



## Sentencia 652 de 2003 Corte Constitucional

Definición de vínculos para la Norma: i=9765;

SENTENCIA C-652/03

Referencia: expediente D-4330

Demandada de inconstitucionalidad contra los artículos 397, 398, 399, 400, 402, 403, 408, 409, 410 (parciales) de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y el artículo 38 parágrafo 2 (parcial) de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario)

Actores: Augusto Castañeda Díaz y Carolina Rodríguez Gutiérrez

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de dos mil tres (2003).

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

conformada por los magistrados Doctores Eduardo Montealegre Lynett - quien la preside -, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Augusto Castañeda Díaz y Carolina Rodríguez Gutiérrez, actuando en nombre propio y haciendo uso de los derechos consagrados en los artículos 40-6, y 95-7, de la Constitución Política, demandaron la inexequibilidad de los artículos 397, 398, 399, 400, 402, 403, 408, 409, 410 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal y el artículo 38 parágrafo 2 parcial de la Ley 734 de 2002, por el cual se expide el Código Disciplinario Único.

Los demandantes estiman que las disposiciones acusadas son contrarias al Inciso final del Art. 122 de la Constitución Política Colombiana.

### II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben las normas demandadas y se resaltan los apartes demandados como inconstitucionales.

#### LEY 599 DE 2000

Artículo 397. *Peculado por apropiación.* El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Artículo 398. *Peculado por uso.* El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Artículo 399. *Peculado por aplicación oficial diferente.* El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no

prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Artículo 400. *Peculado culposo.* El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.

Artículo 402. *Omisión del agente retenedor o recaudador.* El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

Artículo 403. *Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos.* El servidor público que destine recursos del tesoro para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona, a los explotadores y comerciantes de metales preciosos, con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, en multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

En la misma pena incurrirá el que reciba con el mismo propósito los recursos del tesoro, o quien declare producción de metales preciosos a favor de municipios distintos al productor.

#### CAPITULO CUARTO

##### De la celebración indebida de contratos

Artículo 408. *Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.* El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Artículo 409. *Interés indebido en la celebración de contratos.* El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Artículo 410. *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.* El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones trame contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

#### LEY 734 DE 2002

**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.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta

inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

**PARÁGRAFO 1o.** Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**PARÁGRAFO 2o.** 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.

### III. LA DEMANDA

Los actores de la presente Acción pública estiman que las expresiones acusadas violan el inciso final del Artículo 122 de la Constitución Nacional en el que se indica:

**ARTICULO 122.** (...) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

Señalan que en materia de delitos en contra de la administración pública, el bien jurídico protegido de forma inmediata es la buena marcha de la misma, mientras que de forma mediata lo que se protege es el patrimonio del Estado, pero ambos intereses integran, materializan y desarrollan el valor fundamental que quiso proteger el constituyente de 1991, dirigido al Estado Social y democrático de Derecho de personas que lesionan el patrimonio público.

Por ello, cuando se constituye una afectación al patrimonio del Estado, lo pertinente es aplicar directamente la disposición constitucional transcrita, que establece la inhabilidad a perpetuidad, para el ejercicio de las funciones públicas y no la prevista en las normas demandadas, en las que se consagran límites temporales para la imposición de la pena. Como consecuencia de lo anterior, en los casos en que se lesionen directamente intereses del Estado Colombiano se aplica preferentemente la inhabilidad consagrada en el Art. 122 de la Constitución.

Esta proposición constitucional "*quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas*", es una consecuencia a perpetuidad. Y ello tiene que ser así, puesto que resulta jurídicamente normal y apenas entendible que el Estado se proteja de quienes ya atentaron contra su patrimonio, por lo que también es lógico que se reserve el derecho de admitirlos en la nómina pública. Lo anterior, se refiere a una reserva, que no es propia del legislador, sino del constituyente, por lo que es adecuado el inciso final del artículo 92 del Código Penal, que establece la prohibición de la rehabilitación en el evento que se consagra en el inciso final del Art. 122 de la Constitución.

