

Inhabilidad derivada para contratar con el Estado: ¿una forma de responsabilidad penal corporativa en Colombia?

Cómo citar este artículo [Chicago]: Pantoja-Ruiz, Juan Pablo y Norberto Hernández-Jiménez. "Inhabilidad derivada para contratar con el Estado: ¿una forma de responsabilidad penal corporativa en Colombia?". *Novum Jus* 18, núm. 1 (2024): 155-180. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2024.18.1.6>

Juan Pablo Pantoja-Ruiz
Norberto Hernández-Jiménez



Inhabilidad derivada para contratar con el Estado: ¿una forma de responsabilidad penal corporativa en Colombia?*

Juan Pablo Pantoja-Ruiz**

Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia)

Norberto Hernández-Jiménez***

Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia)

Recibido: 2 de junio de 2023 | **Evaluado:** 29 de agosto de 2023 | **Aceptado:** 12 de septiembre de 2023

Resumen

En Colombia no existe, en estricto sentido, un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, en nuestro estatuto de contratación pública (literal j del artículo 8 de la Ley 80 de 1993) se consagra una inhabilidad intemporal para contratar con el Estado, cuando la persona natural ha sido condenada por delitos contra la administración pública, la cual se extiende a las personas jurídicas en las que aquella participe como administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio controlante. Esta inhabilidad, que ciertamente genera una afectación corporativa, carece de oportunidad dentro del rito procesal penal para que la persona jurídica pueda ejercer el derecho de defensa. Con base en lo anterior, utilizando una metodología basada en la hermenéutica, dogmática y coherencia del ordenamiento jurídico nacional en sus distintas especialidades, los autores debatENB tanto la naturaleza jurídica de la inhabilidad — en especial si es una sanción contra la persona jurídica o un mero mecanismo de prevención—, como la conveniencia y la constitucionalidad de esta medida, en el marco de la expansión punitivista y la fachada de tolerancia cero frente a cualquier acto de corrupción. Se concluye que la inhabilidad derivada o por extensión es efectivamente una sanción, que tiene como origen una condena en sede penal, y que por tanto debería respetar los principios de culpabilidad, presunción de inocencia y acceso a la administración de justicia, con los cuales colisiona irremediamente.

Palabras clave: responsabilidad personal, derecho penal de autor, proporcionalidad, populismo punitivo, responsabilidad penal de la persona jurídica, derecho penal económico, contratación estatal, *compliance*.

* El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Colombia), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593.

** Estudiante de la Maestría en Derecho Público Europeo (LLM) de la Universidad Católica de Lovaina (KU Leuven), Bélgica. Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, especialista en ciencias penales y criminológicas por la Universidad Externado de Colombia y acreditado en compliance por la International Federation of Compliance Associations (IFCA). Correo electrónico pantoja.j@javeriana.edu.co, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1076-4453>.

*** Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política, y tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo por la Universidad del Rosario (Bogotá). Magister en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, correo electrónico: norbertohernandezj@javeriana.edu.co, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5074-5049>.

Derived Ineligibility to Contract with the State: A Form of Corporate Criminal Liability in Colombia?

Juan Pablo Pantoja-Ruiz

Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia)

Norberto Hernández-Jiménez

Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia)

Received: June 02, 2023 | **Evaluated:** August 29, 2023 | **Accepted:** September 12, 2023

Abstract

In Colombia, strictly speaking, there is no regime of criminal liability for legal entities. However, in our public procurement statute (subsection j of Article 8 of Law 80 of 1993), a perpetual disqualification to contract with the State is established when a natural person has been convicted of crimes against public administration. This disqualification extends to legal entities in which that person participates as an administrator, legal representative, board member, or controlling partner. The disqualification, which certainly affects the legal entity, lacks an opportunity within the criminal procedural framework for the affected legal entity to exercise the right to defense. Based on the above, using a methodology grounded in hermeneutics, legal doctrine, and the coherence of the national legal system in its various specialties, the authors debate both the legal nature of this disqualification—especially whether it constitutes a sanction against the legal entity or a mere preventive mechanism—and the suitability and constitutionality of this measure, within the context of the expanding punitive approach and the facade of zero tolerance towards acts of corruption. It is concluded that the derived or extended disqualification is indeed a sanction, originating from a criminal conviction, and therefore should respect the principles of culpability, presumption of innocence, and access to the administration of justice, with which it inevitably collides.

Keywords: Personal liability, author-based criminal law, proportionality, punitive populism, corporate criminal liability, economic criminal law, state contracting, compliance.

Introducción

Con el propósito de salvaguardar la transparencia y eficiencia en la contratación estatal, el Estado ha de abogar por la integridad del proceso de contratación y la probidad de los oferentes. Por ello, si bien la capacidad de contratación es la regla general, la Constitución Política y la ley pueden establecer incapacidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. En ese sentido, y entrando en el campo de las inhabilidades en el ordenamiento jurídico colombiano, estas son concebidas como limitaciones a la capacidad para entablar relaciones jurídicas con entidades estatales¹, que obedecen a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, en particular, por razones vinculadas a los intereses públicos que rodean dichas operaciones contractuales².

Conforme a la jurisprudencia constitucional, existen dos tipos de inhabilidades: i) las sancionatorias y ii) las no sancionatorias —o inhabilidades requisito—. ³ Las primeras se originan como consecuencia de la imposición de una condena o sanción disciplinaria, mientras que las segundas se suscitan por el desempeño previo de una determinada función o cargo.

A través de la Sentencia C-053 de 2021 (M.P. Paola Meneses Mosquera), nuestro Tribunal Constitucional ha ampliado su criterio respecto de las inhabilidades no sancionatorias, indicando que estas responden a la protección de principios y no requieren un juicio punitivo previo, por lo que son una mera protección del interés general debido a la articulación o afinidad entre las funciones del empleo anterior y las del empleo por desempeñar. Estas categorías son muy importantes para precisar el contenido y alcance de cada inhabilidad, puesto que el ordenamiento jurídico nacional es absolutamente claro en que la interpretación respecto de las inhabilidades deberá hacerse en forma restrictiva, ya que estas limitan la libertad y los derechos de los administrados⁴.

¹ Ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-106 del 31 de octubre de 2018 (M.P. Alejandro Linares Castillo), considerando 13 y ss. Las siglas M.P. corresponden al Magistrado ponente/sustanciador que proyectó la ponencia, para deliberación ante la Sala Plena de la Corporación.

² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 28 de agosto de 2019 (M.P. Carlos Bernal Pulido).

³ Corte Constitucional, Sentencia C-106 de 2018.

⁴ Colombia, Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 033191 del 29 de enero del 2021. En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 925 del 30 de octubre de 96 (C.P. Roberto Suárez Franco). Las siglas C.P. corresponden al Consejero ponente/sustanciador, que proyectó la ponencia para deliberación ante la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación.

