



Concepto 387391 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000387391

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000387391

Fecha: 26/10/2021 12:26:05 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad del artículo 122 de la Constitución Política. RAD. 20219000641512 del 26 de septiembre de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que al consultar sus antecedentes en la web de Procuraduría, aparece una inhabilidad intemporal relacionada con el artículo 122 de la Constitución Política, situación que le ha generado inconvenientes para vincularme laboralmente con el Estado, ya que lo han expulsado de las convocatorias cuando se acerca la etapa de nombramiento. Afirma que nunca ha sido servidor público y esta inhabilidad significa una cadena perpetua para la contratación con el Estado y ha sido perjudicial para mi vida laboral. Con base en la información precedente, solicita una asesoría referente a esta situación para saber que medidas tomar con esa inhabilidad en el SIRI.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política señala en su artículo 122:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

(...)

<Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

(...):”

Esta la inhabilidad fue analizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en su concepto No. 2128 emitido el 18 de octubre de 2012, con ponencia del Magistrado William Zambrano Cetina. Indicó la corporación en el concepto:

“Ahora bien, como se observa del artículo transcrito, en la Convención Americana de Derechos Humanos se establece que los derechos políticos sólo pueden ser restringidos, entre otras circunstancias, por “condena de juez competente en proceso penal”. Es entonces imperioso conocer las condiciones que envuelven la aplicación de la inhabilidad contenida en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política colombiana, a partir de la verificación de sus antecedentes y de la revisión de la interpretación que se ha hecho de la expresión “sentencia judicial”, para determinar si dicha norma se refiere a sentencias dictadas dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como es el caso que se consulta a la Sala, o si, necesariamente, la norma exige que se concite la intervención de la jurisdicción penal para que se configure la inhabilidad allí consagrada.

(...)

La Corte Constitucional por disposición del artículo 241-2 de la Constitución, surtió el control automático de constitucionalidad previo a la votación para calificar las preguntas. Fue así como en la sentencia C-551 de 2003, entre otros planteamientos, examinó el relativo a la posible violación del artículo 23 de la Convención Interamericana que establece que los derechos políticos sólo pueden ser restringidos, entre otras circunstancias, por condenas impuestas en causas penales, disposición que entraba en contradicción con el texto de referendo propuesto, que aparentemente autorizaba la restricción también en condenas de naturaleza patrimonial.

La Corte luego de establecer que la disposición analizada integraba el bloque de constitucionalidad y que conforme a los principios “pacta sunt servanda” y “pro hominem”, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano, concluyó que de ser aprobado el numeral 1º, debía entenderse que la única interpretación posible de la segunda parte de la disposición constitucional, alude igualmente a condenas impuestas en procesos penales. Sobre este particular expresó la Corte:

“El argumento de los ciudadanos de que este numeral podría llegar a ser interpretado como incompatible con el artículo 23 del Pacto de San José, a primera vista, parece acertado, pues la segunda frase del numeral no parece referirse a condenas penales, por la comisión de hechos punibles, ya que la primera parte de la pregunta del inciso propuesto regula la hipótesis de la condena por delitos que afecten el patrimonio del Estado. Por ende, esta segunda parte, para que tenga una eficacia normativa propia, parecería referirse a sentencias ejecutoriadas en procesos que no son penales. Sin embargo, ello no es obligatoriamente así, puesto que la primera frase hace referencia exclusivamente a ciertos delitos, esto es, a aquellos que “afecten el patrimonio del Estado”, por lo cual bien puede entenderse que la segunda parte del numeral hace referencia a otros hechos punibles, por los que puede resultar condenado el Estado a una reparación patrimonial. Para ello basta pensar en el evento en que un servidor público, dotado de un arma oficial, lesiona a una persona. Sin lugar a dudas, el Estado puede resultar condenado a reparar patrimonialmente al afectado, por haber ocasionado un daño antijurídico (CP art. 90), y la conducta del servidor público puede ser delictiva, si éste actuó con dolo o culpa. Por ende, esta segunda frase del numeral 1º puede ser armonizada con la Convención Interamericana, si se entiende que también hace referencia a sentencias en procesos de naturaleza penal.

(...)