Expresan los actores que al afectarse el patrimonio del Estado, aunque sea por medio del interés mediato (patrimonio público), la inhabilidad debe ser intemporal porque el Art. 122 no consagra límites temporales, de suerte que si el legislador los establece, desconoce con ello el postulado constitucional y por ello deben ser inexequibles. Además, se estima que las personas cuya conducta sentenciada y ejecutoriada atentó contra el patrimonio del Estado, no son rehabilitables, por lo que además solicitan a la Corte que en virtud de la demanda se indique en qué condiciones quedan los fallos judiciales ejecutoriados en los que se impuso una sanción de inhabilitación temporal. Por ello, también solicitan a la Corte que se indiquen en qué condiciones quedan los fallos judiciales no ejecutoriados.

En relación con el delito de peculado culposo, el cual se describe en el artículo 400 del Código Penal, indica que la persona que incurra en dicha conducta queda inhabilitado, sin que la Constitución haya hecho cualificaciones referentes a la forma o elementos de la culpabilidad, por tanto la atenuación de la pena, debe traducirse en disminución de la pena privativa de la libertad y de la multa, mas no en la inhabilitación, por lo anterior se desconoció la Carta Fundamental en éste tipo penal.

Sobre los Artículos 402, 408, 409 y 410 del Código Penal, se debe hacer una declaratoria de inexequibilidad condicionada, sobre los casos en los cuales se establezca que las conductas lesionaron tanto la Administración Pública como el patrimonio del Estado, caso en el cual la inhabilidad debe ser a perpetuidad.

Finalmente, a juicio de los demandantes, la Expresión "Dolosa" contenida en el parágrafo 2º Artículo 38 de la Ley 734 de 2002, debe ser declarada inexequible, por cuanto las conductas culposas, que fueron excluidas, también lesionan el patrimonio público y el constituyente no hizo discriminación alguna sobre ese la inhabilidad con que pueden ser sancionadas.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. Ministerio de Interior y de Justicia

Dentro del término correspondiente, intervino la Doctora Ana Lucía Gutiérrez Guingue, actuando en representación del Ministerio de la referencia, para solicitar a la Corte que profiera una sentencia condicionada en la cual se declare que las personas condenadas por delitos contra el patrimonio económico (Artículos 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 408, 409 y 410) queden inhabilitadas para desempeñar funciones públicas de conformidad con lo establecido en el Art. 5º del Art. 122 de la Constitución y que los demás derechos e inhabilidades podrán ser rehabilitados de acuerdo con los procedimientos que la Ley establece para ello.

También solicita declarar exequible la expresión "e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas" contenida en los Artículos 408, 409 y 410 del Código Penal, siempre y cuando con la comisión de la conducta se haya afectado el patrimonio del Estado.

Declarar inexequible la expresión "dolosa" del parágrafo 2º del Artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

Como soporte de esta solicitud, luego de hacer un recuento de las normas demandadas y sus cargos, manifestó que el Código Penal en su artículo 35 estableció que son penas principales la de prisión, la de multa y las demás privativas de otros derechos que se consagren en las normas especiales, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, penas que como lo establece el artículo 52 de la misma normatividad, se deben imponer como principales y accesorias y se dan cuando exista relación directa con la realización de la conducta punible, cuando se abuse de ellos o facilite su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena.

Agrega que haciendo referencia al artículo 44 de la Ley 599 de 2000<sup>1</sup>, la inhabilitación que se establece es más amplia que la consagrada en el inciso final del Artículo 122 de la Carta Política, ya que en ésta última se consagra que el funcionario que sea condenado por delitos en contra del patrimonio económico "queda inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas", mientras que la disposición penal contempla además de la inhabilitación para el ejercicio de derechos como la facultad de elegir y ser elegido, el ejercicio de cualquier otro derecho político.

Deduce de lo anterior que la voluntad del constituyente fue evitar que personas que hubieren cometido delitos que afectan el patrimonio del Estado puedan volver a desempeñarse como servidores públicos, en aras de proteger el interés general.

Finaliza señalando que para el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, el Estado requiere de la utilización de los bienes de cuyo correcto manejo depende el cumplimiento de sus objetivos. Así, una protección para la Administración no sería integral si no se establecieran sanciones para los servidores públicos que hacen mal uso de los bienes y recursos suministrados.