Originalmente, la Ley 80 de 1993 —Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública— no preveía una inhabilidad especial para las personas condenadas por delitos contra la administración pública. Sin embargo, la Ley 1150 de 2007 incorporó dicha inhabilidad específica y añadió a ella una norma muy especial, a través de la cual dicha inhabilidad, cuando originalmente recayera sobre un selecto número de personas con cargos determinados en la persona jurídica y por una serie determinada de delitos, se transfería a la persona jurídica a que estas estuviesen vinculadas.

El alcance de la norma es determinado por la regulación contenida en la Ley 2195 de 2022 (artículos 1-8). Esta normatividad propende por el fortalecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción y establece como una de las *sanciones* a las que puede hacerse acreedora una persona jurídica, por consentir o tolerar conductas consideradas como delitos de corrupción —en especial aquellos desplegados contra la administración pública—, la aplicación de la inhabilidad bajo análisis.

De lo anterior se desprende, por lo menos preliminarmente, que la disposición prevé *grosso modo* las siguientes consecuencias legales respecto del estudio que nos ocupa:

1. Las personas naturales condenadas por delitos contra la administración pública, delitos descritos en la Ley 1474 de 2011 o beneficiadas por un principio de oportunidad no podrán contratar con el Estado. Esto también se aplica a las personas jurídicas responsables de soborno transnacional o de consentir y tolerar conductas punibles relacionadas con diversos delitos.
2. La inhabilidad aplica preventivamente, incluso durante la impugnación, y se extiende a las personas jurídicas donde las personas naturales señaladas en el numeral 1 detentan roles clave, así como a sus sucursales y grupos empresariales, siempre y cuando se demuestre que la conducta delictiva fue parte de una política de grupo.
3. En principio, la inhabilidad es permanente, aunque el Consejo de Estado ha atenuado esta condición en ciertos casos⁵.

Ahora bien, el Código Penal colombiano consagra un alto número de delitos contra la administración pública que no se encuentran relacionados con actos de corrupción.

⁵ Si bien esta postura ha sido establecida previamente, el pronunciamiento de mayor vigor contemporáneo puede ser: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 11001-03-06-000-2019-00129-00(2425) del 16 de diciembre de 2019 (C.P. Álvaro Namén Vargas).

Si a ello se le suman todas las conductas punibles previstas por la Ley 1474 de 2011 y por los tratados internacionales, hablamos de un sinnúmero de comportamientos que pueden comprometer no solamente la responsabilidad penal o disciplinaria del sujeto, sino su capacidad de contratación con el Estado y, por vía de extensión, la de las sociedades o personas jurídicas en sentido amplio a que este pertenezca y a todo el conglomerado empresarial. Es decir, la discusión es mayúscula.

En ese sentido, si bien es loable la lucha contra la corrupción de una forma amplia, vale la pena preguntarse sobre la proporcionalidad de dicha amplitud, su correspondencia con el ordenamiento constitucional colombiano y, ante todo, su eficacia para verdaderamente combatir el fenómeno complejo de la corrupción.

Por todo lo anterior, partiendo de un estudio hermenéutico y dogmático en torno a la interrelación del sistema jurídico colombiano y la coherencia que ha de caracterizar este, el presente artículo estudia en primera medida los principales mecanismos para combatir la corrupción y la criminalidad organizada. Luego se hace un estudio acerca de la convencionalidad y constitucionalidad de la medida, puesto que resulta cuando menos sospechoso que una persona jurídica pueda sufrir consecuencias lesivas de la imposición de una pena por un delito, cuando en Colombia ni siquiera tiene capacidad de acción en materia penal. En tercera medida, estudia la eficacia y proporcionalidad de la norma no tanto desde una óptica jurídica, sino principalmente práctica, puesto que podemos estar en el ámbito una expansión punitivista⁶ de corte populista. Finalmente, apunta a brindar sucintas conclusiones y algunas propuestas, de cara a contar con una interpretación restrictiva de la norma objeto de análisis.

Fundamento y teleología de la inhabilidad por extensión

La norma objeto de estudio tiene su origen en los instrumentos internacionales encaminados a luchar contra la corrupción y, en particular, contra la criminalidad organizada, que han sido suscritos por Colombia. De cara a cumplir con estos estándares, nuestro país tuvo que desarrollar y adecuar su legislación doméstica.

La introducción de estas medidas inició con la expedición de la Ley 190 de 1995, conocida como el *primer estatuto anticorrupción* del país. Luego se incorporó la

⁶ Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda Ed. (Buenos Aires y Montevideo: Euros Editores y Editorial B de F, 2006), 84.

Convención para combatir el soborno transnacional a la legislación nacional por medio de la Ley 1573 de 2012 y, a efectos de su cabal implementación, fue una consecuencia necesaria la expedición de la Ley 1778 de 2016, que sanciona puntualmente a las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional. Esta última, en su exposición de motivos [proyecto de ley 159 de 2014 (Cámara de Representantes)], precisó que los móviles respecto de la modificación al literal j del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 respondían a las recomendaciones de la OCDE en relación con la implementación de la Convención para combatir el soborno transnacional⁷.

Para la época, Colombia contaba con el reporte de diciembre del 2012 sobre la fase 1 de implementación de la Convención para combatir el soborno transnacional⁸, que había identificado: i) vacíos para atribuir responsabilidad a la persona jurídica por actos cometidos por funcionarios distintos a los representantes legales, y ii) vacíos en el régimen de responsabilidad de la persona jurídica, contemplado por el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011⁹.

Por ello no hay que perder de vista que, si bien la norma objeto de estudio fue introducida al ordenamiento jurídico nacional por medio de la Ley 1150 de 2007, esta únicamente llegó a tener la magnitud de hoy en día gracias a las Leyes 1474 de 2011, 1778 de 2016 y 2195 de 2022, que han buscado responder a la precitada dinámica internacional encaminada a combatir la corrupción lograda por medio de personas jurídicas.

La teleología de la disposición encuentra por tanto fundamento internacional, constitucional y legal, puesto que la corrupción materializada por medio de personas jurídicas no ha sido ajena a la contratación estatal, sino que por el contrario ha encontrado un nicho en esta¹⁰.

⁷ Colombia, Congreso de la República, “Cámara de Representantes. Actas de comisión”, *Gaceta del Congreso. Senado y Cámara*, año XVII, núm. 678 (2008): 7 y ss.

⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Phase 1. Report on implementing of OECD anti-bribery convention in Colombia”, *OECD*, diciembre de 2012. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ColombiaPhase1ReportEn.pdf>

⁹ Estos dos problemas se buscaron combatir, entre otros, por el legislador. Cfr. Consejo de Estado, Rad. 11001-03-06-000-2019-00129-00(2425).

