez, F. (2008). El conflicto entre la proporcionalidad y la eficacia en las sanciones por corrupción. En N. Rodríguez García, y E. Fabián Caparrós, *Corrupción y delincuencia económica* (19-34). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Rodríguez, F. (2012). *¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho*. Salamanca: Ratio Legis.
- Rodríguez, G. (2004). *Código Penal*. Madrid: Thomson y Civitas.
- Sanz, N. (2015). *Política criminal*. Salamanca: Ratio Legis.

Secretaría de Transparencia. (s. f.). ¿Qué es un elefante blanco? Recuperado de <http://www.secretariatransparencia.gov.co/elefantes-blancos/Paginas/que-es-elefante-blanco.aspx>

Transparencia Internacional España. (2016). Índice de Percepción de la Corrupción (2008-2016). Madrid: autor.

Transparencia por Colombia. (2016). Índice de Transparencia de las Entidades Públicas (ITEP) 2015-2016. Recuperado de <http://indicedetransparencia.org.co/2015-2016/ITN/EntidadesNacionales>



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).