



Función Pública

Concepto 217331 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000217331

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000217331

Fecha: 13/06/2022 05:37:00 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para ser posesionado en cargo público por haber sido condenado penalmente. RAD. 20222060302902 del 1 de junio de 2022.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante su oficio No. 2022RS045201 del 1 de junio del 2022Al, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual informa que al momento de la posesión del Funcionario no figuraba con antecedentes disciplinarios según certificado ordinario No. 138996458 expedido el día 01 de enero de 2020. Sin embargo, según certificado ordinario No.190308877 expedido el día 14 de febrero de 2022, el citado funcionario registra Inhabilidad para desempeñar cargos públicos ley 734 Artículo 46 con fecha de inicio 21/06/2007 y sin fecha final; por lo que, la Corporación solicitó aclaración a la Procuraduría General de la Nación â Regional Boyacá, quien indicó que dicha inhabilidad tiene carácter permanente dado que con la falta tipo por la cual se investigó y sancionó al hoy funcionario, afecta el patrimonio económico del Estado. Con base en la información precedente, solicita se le indique el trámite procedente en su desvinculación, esto es, los actos administrativos que se deben emitir por parte de la Corporación, el trámite a realizar frente a los derechos de carrera administrativa del Funcionario y demás actos que deba desplegar la entidad a fin de dar cumplimiento a lo normado en estos eventos.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Según lo indicado en la consulta, se trata de una inhabilidad intemporal por haber afectado el patrimonio del estado, que está contenida en el artículo 122 de la Constitución Política y el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, norma aplicable al momento de la imposición de la sanción, señala la Carta:

“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.

(...)

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.

(...).”

(Se subraya).

Por su parte, la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, que derogó la Ley 734 de 2002, indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 42. *Otras inhabilidades.* También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

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.

Esta inhabilidad tendrá una duración igual al término de la pena privativa de la libertad.

(...)

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.

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 cubre 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.

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) 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 conformidad con la normativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la inhabilidad generada por la afectación al patrimonio estatal, debe contener los siguientes elementos:

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

Debe existir una condena penal.

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

El objeto de la inhabilidad, que es impedir que el servidor público que ha sido condenado por un delito contra el patrimonio del Estado pueda volver a desempeñar funciones públicas (inhabilidad intemporal)

En cuanto al registro de inhabilidades en el certificado de antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación, la Ley 1952 de 2022,

Código General Disciplinario, establece:

“ARTÍCULO 238. Registro de sanciones. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición y de las provenientes del ejercicio de profesiones liberales, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1° del artículo 42 de este código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.

La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes.

Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro.”

(Se subraya).

Como se aprecia, en la certificación de antecedentes se registran las providencias ejecutoriadas dentro de los 5 años anteriores y las vigentes al momento de su expedición, que constituyen los certificados ordinarios; adicionalmente, cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro, que constituye el certificado especial. Estas inhabilidades especiales, están contenida en la Constitución o en la Ley, y están dirigidas a aquellos que aspiran a ejercer ciertos cargos: quien haya sido condenado en cualquier tiempo a pena privativa de la libertad no podrán ser inscritos ni elegidos congresista (Constitución Política, artículo 179), presidente y vicepresidente (artículo 197 de la Constitución Política), diputado (Ley 617 de 2000, artículo 33, numeral 1), concejal (Ley 136 de 1994, artículo 45, numeral 1), alcalde (Ley 136 de 1994, artículo 95, numeral 1), o gobernador (Ley 617 de 2000, artículo 30, numeral 1), entre otros.

Por ello, al momento de solicitar un certificado de antecedentes disciplinarios, se deberá especificar a qué cargo se aspira y con base en esta información, se expedirá certificado ordinario o certificado especial.

Por su parte, la Ley 190 de 1995, “*por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa*”, determina en su artículo 6° lo siguiente:

“ARTÍCULO 6. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que portal hecho haya lugar.”

La Corte Constitucional, en su Sentencia C-038 de 1996 del 5 de febrero de 1996, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, efectuando el control de constitucionalidad de la Ley 190 y, específicamente, sobre el artículo 6° y el plazo de los 3 meses para dar solución a la inhabilidad, indicó lo siguiente:

“8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes.” (Se

subraya).

De acuerdo con el pronunciamiento, en caso de sobrevenir una inhabilidad en un servidor público que esté originada en causas imputables al dolo o culpa del mismo, procede su retiro inmediato. Si la inhabilidad no está originada en el dolo o culpa, el servidor cuenta con el plazo de 3 meses para poner fin a la situación.

De lo expuesto hasta ahora, y para efectos de la consulta, esta Dirección considera que la administración deberá verificar lo siguiente:

Que la inhabilidad por afectar el patrimonio estatal, esté fundada en una sanción penal, que el delito haya sido contra el patrimonio del Estado y lo haya cometido el responsable en su calidad de servidor público. Para ello, esta Dirección sugiere consultar a la autoridad penal si existe un fallo en este sentido.

Si existe un fallo administrativo disciplinario, fundado en una afectación al patrimonio estatal, éste debe estar fundado, a su vez, en un fallo penal, pues como indica la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la inhabilidad intemporal contenida en el artículo 122 de la Carta sólo puede estar originada en una sentencia penal. En este caso, también se sugiere que la entidad consulte a la autoridad que sancionó disciplinariamente al funcionario, para que le suministre los detalles de la sanción. Cabe señalar que una autoridad administrativa no puede sancionar con inhabilidad intemporal por afectar el patrimonio del estado, sin el respectivo fallo penal.

Si de la información que se obtenga se evidencia que, efectivamente, existe una sentencia penal en contra de un ex servidor público que fue condenado penalmente por un delito contra el patrimonio del estado, la entidad, atendiendo a lo señalado por la Ley 190 de 1995, deberá emitir un acto administrativo debidamente fundamentado, mediante el cual se retire del servicio al servidor público, incluso si cuenta con derechos de carrera administrativa.

Si existía la inhabilidad permanente para acceder a la función pública y quien se vinculó a la administración no dio aviso a la administración sobre esta limitación, estando en la obligación de hacerlo, se podrá iniciar una nueva acción disciplinaria por este hecho.

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”: [/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: 2026-01-29 22:29:25