



Función Pública

## Concepto 375651 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000375651\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000375651

Fecha: 13/10/2021 04:43:48 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que un alcalde condenado por interés indebido en la contratación, pero en la sentencia de segunda instancia se especificó que no hubo detrimento patrimonial, se inscriba como candidato a un cargo de elección popular, de acuerdo con lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política? ¿Cuáles son los delitos contra el patrimonio económico, son diferentes de los delitos contra la administración pública? ¿Los delitos contra la administración pública generan inhabilidad para inscribirse como candidato a un cargo de elección popular o ser nombrado en un cargo público? Radicado 20219000634952 del 21 de septiembre de 2021.

Reciba un cordial saludo.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual hace varios interrogantes relacionados con la inhabilidad en el caso de delitos contra la administración pública, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la Constitución Política, consagra:

*ARTICULO 122. <Artículo corregido por Aclaración publicada en la Gaceta No. 125> 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.*

*<Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culpable, 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.*

*(...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

De conformidad con la norma constitucional, 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-652/03, expediente D-4330, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra señaló lo siguiente:

*"5. La inhabilidad del artículo 122 es intemporal*

(...)

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.

(...)

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 exequible 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) Inoperancia de la inhabilidad por delitos culposos

El tema de si el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política tiene aplicación en el caso de delitos culposos ha sido objeto de largo debate en la jurisprudencia.

Inicialmente se estimó que no era contrario a la Carta aplicar la inhabilidad intemporal establecida en el artículo 122 para delitos culposos porque la Constitución Política no establecía diferencia alguna entre modalidades de la culpabilidad a efecto de asignar dicha sanción. Al respecto, en la Sentencia C-280 de 1996, ya citada, la Corte sostuvo lo siguiente:

“Ahora bien, el actor no impugnó la primera parte del ordinal, la cual consagra la primera inhabilidad, por lo cual la Corte no se pronuncia frente a ella, por cuanto a ella no compete revisar oficiosamente leyes que no hayan sido demandadas. Y, la Corte considera que siempre y cuando se haga la precisión del numeral anterior, la segunda inhabilidad se ajusta a la Carta pues es un desarrollo del artículo 122 superior que, como bien dice la Vista Fiscal, no distingue entre delitos dolosos o culposos.” (Sentencia C-280 de 1996).

Esta posición fue reiterada por la Corte en la Sentencia C-209 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) en donde la Corporación declaró exequible el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 que establecía la inhabilidad para ser concejal de quien hubiere sido condenado a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, salvo que en los últimos se hubiere afectado el patrimonio del Estado.

Dicha jurisprudencia sostenía que a pesar de tratarse de delitos políticos o culposos, si la conducta desplegada por el autor atentaba contra el patrimonio del Estado, era posible imponer la inhabilidad establecida en el artículo 122 de la Constitución que impedía al afectado acceder a cargos públicos de por vida.

No obstante, con la expedición de la citada Ley 734 de 2002 la posición de la Corte sufrió variaciones. Dicho viraje tuvo lugar a propósito del estudio de constitucionalidad del artículo 38 de esa Ley que limita la aplicación de la inhabilidad intemporal a los delitos dolosos. En lo pertinente, la norma establece que “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.”

Luego de hacer un análisis de la potestad que le asiste al legislador para desarrollar los artículos constitucionales y acudiendo a una interpretación sistemática de la Constitución y a un criterio de proporcionalidad de la sanción y la conducta, la Corte adujo que no era posible aplicar la misma inhabilidad a quien atenta de manera dolosa contra el patrimonio del Estado que a quien lo hace de forma culposa.

(...)

De lo anterior se tiene que a partir de la vigencia de la Ley 734 de 2002 la inhabilidad del inciso final del artículo 122 de la Constitución no se aplica para delitos culposos, sino únicamente para dolosos, sin perjuicio de que los primeros puedan ser sancionados con inhabilidades de inferior duración establecidas por la Ley.

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.

Dicha posición resulta acorde con la exigencia hecha en la Sentencia C-063 de 2003, recientemente citada, en la que la Corte estableció lo siguiente a propósito del artículo 38 de la Ley 734 de 2002:

“4.3.2 Se requiere lesión del patrimonio estatal

“El aparte de la disposición demandada exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilidad que él mismo consagra. A juicio de la Corte tal exigencia no implica una mengua del mandato de protección del patrimonio público y por ende del artículo 122 Superior.” (Sentencia C-064 de 2003)

En concordancia con lo anterior, la frase “de cinco (5) a doce (12) años”, contenida simultáneamente en los artículos 408, 409 y 410 es exequible bajo la condición que, si en el caso particular el delito produce un menoscabo directo del patrimonio público, la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas no podrá ser la señalada en la norma, sino la intemporal del artículo 122 constitucional. (...)”. (Negrilla y Subrayado por fuera del texto original).

Conforme con la norma constitucional, 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 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.

Inhabilidad, que en consonancia con lo establecido en el párrafo 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, se hace permanente para los servidores que hubieren sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado en razón a una conducta dolosa.

Es de anotar que para la configuración de la inhabilidad del artículo 122 constitucional citada, se deben reunir los requisitos señalados por la Corte Constitucional, así:

- El sujeto pasivo de la inhabilidad debe haber sido servidor público.
- Debe existir una condena penal
- La condena debe proferirse por la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado - La inhabilidad no opera por delitos culposos
- 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.

Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>1</sup> en Sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Teniendo en cuenta lo preceptuado por el Consejo de Estado, las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador.

En cuanto a los delitos contra el patrimonio, tenemos que en el Título VII del Código Penal<sup>1</sup> es donde se recogen los delitos contra el patrimonio económico, dentro de los que se encuentran los siguientes:

El hurto

El hurto calificado

El abigeato

La extorsión

La estafa

Emisión y transferencia ilegal de cheque

El abuso de confianza

Corrupción privada

Administración desleal

Las defraudaciones

Las usurpaciones

Daños

Como se puede observar son delitos que afectan el patrimonio de los particulares, mientras que los delitos contra la administración pública son aquellos que afectan el patrimonio del Estado, como por ejemplo el peculado, la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato, etc<sup>2</sup>.

De acuerdo con lo señalado nos permitimos transcribir nuevamente sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

1. ¿Existe impedimento para que un alcalde condenado por interés indebido en la contratación, pero en la sentencia de segunda instancia se especificó que no hubo detrimento patrimonial, se inscriba como candidato a un cargo de elección popular, de acuerdo con lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política?

Los alcances en la inhabilidad por la comisión de un delito que afecte la administración pública (interés indebido en la contratación), podrán ser establecidos de acuerdo con los elementos de juicios brindados en el presente concepto, de manera que a este Departamento Administrativo, de acuerdo con sus competencias contenidas en el Decreto 430 de 2016<sup>3</sup>, no le resulta viable establecer lo solicitado por usted.

2. ¿Cuáles son los delitos contra el patrimonio económico, son diferentes de los delitos contra la administración pública?

Los delitos contra el patrimonio económico se encuentran señalados en el título VII del Código Penal y difieren principalmente de los delitos contra la administración pública en los sujetos destinatarios del daño y los bienes jurídicamente tutelados.

3. ¿Los delitos contra la administración pública generan inhabilidad para inscribirse como candidato a un cargo de elección popular o ser nombrado en un cargo público?

En los términos del artículo 122 Constitucional, 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.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Ley 599 de 2000.
2. Contenidos en el título XV del Código Penal.
3. "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública".

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:53:46*