¹⁰ Cfr. Jacobo Costa, “Exposing the networks behind transnational corruption and money laundering schemes. Research: Case Study 3”, *Basel Institute on Governance*, mayo de 2023.

Ahora, el artículo 209 Constitucional establece que la función administrativa se ha de desarrollar en observancia de los intereses generales, con estricta observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones¹¹. Estos principios, a su vez, han sido desarrollados en materia de derecho administrativo (artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) y en el seno de la contratación estatal (artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993). Por esto, es dable afirmar que el numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 busca legítimamente proteger dichos principios, garantizando no únicamente la integridad del proceso de contratación mediante la prevención, ya que inhabilita a personas naturales y jurídicas que tal vez no cuenten con los más altos estándares de ética.

Sin embargo, puede argüirse también que la evolución ha otorgado un carácter sancionatorio a muchas inhabilidades, lo cual en principio es ajeno a la naturaleza administrativa y preventiva de la inhabilidad¹².

El Estado social de derecho fundamenta su existencia en fines constitucionalmente legítimos, pero principalmente en los medios que este usa para alcanzarlos¹³. Por lo anterior, la forma en la que el legislador ha optado por materializar los fines internacionales, constitucionales y legales por medio la norma objeto de estudio debe ser analizada no únicamente desde la óptica social o comunitaria, sino también individual: cómo afecta los derechos y garantías de los administrados e inclusive su concordancia con los principios del derecho penal y disciplinario, que no son ajenos a la materia, puesto que el origen de la inhabilidad son penas y faltas.

Con base en lo anterior, proponemos un análisis de la naturaleza de la disposición objeto de estudio, para luego contrastarla con cinco preceptos constitucionales: culpabilidad, presunción de inocencia, derecho penal de acto, acceso a la administración de justicia y debido proceso. Estos no se desarrollan en profundidad, debido a su complejidad, pero se sintetizan de cara a dotarlos de contenido y facilitar el ejercicio de comparación.

¹¹ En sede de unificación, el Consejo de Estado ha precisado el alcance de esta disposición: Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de Unificación Jurisprudencial, Expediente núm. 11001-03-28-000-2013-00006-00(IJ) del 15 de julio de 2014 (C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo).

¹² Antonio Alejandro Barreto Moreno, "Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción", en *Nuevas tendencias del derecho administrativo*, editado por Helena Alviar García, 1o Ed (Bogotá: Universidad de los Andes y Editorial Temis, 2015), 63-100.

¹³ Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad.*, traducción de Ángel Rivero (Madrid: Alianza Editorial, 2014).

Naturaleza jurídica de la inhabilidad por extensión

Determinar la naturaleza jurídica de la inhabilidad que nos ocupa es trascendental. Si es una pena, o inclusive si es una inhabilidad sancionatoria, estaríamos frente a una norma potencialmente inconstitucional: la persona jurídica es sancionada sin ser juzgada o condenada, violando como mínimo los principios de culpabilidad, presunción de inocencia, derecho penal de acto, acceso a la administración de justicia y debido proceso. Si, por el contrario, la inhabilidad es un instrumento netamente preventivo del derecho administrativo la norma sería conforme al derecho constitucional y sería ajena al derecho punitivo como género.

La Corte Constitucional ha precisado que las inhabilidades pueden ser sancionatorias o no sancionatorias (inhabilidades requisito), y en ese sentido ha dividido el artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Respecto de la primera categoría, la jurisprudencia nacional ha señalado que estas están “vinculadas a la potestad sancionatoria del Estado” y, por tanto, “por medio del derecho penal, que no es más que una de las especies del derecho sancionador, el Estado protege bienes jurídicos fundamentales para la convivencia ciudadana y la garantía de los derechos de la persona”¹⁴. Por el contrario, las del segundo grupo no están vinculadas con la evaluación sobre la conducta previa del sujeto, sino con “la necesidad [de] que este acredite determinadas calidades imprescindibles para el ejercicio del cargo, comprendidas como la inexistencia de circunstancias que afecten, de manera importante, la idoneidad para la función o la prestación del servicio público”¹⁵.

En la Sentencia C-053 del 2021, la Corte Constitucional tomó postura acerca de la naturaleza jurídica de la inhabilidad, que deriva *únicamente cuando esta proceda de forma preventiva*, pero da algunas luces respecto de la totalidad de la norma objeto de estudio¹⁶. Estudiando la potencial incompatibilidad de la inhabilidad por prevención frente al principio de presunción de inocencia, optó por establecer que la inhabilidad de que trata el inciso 2 del literal j del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 es *no sancionatoria*, a pesar tener su origen en un proceso penal o disciplinario, ya que está llamada a ser temporal. Lo anterior, puesto que

¹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-634 del 16 de noviembre de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y Sentencia C-597 del 6 de noviembre de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-106 de 2018.

¹⁶ Cfr. Consideración 18. Indica el inciso segundo: “esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria”. Corte Constitucional, Sentencia C-106 de 2018.

esta inhabilidad no es expresión del poder sancionatorio del Estado, *ni se aplica como consecuencia de una sentencia condenatoria en firme*. [...] Por expresa disposición del legislador, esta inhabilidad es de carácter ‘preventivo’ y, de suyo, opera como ‘requisito habilitante negativo’ *de carácter temporal* para aquellas personas que han sido condenadas por medio de sentencia cuya impugnación aún no ha sido resuelta. (Énfasis nuestro)¹⁷.

Ahora bien, sobre la naturaleza jurídica de la totalidad de la norma jurídica *sub examine*, se pronunció hace relativamente poco el Consejo de Estado. En concepto 2425 de 2019, la Sala de Consulta y Servicio Civil propuso varias consideraciones particulares que permiten dilucidar —al menos desde la perspectiva del derecho administrativo— que la naturaleza jurídica de la inhabilidad indirecta, o por extensión a la persona jurídica por delitos o faltas imputados a personas naturales relacionadas con esta, es de carácter preminentemente preventivo. Si bien no optó por la clasificación de sancionatoria o no, según la precitada clasificación jurisprudencial que ha sido desarrollada en las sentencias C-634 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-106 de 2018 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), C-393 de 2019 (M.P. Carlos Bernal Pulido) y C-053 de 2021 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera), entre otras, brinda algunas características sobre estas. En criterio del Consejo de Estado (acápite 4º de las Consideraciones del concepto)¹⁸:

1. El objetivo de la inhabilidad es prevenir el uso de personas jurídicas por parte de la persona inhabilitada para evadir la prohibición de contratar con el Estado durante un tiempo determinado. No se busca sancionar a las personas morales afectadas, sino evitar su instrumentalización.
2. Gracias a esto, ayuda a efectivizar los principios que rigen la contratación estatal y en particular la transparencia, moralidad, imparcialidad, buena fe y precaución.
3. La ley no exige demostrar culpabilidad alguna en cabeza de la persona jurídica o su beneficio directo o indirecto, sino que hay un supuesto objetivo de hecho.
4. Hay que interpretar la inhabilidad de cara a limitarla temporalmente. Esto se logra precisando que esta medida: i) aplica únicamente respecto de las sociedades o personas jurídicas de las que forma parte la persona condenada en la fecha de declaratoria de responsabilidad, y ii) mientras el inhabilitado mantenga en ellas su participación. Es decir que, si el inhabilitado principal

¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-053 del 5 de marzo de 2021 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera), considerando 50 y ss.