Y por ello la Corte concluye que, de ser aprobado el numeral 1º, debe entenderse que la segunda frase del mismo hace referencia a que la culpa grave o el dolo del servidor público fue establecida por una sentencia judicial ejecutoriada en un proceso penal, y por ello no existe una contradicción entre el numeral 1º y la Convención Interamericana, y menos aún este numeral implica una sustitución de la Constitución.”

De acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado, la inhabilidad contenida en el inciso sexto del artículo 122 de la Constitución (quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño), está referida a una condena penal, únicamente.

Por su parte, La Ley 734 de 2002, Por la cual se expide el Código Disciplinario Único, determina:

“ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

(...)

” PARÁGRAFO 2. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

-

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.” (Se subraya).

Según el texto legal, no podrá desempeñar ningún cargo público quien haya sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de 4 años por delito doloso, dentro de los 10 años anteriores.

De conformidad con las normas en cita, la persona que haya sido condenada, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrá ser elegida, ni designada como servidor público ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con entidades del Estado; lo anterior se consagra como una inhabilidad permanente para los servidores que hubieren sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

Sobre la inhabilidad de rango constitucional contemplada en el artículo 122, la Corte Constitucional en Sentencia C-652 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra señaló lo siguiente:

“5. La inhabilidad del artículo 122 es intemporal

En desarrollo de su función interpretativa constitucional, esta Corporación tuvo oportunidad de definir el alcance del artículo 122 del Estatuto Superior a propósito de una demanda dirigida contra el artículo 17 de la Ley 190 de 1995, que permitía la rehabilitación de servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio estatal.

Así, en Sentencia C-038 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte Constitucional declaró inexecutable la citada norma por considerar que la inhabilidad consagrada en el artículo 122 Superior es una inhabilidad intemporal que, por su misma naturaleza, impide tiempos inferiores de purga. Al respecto, la Corte sostuvo que el texto constitucional no permitía al legislador establecer inhabilidades inferiores a la intemporal en el caso de los servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado y para efectos de que los mismos pudieran ocupar de nuevo un cargo público.

El sustento de su decisión es el siguiente:

“10. La naturaleza constitucional de la inhabilidad, sólo permite que la ley entre a determinar su duración, si la misma Constitución ofrece sustento a esta posibilidad. Por esta razón, la diferencia entre las nociones de inhabilidad y rehabilitación legal, en modo alguno contribuye a esclarecer el asunto debatido. En realidad, la rehabilitación se define por una determinada ley que, al establecer un término preciso a la inhabilidad constitucional, habrá de requerir justificación autónoma en la Constitución.

“11. La Constitución señala que “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles” (C.P. art. 28). De la interpretación sistemática de este precepto y de las disposiciones de los artículos 122 y 179-1 y 9 de la Carta, puede concluirse que la prohibición de la imprescriptibilidad de las penas, no cobija a las inhabilidades que el mismo Constituyente ha instituido, así éstas tengan carácter sancionatorio.

“12. El Constituyente puede erigir en causal de inelegibilidad permanente para ocupar ciertos cargos públicos, hechos y circunstancias muy diversas, inclusive ajenos a la voluntad de las personas, como acontece con la doble nacionalidad y el parentesco en algunos casos. No se ve por qué no pueda el Constituyente asociar el presupuesto constitutivo de una causal de inhabilidad, a la expedición de una sentencia condenatoria por la comisión de un delito contra el patrimonio público. La defraudación previa al erario público, es un precedente que puede legítimamente ser tomado en consideración por la Constitución, para impedir que en lo sucesivo la persona que por ese motivo fue condenada penalmente asuma de nuevo el manejo de la cosa pública. El propósito moralizador que alienta la Constitución no se ha detenido ante las causales de inelegibilidad que por causas idénticas se aplican a los condenados que aspiran a ser Congresistas. Si en este evento, en atención a un criterio de proporcionalidad de la pena, se autorizara a la ley para imponer un término máximo de duración de la inhabilidad contemplada en el artículo 122 de la C.P., no sería posible dejar de hacerlo respecto de las restantes inhabilidades plasmadas directamente en la Constitución. En esta hipótesis, que la Corte no comparte, la ley estaría modificando el diseño moral mínimo dispuesto por el Constituyente.” (Sentencia C-038 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) (Subrayas por fuera del original).