¹⁸ Consejo de Estado, Rad. 11001-03-06-000-2019-00129-00(2425). Ver acápites 3 de este concepto, encargado de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica y finalidad de la inhabilidad en comento.

renuncia o es removido, la compañía debería recuperar inmediatamente su habilidad para contratar, puesto que se cumple la finalidad —que la compañía no sea instrumentalizada para evadir la inhabilidad del hallado directamente responsable—.

Bajo esta óptica, si bien no lo dice expresamente, todo parece indicar que para el Consejo de Estado la inhabilidad prevista por el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 no es una inhabilidad de *sanción*, sino una inhabilidad de *requisito*. No obstante, llama poderosamente la atención que su supuesto de hecho —la condena por delitos o faltas— sea claramente una sanción, por lo que vale la pena hacer un análisis desde el *ius puniendi*.

Análisis crítico de la naturaleza jurídica de la inhabilidad por extensión desde el ámbito penal

En materia penal se entiende como pena (en sentido amplio) la consecuencia jurídica que le sigue a un comportamiento previsto como punible por el derecho penal y que ha sido calificada así por un Juez de la República a través de sentencia condenatoria¹⁹. Es decir, supone la respuesta estatal en forma de mal a quien es considerado como responsable de un hecho delictivo²⁰, lo que normalmente supone la privación de un derecho innato al sujeto —como en nuestro criterio es la capacidad de ejercicio—²¹. En esta misma línea, Feuerbach definía el concepto general de pena como “mal que se inflige por acciones cometidas en contra de la ley, y sólo por ellas se le impone a un sujeto: como decían los antiguos juristas, *mallum passionis ob malunm actionis*”²². Esto podría llevarnos a rebatir la inexistencia de la responsabilidad penal corporativa en el ámbito local, más allá de la ausencia de declaración expresa de su adopción en el ámbito jurídico-penal.

Empero, el concepto material de *pena* atiende a la naturaleza de la sanción y su característica preminentemente retributiva, y no a la denominación que le asigne el

¹⁹ Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, 2a ed. (Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996), 11.

²⁰ Ivó Coca Vila, “La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento afflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)”, *InDret* 3 (2021): 76.

²¹ En ese sentido se pronuncia el profesor Luis Greco, con relación al principio de culpabilidad, y el principio de personalidad de las penas. Citado en: Joachim Renzikowski, “Observaciones iusfilosóficas sobre la responsabilidad penal de las organizaciones”, *Revista de Estudios de la Justicia* 33, núm. 33 (2020): 14.

²² Luis Greco, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal* (Madrid: Marcial Pons, 2015), 205.

Estado,²³ ni tampoco a su ubicación dentro del derecho penal codificado²⁴. Dentro de esta concepción, debe evaluarse el aspecto comunicativo de la desaprobación, quedando vinculados (i) la irrogación de un mal y (ii) la desaprobación²⁵. Así, la regulación administrativa *sub examine*, e incluso la suspensión y cancelación de la personería jurídica regulada en el ámbito procesal penal²⁶, permiten evidenciar la concreción punitiva en su contra, por encima del rótulo otorgado o dejado de otorgar.

Con independencia del fundamento político criminal o filosófico que se le otorgue a la pena, o los fines previstos²⁷, lo cierto es que esta busca motivar impulsivamente al individuo sujeto de la misma y a la comunidad²⁸. Es decir, el Estado comprueba la vigencia ideológica de los bienes jurídicos que ha fijado, en términos que previamente han sido comunicados²⁹. Esta motivación, esencial al momento de analizar el principio de culpabilidad, da cuenta del carácter sancionatorio de la pena, puesto que esta únicamente se justifica en la medida en que el sujeto podría adecuar su comportamiento a derecho, pero no lo hizo; es decir, en su libertad³⁰.

En Colombia las penas se clasifican como principales, sustitutivas y accesorias, conforme indica el artículo 34 del Código Penal. Estas últimas pueden ser sucintamente definidas como aquellas que “se encuentran condicionadas por el legislador en torno a la aplicación de otra sanción penal de carácter principal, conceptualización que

²³ Juan Pablo Manalich, “La pena como retribución, primera parte: la retribución como teoría de la pena”, *Derecho Penal y Criminología* 28, núm. 83 (2007): 40 y ss.

²⁴ Claus Roxin, *Derecho penal, Parte general, Tomo I. Fundamentos y estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1997), 51.

²⁵ Eduardo Demetrio Crespo, “Crítica a la retribución como fin de la pena”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, protocolo 1, (2021): 121.

²⁶ Ver artículo 91 de la Ley 906 de 2004. Esto ratifica la necesidad de analizar de manera conjunta el derecho sustancial y procesal penal. Sobre el particular, ver Norberto Hernández-Jiménez y Jose Fernando Mestre-Ordóñez, “Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia: *in memoriam* de Bernardo Gaitán Mahecha”, *Revista Brasileira De Direito Processual Penal* 8, núm. 3 (2022): 1263-1298.

²⁷ Sobre el particular, ver: Norberto Hernández Jiménez y Lorena Cecilia Vega Dueñas, “Enfoques teleológicos de la pena”, en *Derecho Penal General Colombiano -IdeasClave-*, editado por Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2022), 970.

²⁸ Franz von Liszt, *La idea del fin en el derecho penal* (Bogotá: Temis, 1998), 12.

²⁹ Miguel Polaino Navarrete, “Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* XXVI, núm. 79 (2005): 77-98.

³⁰ Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, “La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico: La teoría del sujeto de derecho penal”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* 32, núm. 93 (2011): 27-42.

es tomada por la doctrina en forma literal para definir el contenido distintivo de esta categoría en particular³¹.

Las penas accesorias podrán ser impuestas cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible y muchas de ellas se encuentran previstas por el artículo 43 del Código Penal. Entre otras, se prevé la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la pérdida del empleo o cargo público y “la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio en forma directa o indirectamente, es decir, a través de una persona jurídica”. Si la sanción principal es la condena (a una persona natural), resulta lógico pensar —desde una óptica penal— que la inhabilitación para contratar con el Estado sea una pena accesoria, pero una pena y no menos que ello.

Es absolutamente claro que la inhabilitación tiene como origen la comisión de un delito contra la administración pública o una falta prevista por la Ley 1474 de 2011, por lo que esta, al menos en su origen, se encuentra permeada por el derecho penal. Insistimos, la jurisprudencia no ha sentado su posición respecto de la naturaleza jurídica de la inhabilitación por extensión, sin embargo, ha dado a entender que potencialmente podría clasificarse como inhabilitación requisito o no sancionatoria por las razones expuestas y, por tanto, no es una manifestación del poder punitivo del Estado, que se agotó con la condena en el ámbito penal o disciplinario.

Analizado lo anterior, y reconociendo la vigencia del *neopunitivismo en sede de contratación estatal*, podemos afirmar —en criterio tal vez minoritario— que la norma objeto de estudio incorpora una pena accesoria o por lo menos, una *inhabilitación sancionatoria*³². Esto por cuanto la norma cumple con los requisitos necesarios asignados por la jurisprudencia constitucional para ser considerada como sancionatoria, pues: i) se origina en la imposición de una condena, ii) es causada por un comportamiento subjetivo y iii) tiene relación con el poder punitivo del Estado³³.

En contraste con la mera prevención, en el caso concreto no se trata de conductas objetivas desprovistas de valoración y necesarias para acceder al cargo, por lo que no puede ser una inhabilitación de carácter requisito. Inclusive soporta esta conclusión la

³¹ Francisco Maldonado Fuentes, “Penas accesorias en Derecho Penal”, *Ius et Praxis* 23, núm. 1 (2017): 305-66; Cfr. Norberto Hernández-Jiménez y Alexa Liliana Rodríguez-Padilla, “Expansión punitiva y tratamiento para agresores sexuales: a propósito de la inhabilitación de la Ley 1918 de 2018 y la Sentencia C-407 de 2020”, *Revista Criminalidad* 64, núm. 1 (2022): 35-51.

³² Cfr. Barreto Moreno, “Inhabilitaciones de la contratación”.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2016.

delimitación temporal que realizó el Consejo de Estado, quien priva la inhabilidad de su condición de *permanente* cuando se remueva al funcionario “contaminado”.

En la misma línea, el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 dispone que la autoridad administrativa que ejerce las facultades de inspección, vigilancia y control podrá imponer sanciones administrativas, *grosso modo*, cuando concurren los siguientes requisitos: i) que exista sentencia penal condenatoria firme o principio de oportunidad aceptado contra administradores o funcionarios por ciertos delitos; ii) que se verifique la obtención o búsqueda de beneficios directa o indirectamente por parte de la persona jurídica, y iii) que se acredite el consentimiento o tolerancia por parte de la persona jurídica en la realización de la conducta punible, mediante acción u omisión, considerando sus controles de riesgo³⁴.

Si por virtud de la propia ley, la inhabilidad derivada puede materializarse a título de sanción impuesta por la autoridad administrativa, en un proceso sancionatorio que se origina con la comisión de un delito, es claro que castiga un desvalor de acción que el legislador encuentra como reprochable.

Principales incompatibilidades constitucionales de la inhabilidad derivada

Con base en la conclusión del anterior apartado, acerca de la naturaleza preventiva, *pero con fundamentos sancionatorios* de la inhabilidad derivada, es necesario preguntarse al respecto por los principios constitucionales de culpabilidad, presunción de inocencia, derecho penal de acto y debido proceso. Y, a nivel mediato, por su correspondencia con los principios y garantías convencionales y constitucionales.

Potencial vulneración al principio constitucional de culpabilidad

Dentro del ámbito penal, la *culpabilidad* puede ser considerada como un principio y una categoría dogmática³⁵. Se trata de una prescripción jurídica general que delimita políticamente el derecho penal y tiene aplicación inmediata tanto por parte del

³⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 2195 del 18 de enero de 2022, “por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial 51.921, artículo 2°.

³⁵ Miguel F. Córdoba Angulo, “Algunas Reflexiones sobre el Fundamento de la Culpabilidad”, *Derecho Penal y Criminología* 11, núm. 75 (1989): 77.

legislador como del juez constitucional³⁶. Por esto, la doctrina penal ha indicado que el derecho penal únicamente puede ser de acto, pues es este acto el que se reprocha, y nunca de autor³⁷. En esta segunda corriente se estaría castigando un sujeto por su mero peligro potencial, sin atender a sus actos libres, conscientes y voluntarios³⁸. Todo esto se da en correspondencia con una concepción garantista del derecho penal, enmarcada dentro de un modelo constitucional fundado sobre la rígida subordinación de la ley y su aplicación a los derechos consagrados en el modelo de Estado elegido³⁹.

La responsabilidad penal no puede basarse en criterios inquisitoriales o peligrosistas, sino en actos personales, libres y conscientes. Según el principio de culpabilidad, solo se puede castigar a alguien cuyo comportamiento pueda ser normativamente asignado y reprochado en correspondencia con el acto censurado. Este principio tiene, cuanto menos, dos consecuencias: i) rechaza la responsabilidad objetiva y ii) no es suficiente encontrar culpabilidad para imponer una pena, sino que esta ha de ser proporcional a la culpabilidad del sujeto⁴⁰. Sin culpabilidad la imposición de una pena carece de legitimidad.

Y si bien el principio de culpabilidad se ha entendido morigerado en sede administrativa, en donde encajaría la discusión acerca de la inhabilidad, ni siquiera en este ámbito puede prescindirse del mismo⁴¹. Así lo ha dejado entrever en forma clara la jurisprudencia constitucional en sentencias C-089 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-699 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos), entre otras, en donde precisó que “la culpabilidad constituye un elemento subjetivo esencial sobre el cual se edifica la responsabilidad administrativa”.

En contraposición al principio de culpabilidad, existe la noción de "derecho penal de autor", que se refiere a la imposición de una pena, no por los actos de una

³⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón).

³⁷ Sobre ese particular ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-365 del 16 de mayo de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), consideración 3.3.4.

³⁸ Alejandro Aponte Cardona, *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* (Bogotá: Editorial Temis, 2005), 12.

³⁹ Luigi Ferrajoli, “Garantías y derecho penal”, en *Garantismo y Derecho Penal*, editado por Juan Oberto Sotomayor Acosta (Bogotá, 2006), 11.

⁴⁰ Claudia Marcela Cárdenas Aravena, “El principio de culpabilidad: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte* 15, núm. 2 (2008): 67-86.

⁴¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C-72, párr. 127.

persona, sino por la identidad del autor del delito⁴². En otras palabras, el derecho penal de autor se presenta cuando no se establece una distinción entre el delito y el delincuente, e incluso este último adquiere dicha condición sin haber actuado, simplemente debido a su peligrosidad.