Esta apreciación fue refrendada en otros fallos de la Corte, de los cuales vale la pena mencionar los contenidos en las Sentencias C-374/97, C-948/02, C-209/00, C-1212/01, C-952/01, C-373/02, C-948/02, y más recientemente en la Sentencia C-037/03.

Aunque alrededor del tema de las inhabilidades y más específicamente de la posibilidad que le asiste al legislador para crear nuevos modelos de inhabilidad intemporal existe una ardua discusión en la jurisprudencia, baste con decir por ahora que a la luz de la jurisprudencia transcrita y de las sentencias enlistadas, la inhabilidad contenida en el artículo 122 de la Carta es una inhabilidad sin término, que impide al servidor público afectado por ella volver a ejercer función pública alguna.

A efectos de determinar la compatibilidad jurídica entre el artículo 122 y los artículos del Código Penal demandados, es necesario determinar los elementos integrantes de la inhabilidad constitucional de la referencia.

6. Elementos de la inhabilidad del artículo 122.

Según se desprende del texto de la norma, los elementos de esta inhabilidad son:

i) El sujeto pasivo de la inhabilidad es quien haya sido servidor público.

El fin genérico de las inhabilidades es garantizar la moralidad, la transparencia, la eficiencia y el buen funcionamiento de la administración pública. Para la Corte, la defensa de la administración pública requiere que quienes se vinculen con el Estado en calidad de agentes suyos cumplan con requisitos especiales de idoneidad que garanticen la adecuada atención y satisfacción de los intereses generales.

De acuerdo con esta concepción, también los particulares podrían estar incurso en causales de inhabilidad, lo cual, de hecho sucede. No obstante, la inhabilidad a que hace referencia el artículo 122 de la Constitución Política gravita únicamente sobre quien ha ostentado el cargo de servidor público. De allí que se entienda que el fin específico de esta inhabilidad es impedir que el Estado vuelva a vincular a su aparato administrativo individuos que defraudaron la confianza puesta en ellos durante el ejercicio de sus funciones. Es claro, como lo ha dicho la Corte, que "los servidores públicos son los principales encargados de que impere en la vida social. Los funcionarios deben, entonces, velar por la aplicación y el cumplimiento de las normas constitucionales y legales. Si ello es así, sufre gran mengua la imagen y legitimidad del Estado, cuando algún servidor público se convierte en un violador impenitente del orden jurídico. Esa conducta atenta contra el buen nombre de la actividad estatal y contra el interés de todo Estado democrático participativo de generar con los ciudadanos una relación de cercanía y confianza"

Así entonces, para que opere la inhabilidad de que se trata, es requisito sine qua non que el sujeto sobre el cual pretenda hacerse recaer la causal de inelegibilidad haya sido servidor del Estado.

ii) Debe existir una condena penal

El segundo requisito de la norma es que se haya impuesto una sanción penal. El servidor público debe haberse encontrado responsable por la comisión de un delito, lo cual excluye la posibilidad de aplicar la causal a quien apenas se encuentra sub judice. Se requiere entonces que exista una sentencia penal en firme que imponga la sanción correspondiente.

La inhabilidad prevista en el artículo 122 es una sanción accesoria que se impone como consecuencia de la responsabilidad deducida del proceso penal. Por ello, la misma norma señala que la inhabilidad se aplica "sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley."

iii) La condena debe proferirse por la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado

La inhabilidad a que hace referencia el artículo 122 debe imponerse al servidor público que ha sido condenado por un delito cometido contra el patrimonio del Estado.

No basta con que el delito afecte la administración pública. Es necesario que el mismo se dirija específicamente contra el patrimonio público, es decir, que atente contra el erario.

Tal exigencia fue hecha por la Corte a propósito de una demanda dirigida contra el artículo 43 del anterior Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995) que establecía:

"ARTÍCULO 43.-OTRAS INHABILIDADES. - Constituyen además inhabilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos salvo que estos últimos hayan afectado la administración pública."

Como la demanda en aquella ocasión argüía que sólo podía imponerse la inhabilidad intemporal del 122 en los casos en que el afectado hubiese sido el patrimonio público y no la administración pública, la Corte se vio obligada a precisar el alcance de la expresión constitucional.