La norma objeto de análisis prevé una pena —o por lo menos una inhabilidad de tipo sancionatorio— a una persona distinta a la juzgada en sede penal y por actos que no pueden atribuírsele. Esto ocurre cuando una persona natural, condenada por un delito específico, ocupa un cargo en la estructura organizativa de una persona jurídica. Si somos consecuentes con el principio de legalidad y el alcance de las penas en materia penal, la norma objeto de análisis debe también superar juicios de razonabilidad penal, que es donde se presenta la génesis de la inhabilidad.

Y desde una perspectiva coherente con los principios del derecho penal, no puede concluirse sino que esta norma viola el principio de culpabilidad. La norma objeto de estudio admite la posibilidad de castigar a personas morales sin actuación, juicio o defensa, basándose únicamente en su potencial para eludir la inhabilidad. Esto constituye un escenario de derecho penal de autor, perjudicando a trabajadores, administradores y accionistas de la persona jurídica. Como lo anotó el propio Consejo de Estado, la inhabilidad objeto de análisis ni siquiera requiere realizar un juicio de causalidad entre el delito y la inhabilidad⁴³, produciendo una descalificación en torno a la capacidad de contratación con el Estado sin juicio de reproche alguno.

Debido proceso y presunción de inocencia

El iluminismo, acompañado de la sistematización y armonización del derecho penal con los instrumentos internacionales de derechos humanos, ha logrado incorporar una serie de principios y valores transversales a todo el ordenamiento jurídico, con especial énfasis en materia penal⁴⁴. Uno de especial importancia es el debido proceso, que protege un número amplio de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran —entre otros— los derechos fundamentales a acceder y ser

⁴² George P. Fletcher, *Gramática del Derecho Penal* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007).

⁴³ En palabras de la Sala, “en efecto, en el caso de tales inhabilidades, *la ley no exige demostrar alguna clase de culpabilidad y, ni siquiera, algún tipo de participación (por acción o por omisión) en la conducta, por parte de la persona a la cual se extiende la inhabilidad*, como sí lo exige para declarar responsable administrativamente a una persona jurídica por incurrir en soborno transnacional” (énfasis nuestro). Consejo de Estado, Rad. 11001-03-06-000-2019-00129-00(2425), p. 47.

⁴⁴ Álvaro Orlando Pérez Pinzón, “Palabras sobre algunos principios del derecho penal”, en *Derecho Penal Colombiano -IdeasClave-*, editado por Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2022), 970.

cobijado por la jurisdicción, contar con un juez natural imparcial e independiente y el derecho a la defensa⁴⁵.

Aunado al principio de culpabilidad, el derecho de defensa es un componente esencial del debido proceso, ya que sin defensa no puede existir reproche válido. En consecuencia, solo puede ser sancionado aquel que sea derrotado en un juicio, respetando la presunción de inocencia⁴⁶. En esta lógica, la presunción de inocencia es concurrentemente un derecho humano (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), un derecho convencional (artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y un derecho constitucional (inciso 3 del artículo 29 de la Constitución Política).

En el presente caso, una persona —reconocida como tal bajo las leyes colombianas—, junto con sus matrices y subordinadas, es sancionada sin siquiera haber sido imputada, juzgada o escuchada. Es decir, se presume su culpabilidad, por lo que en nuestro criterio también se atenta contra el derecho a la defensa y, por dicha vía, al derecho fundamental al debido proceso⁴⁷.

Finalmente, cabe resaltar que la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre este particular, puesto que si bien la Sentencia C-053 del 2021 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera) declaró la exequibilidad de una sección del literal j del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 por la potencial violación al debido proceso, el análisis no se surtió respecto de la totalidad de la norma, sino únicamente respecto de la inhabilidad aplicable a prevención, que por su propia naturaleza es temporal, no permanente.

Acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva

También puede hacerse un reproche desde la violación al concepto de tutela judicial efectiva. En el caso particular, la persona jurídica se ve afectada de manera contradictoria: a pesar de ser la principal perjudicada para contratar con el Estado, le resulta difícil acudir a la justicia para restablecer sus derechos debido a la falta de legitimación en la causa, pues la inhabilidad que recae sobre la persona natural

⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-341 del 4 de junio de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).

⁴⁶ Victor Tadros y Stephen Tierney, "The Presumption of Innocence and the Human Rights Act", *Modern Law Review* 67, núm. 3 (mayo de 2004): 422.

⁴⁷ Cfr. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-544 del 21 de agosto de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo).

se extiende objetivamente a esta. Por lo tanto, sufrirá las consecuencias negativas de una posible condena sin poder actuar para evitarlo. Si la inhabilidad se basa en una condena por un delito, es paradójico que las consecuencias de la condena se extiendan a la persona jurídica, afectando su capacidad de contratar con el Estado, lo cual es potencialmente una pena.

Por lo anterior, es altamente probable que se viole el derecho al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, ya que la persona jurídica no ha sido procesada, dado que no existe responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia⁴⁸. En nuestro criterio, esto lleva a concluir que sus derechos se ven afectados sin haber sido juzgada por ninguna acción y, además, es probable que se le niegue la legitimación para iniciar procedimientos judiciales.

Eficacia de la medida y proporcionalidad de cara a combatir el crimen organizado, ¿populismo punitivo?

Finalmente, es necesario anotar que la medida es desproporcional y, consecuentemente, ineficaz para salvaguardar adecuadamente a la administración pública frente a los perjuicios que causa a esta y a los particulares. La proporcionalidad, o *balancing test*, es una herramienta muy útil para valorar no solo la constitucionalidad de las disposiciones sino también su conveniencia y utilidad. Este principio se divide en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido⁴⁹.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto puede ser definido como el análisis respecto de las ventajas que se obtienen de la intervención en el derecho fundamental y su compensación a los sacrificios para sus titulares y la sociedad en general⁵⁰. Conforme con lo anterior, para que la inhabilidad por extensión a la persona jurídica sea *proporcional*, deberá demostrar que la salvaguarda a los principios de la contratación estatal y el derecho administrativo —ya discutidos— son significativamente mayores a los perjuicios que causa al incorporar un régimen de sancionatorio *de autor* y no de acto.

⁴⁸ Cfr. Daniel Tolosa Russi, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en Colombia”, *Revista Derecho Penal y Criminología* 36, núm. 2015 (2015): 43.

⁴⁹ Aharon Barak, *Proportionality* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 303.

⁵⁰ Cristóbal Orrego Sánchez, “Principio de proporcionalidad y principio de doble efecto. Una propuesta desde la filosofía del derecho”, *Revista Daikon* 24, núm. 1 (2015): 130.

Si la finalidad de la norma es evitar que, a través de personas jurídicas, las personas naturales vinculadas a actos de corrupción logren contratar con el Estado —como se explicó previamente—, hay que decir que existen múltiples faltas y delitos contemplados por el literal j del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 que no tienen relación alguna con el fenómeno de la corrupción.

Adicionalmente, aun cuando los delitos cometidos por la persona natural tengan relación con la corrupción, se echa de menos buscar un esfuerzo para acreditar —posiblemente por la entidad estatal que da apertura al concurso— que exista un nexo causal entre el delito cometido por la persona natural y el devenir de la persona jurídica. Inclusive podría pensarse en invertir la carga de la prueba y que se *presuma* que la persona jurídica puede ser instrumentalizada, pero al menos ello abriría un espacio de discusión con el propósito de no afectar injustificadamente el desarrollo del objeto social de la persona jurídica y que esta pueda defenderse y demostrar su probidad⁵¹.

Por el contrario piénsese, por ejemplo, que una persona verdaderamente quiere evadir por medio de una persona jurídica la inhabilidad para contratar con el Estado. La sociedad más común en Colombia es la Sociedad por Acciones Simplificada o SAS, que se caracteriza por su flexibilidad estatutaria y respeto por cláusulas estatutarias⁵². De conformidad con esta flexibilidad, una cláusula cualquiera —siempre que se adecúe al ámbito de la legalidad— debe ser acatada, por virtud del principio de la voluntad privada. Bajo esta lógica, un socio con el 1 % de la participación societaria puede contar con pleno control sobre la sociedad, sin inhabilitarla.

Las personas jurídicas —con independencia de su tipo societario— normalmente son fuentes idóneas de desarrollo económico. De ellas se benefician no únicamente directivos, trabajadores y accionistas, sino también los consumidores y el entramado social general, por lo que generan bienestar económico y social⁵³. Afectar injustificadamente a compañías cuya línea principal de negocio (o inclusive línea complementaria de negocio) sea contratar con el Estado, sin un adecuado ejercicio de ponderación, resulta lesivo en el corto y mediano plazo. Incluso, reduce la

⁵¹ Algo similar a lo que ocurre en asuntos ambientales donde, de cara a proteger el principio de precaución, existe una presunción legítima de dolo o culpa por el daño ambiental en la Ley 1333 de 2009. Ver su análisis de constitucionalidad en la Sentencia C-595 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁵² Francisco Reyes Villamizar, *La sociedad por acciones simplificada*, 4a Edición (Bogotá: Legis, 2018).

⁵³ Ver: Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez, “Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia* 2, núm. 2 (2006): 269-400.

cantidad de oferentes frente a los concursos de contratación estatal, produciendo una pérdida de eficiencia.

Como se ha estudiado ampliamente, la expansión excesiva del derecho penal —o de sus efectos en el ámbito administrativo— puede ser una manifestación de populismo punitivo y no de una política criminal clara, con observancia de las garantías constitucionales del individuo y no solo de la administración. Esta expansión responde, entre muchos otros factores como la compleja atribución de riesgos, a la generación de un sentimiento de inseguridad colectivo producto de un mundo con nuevos riesgos⁵⁴. Y para responder a dicha sensación de inseguridad —centrada en la teoría de las emociones políticas—⁵⁵, se ha recurrido al buen derecho penal, mediante una reacción expansiva, muchas veces desorganizada y sin apoyo académico o científico, que puede ser catalogada como populismo punitivista.

En nuestro criterio, literal j del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 es un ejemplo concreto de la expansión del derecho penal y del populismo punitivista; sirve más como un mecanismo de comunicación simbólico que como una respuesta estatal concreta⁵⁶. La premisa normativa resulta excesivamente amplia, sin un análisis metódico sobre las premisas y consecuencias de la norma, ni del impacto micro y macroeconómico que la misma puede tener, sin dejar de lado las posibles injusticias particulares, incompatibles con parámetros constitucionales y convencionales.

Conclusiones y propuestas de acción

La inhabilidad por extensión ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, al menos sumariamente, como una *inhabilidad no sancionatoria*. Sin embargo, no puede desligarse su íntima relación con el derecho penal y, por tanto, luego de comparar el concepto de ambas categorías y las particularidades de dicha inhabilidad, los autores concluimos que se trata de una pena accesoria o, por lo menos, de una *inhabilidad sancionatoria*. Esto porque, si bien todas las inhabilidades cuentan con un fin preventivo, no puede desligarse el innegable vínculo entre la norma objeto de estudio y la sentencia condenatoria o la eventual sanción administrativa proferida

⁵⁴ Citado por Andrés Luis Callegari, “Crimen organizado y su tipificación en el contexto de la expansión del Derecho Penal”, *Revista de Derecho*, núm. 12 (2013): 17.

⁵⁵ Jorge Alberto Ortiz-Villarejo, “Prevalencia de las emociones y del populismo en el congreso de Colombia: caso cadena perpetua”, *Novum Jus* 17, núm. 1 (2023): 346 y ss.

⁵⁶ Cfr. Alejandra Hernández Cifuentes, “Reseña. Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI”, *Novum Jus* 13, núm. 1 (2019): 231-34.

en contra de una persona jurídica por cohonestar un delito que sea relacionado con corrupción por parte del legislador colombiano.

La disposición, tal y como se encuentra actualmente legislada y reglamentada, vulnera potencialmente —cuanto menos— los principios de culpabilidad, debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, efectiva tutela judicial y acceso a la administración de justicia. Lo anterior, porque introduce factores que sancionan a la persona jurídica casi como un “enemigo”⁵⁷, con independencia de su actuar, por su sola condición subjetiva de peligrosidad. Es decir, en pocas palabras, la disposición acoge un modelo de derecho penal de autor, proscrito en nuestro ordenamiento jurídico.

La ausencia de un régimen claro aplicable a las personas jurídicas por virtud de la comisión de delitos, a raíz de la vigencia de la máxima *societas non delinquere potest*, ha llevado a la incorporación de un derecho penal de autor en cabeza de las personas jurídicas, a través de mecanismos administrativos que operan en forma automática. Buscando no instituir un régimen penal aplicable a las personas jurídicas, se han introducido *de facto* sanciones a estas, sin que se garanticen valores esenciales de un Estado social de derecho. La inhabilidad por extensión es un ejemplo concreto susceptible de análisis, no solo por su relevancia autónoma, sino también porque puede servir de diagnóstico para valorar la innegable interacción cada vez más evidente entre personas jurídicas y derecho penal.

Sin embargo, la norma no es solo potencialmente inconstitucional, sino que también es desproporcional y altamente ineficaz para salvaguardar los fines perseguidos. Es una lectura expansiva y ciertamente populista del derecho penal, donde este se concibe como una solución al problema de la corrupción y se lo despoja, no solo de su rol de *ultima ratio*, sino de cualquier racionalidad en su aplicación.