En tal sentido, la Sentencia C-280 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), por la cual se resolvió dicha demanda, estableció que como el concepto de administración pública presentaba una amplia extensión conceptual (todo delito podía llegar a atentar de alguna manera contra ella) el criterio que debía imperar para efectos de imponer la inhabilidad era el del patrimonio del Estado. Así, concluyó diciendo que la razón determinante para imponer la inhabilidad intemporal del 122 constitucional era que el delito hubiere afectado el patrimonio estatal. Dijo así la

Sentencia:

“...estudia la Corte el cargo del actor relativo a si la expresión "haya afectado la administración pública" respeta el principio de tipicidad (CP art. 29) y la Corte concluye que es una expresión ciertamente ambigua, por cuanto esa afectación puede ser de múltiples formas. Incluso podría decirse que todo delito, en tanto violación de un bien jurídico protegido por el Estado, afecta de alguna manera la administración pública. Sin embargo, la Corte coincide con la Vista Fiscal en que esa ambigüedad no comporta la inexecutable de la expresión, por cuanto ella puede ser interpretada a la luz del artículo 122 de la Carta, que habla, de manera más precisa, de delitos contra el patrimonio del Estado. En ese orden de ideas, como todo delito contra el patrimonio del Estado afecta la administración pública, es natural entender que el Legislador incluyó este tipo de delitos en la expresión acusada, pero también generó una indeterminación inadmisibles debido a la vaguedad de la misma. Por consiguiente, y teniendo en cuenta que esta Corporación ya ha señalado que uno de los criterios que debe orientar sus decisiones es el llamado "principio de la conservación del derecho", según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, la Corte declarará executable esa expresión en el entendido de que ella hace referencia a los delitos contra el patrimonio del Estado. (C-280 de 1996 M. Alejandro Martínez Caballero).

En aras de la precisión conceptual que la jurisprudencia echó de menos, el legislador vino a delimitar el alcance del término “patrimonio del Estado” mediante la expedición de la Ley 734 de 2002 - nuevo Código Disciplinario Único -. Éste, en su artículo 38, señala lo que debe entenderse ‘por patrimonio del Estado’ para efectos de la aplicación de la inhabilidad constitucional del inciso final del artículo 122 superior.

Los siguientes son los términos de la regulación.

ARTÍCULO 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

PARÁGRAFO 2. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.”

La norma citada fue declarada executable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-064 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería), razón por la cual debe entenderse que, de conformidad con la legislación vigente, la correcta interpretación del inciso final del artículo 122 de la Constitución ha de contar con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 734 de 2003.

(...)

iv) El objeto de la inhabilidad

El fin de la inhabilidad del artículo 122 de la Constitución es impedir que el servidor público que ha sido condenado por un delito contra el patrimonio del Estado pueda volver a desempeñar funciones públicas.

(...)

De allí que esta Corte entienda que la inhabilidad intemporal del 122 sólo puede operar, en el caso de los delitos contemplados en los artículos

408 a 410, si del quebrantamiento de las normas sobre contratación se produce un perjuicio real y concreto, o como dice el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, se produce “de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos”. (Resaltado nuestro)

De los pronunciamientos expuestos, y para efectos de la consulta, se pueden extraer las siguientes premisas:

Los elementos de la inhabilidad contenida en el artículo 122 de la Carta, son:

- i) El sujeto pasivo de la inhabilidad es quien haya sido servidor público.
- ii) Debe existir una condena penal.
- iii) La condena debe proferirse por la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado. La sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.
- iv) El objeto de la inhabilidad es impedir que el servidor público que ha sido condenado por un delito contra el patrimonio del Estado pueda volver a desempeñar funciones públicas.

De acuerdo con lo manifestado en la consulta, nunca ha tenido la condición de servidor público y, en tal virtud, no se configuraría uno de los elementos de la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Carta.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que, si la sanción penal impuesta le genera la inhabilidad contenida en el artículo 122 de la Constitución, pero nunca ha tenido la condición de servidor público, para eliminarla de sus antecedentes disciplinarios deberá acudir, mediante abogado titulado, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir la situación misma que presuntamente genera la limitación, las consecuencias del fallo penal, si lo hubo, y la anotación que realizó la Procuraduría en el SIRI.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”:
<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:00:06