Referencias

- Aponte Cardona, Alejandro. *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2005.
- Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Segunda ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

⁵⁷ Cfr. Aponte Cardona, *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?*

- Barak, Aharon. *Proportionality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139035293>.
- Barreto Moreno, Antonio Alejandro. “Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción”. En *Nuevas tendencias del derecho administrativo*, editado por Helena Alviar García, 1º Ed., 63-100. Bogotá: Universidad de los Andes y Editorial Temis, 2015.
- Berlin, Isaiah. *Dos conceptos de libertad*. Traducción de Ángel Rivero. Madrid: Alianza Editorial, 2014.
- Callegari, Andrés Luis. “Crimen organizado y su tipificación en el contexto de la expansión del Derecho Penal”. *Revista de Derecho*, núm. 12 (2013): 133-58. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i12.1005>.
- Cárdenas Aravena, Claudia Marcela. “El principio de culpabilidad: estado de la cuestión”. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte* 15, núm. 2 (2008): 67-86. <https://doi.org/10.22199/S07189753.2008.0002.00003>
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041323003>.
- Coca Vila, Ivó. “La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento afflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)”. *InDret* 3 (2021): 69-99. <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i3.03>
- Colombia, Congreso de la República. “Cámara de Representantes. Actas de comisión”. *Gaceta del Congreso. Senado y Cámara*, año XVII, núm. 678 (2008).
- Colombia, Congreso de la República. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)". Diario Oficial 45.658.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 2195 del 18 de enero de 2022. “Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial 51.921.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 925 del 30 de octubre de 1996. C.P. Roberto Suárez Franco.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 11001-03-06-000-2019-00129-00(2425) del 16 de diciembre de 2019. C.P. Álvaro Namén Vargas.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia de Unificación Jurisprudencial, Expediente núm. 11001-03-28-000-2013-00006-00(IJ) del 15 de julio de 2014. C.P. Dra. Stella Conto Díaz Del Castillo.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-042 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-597 del 6 de noviembre de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-595 del 27 de julio de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-365 del 16 de mayo de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-341 del 4 de junio de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-544 del 21 de agosto de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-634 del 16 de noviembre de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-106 del 31 de octubre de 2018. M.P. Alejandro Linares Castillo.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-393 de 28 de agosto de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-053 del 2021 del 5 de marzo de 2021. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.
- Colombia, Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 033191 del 29 de enero del 2021.
- Córdoba Angulo, Miguel F. "Algunas Reflexiones sobre el Fundamento de la Culpabilidad". *Derecho Penal y Criminología* 11, núm. 75 (1989).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C-72.
- Costa, Jacobo. "Exposing the networks behind transnational corruption and money laundering schemes. Research: Case Study 3". *Basel Institute on Governance*, mayo de 2023.
- Demetrio Crespo, Eduardo. "Crítica a la retribución como fin de la pena". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Protocolo I (2021): 107-129. <https://doi.org/10.30827/acfs.vi1.17980>
- Ferrajoli, Luigi. "Garantías y derecho penal". En *Garantismo y Derecho Penal*, editado por Juan Oberto Sotomayor Acosta, 3-12. Bogotá, 2006.
- Fletcher, George P. *Gramática del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. "La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico: La teoría del sujeto de derecho penal". *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* 32, núm. 93 (2011): 27-42.
- Greco, Luis. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015. <https://doi.org/10.2307/jj.2322026>
- Hernández Cifuentes, Alejandra. "Reseña. Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI". *Novum Jus* 13, núm. 1 (2019): 231-34. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2019.13.1.10>.

- Hernández-Jiménez, Norberto y Alexa Liliana Rodríguez-Padilla. “Expansión punitiva y tratamiento para agresores sexuales: a propósito de la inhabilidad de la Ley 1918 de 2018 y la sentencia C-407 de 2020”. *Revista Criminalidad* 64, núm. 1 (2022): 35-51. <https://doi.org/10.47741/17943108.328>.
- Hernández-Jiménez, Norberto y Jose Fernando Mestre-Ordóñez. “Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia: *in memoriam* de Bernardo Gaitán Mahecha”. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal* 8, núm. 3 (2022): 1263-1298. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.734>
- Hernández Jiménez, Norberto y Lorena Cecilia Vega-Dueñas. “Enfoques teleológicos de la pena”. En *Derecho Penal General Colombiano -IdeasClave-*, editado por Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2022.
- Liszt, Franz von. *La idea del fin en el derecho penal*. Bogotá: Temis, 1998.
- Maldonado Fuentes, Francisco. “Penas accesorias en Derecho Penal”. *Ius et Praxis* 23, núm. 1 (2017): 305-66. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122017000100010>.
- Manalich, Juan Pablo. “La pena como retribución, primera parte: la retribución como teoría de la pena”. *Derecho Penal y Criminología* 28, núm. 83 (2007): 37-74.
- Miranda Londoño, Alfonso y Juan David Gutiérrez Rodríguez. “Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia”. *Revista de Derecho de la Competencia* 2, núm. 2 (2006): 269-400. http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/documents/8Fundamentos.pdf.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Phase 1. Report on implementing de OECD anti-bribery convention in Colombia”, *OECD*, diciembre de 2012. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ColombiaPhase-1ReportEn.pdf>
- Orrego Sánchez, Cristóbal. “Principio de proporcionalidad y principio de doble efecto. Una propuesta desde la filosofía del derecho”. *Revista Daikon* 24, núm. 1 (2015): 117-143. <https://doi.org/http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/5177/4094>.
- Ortiz-Villarejo, Jorge Alberto. “Prevalencia de las emociones y del populismo en el congreso de Colombia: caso cadena perpetua”. *Novum Jus* 17, núm. 1 (2023): 331-56. <https://doi.org/10.14718/novumjus.2023.17.1.14>.
- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. “Palabras sobre algunos principios del derecho penal”. En *Derecho Penal Colombiano -IdeasClave-*, editado por Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2022.
- Polaino Navarrete, Miguel. “Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo”. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* XXVI, núm. 79 (2005): 77-98.

- Renzikowski, Joachim. "Observaciones iusfilosóficas sobre la responsabilidad penal de las organizaciones". *Revista de Estudios de la Justicia* 33, núm. 33 (2020): 1-24. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2020.60532>.
- Reyes Villamizar, Francisco. *La sociedad por acciones simplificada*. 4a Edición. Bogotá: Legis, 2018.
- Roxin, Claus. *Derecho penal, Parte general, Tomo I. Fundamentos y estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda Ed. Buenos Aires y Montevideo: Euros Editores y Editorial B de F, 2006.
- Tadros, Victor y Stephen Tierney. "The Presumption of Innocence and the Human Rights Act". *Modern Law Review* 67, núm. 3 (mayo de 2004): 402-34. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2004.00493.x>.
- Tolosa Russi, Daniel. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en Colombia". *Revista Derecho Penal y Criminología* 36, núm. 2015 (2015): 43. <https://doi.org/10.18601/01210483.v36n100.02> <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/4480/5123>.