##### 2. Fiscalía General de la Nación

Dentro del término procesal establecido, el señor Fiscal General de la Nación, Luis Camilo Osorio Isaza, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la norma acusada, atendiendo entre otras a las siguientes consideraciones.

Aduce que los demandantes parten de un supuesto errado, cual es el de confundir la naturaleza de la inhabilidad con la de la pena impuesta dentro de un proceso penal, la cual por obvias razones, debe responder a los principios de tipicidad, legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Por su parte y de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, la fijación de las inhabilidades e incompatibilidades como condiciones positivas o negativas que rigen el acceso a un determinado cargo, responde a la garantía que debe tener la sociedad respecto del comportamiento del futuro funcionario público, será adecuado y conforme a la ley, tal y como lo señalan la Sentencias C-209 de 2000<sup>2</sup> y la C-111 de 1998<sup>3</sup>.

Lo que se hace finalmente con establecer inhabilidades es garantizar los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública y con ello poder realizar los fines del Estado. Por éste motivo no se trata de penas atribuidas como consecuencia de la realización de una conducta punible, pues con ello se supondría la posibilidad de la imprescritibilidad de la sanción penal, claramente prohibida por el artículo 28 superior.

Las sanciones penales no pueden desligarse de los principios básicos del Derecho Penal Moderno, por lo que no resulta válido demandar los máximos y mínimos impuestos por el legislador para cada caso en concreto, ya que cada operador judicial debe individualizar la pena, conforme a la mayor o menor gravedad de la conducta investigada, el daño real o potencial creado, la intensidad del mismo, la necesidad de la pena y la función que ésta ha de cumplir.

Indica, que cuando el artículo 51 del Código Penal limita en el tiempo la sanción de inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas, pero exceptúa de ésta regla a las penas impuestas a los servidores públicos condenados por delitos en contra del Estado, se debe entender que el sentido de tal previsión descansa en el querer del legislador penal, que consiste en armonizar el diseño moral mínimo establecido para el ordenamiento superior con las sanciones de las normas penales, pero sin que con ello se pretenda desnaturalizar las características propias de

ésta inhabilitación como pena y la inhabilitación, como mera garantía de transparencia del ejercicio de la función pública e independiente de la responsabilidad penal del procesado.

Se establece en el Artículo 122 Inciso 5° de la Constitución que: "*Sin perjuicio de las demás sanciones que estén en la ley*", el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas. Esto significa, que además de la sanción impuesta en el correspondiente proceso penal - sujeta a todas las garantías del proceso mismo - , cuando un servidor se condena por un delito en contra del Patrimonio del Estado también queda sujeto a la inhabilitación prevista por el constituyente para acceder al ejercicio de cualquier cargo público, aquí sí de forma intemporal. Por lo anterior, no pueden tener fundamento alguno, las interpretaciones erradas que hacen los demandantes, por cuanto la norma constitucional no contiene en sí una sanción penal, como sí lo hace el Código Penal atendiendo a la tipicidad y legalidad propios del proceso penal.

Finalmente, respecto de la expresión "dolosa" del parágrafo 2º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, considera la Fiscalía General de la Nación que los argumentos expuestos por los actores no son acertados por cuanto corresponde al legislador, dentro de la órbita de su competencia, regular las inhabilidades, con lo que debe establecer las características de ésta. Por ello, dentro del grado de culpabilidad que debe existir para exigir la inhabilitación por detrimento al erario público sólo debe ser aquel reprochado a título de dolo, pues de aceptarse la tesis de los accionantes, según la cual la conducta contraria a derecho del agente estatal bien puede ser cometida con cualquier elemento de la culpabilidad penal, se produciría una contradicción en el sistema jurídico constitucional. Por tal razón lo más indicado es que se haga una interpretación sistemática constitucional para determinar que la inhabilitación surgida por la conducta punible contra los bienes de la administración pública debe tener el contenido culpabilístico del dolo para ocasionar los efectos negativos del acceso a la función pública.

Concluye indicando que únicamente aquellas conductas cometidas con la iniciativa de la actividad consciente y de la voluntad, encaminada a producir un resultado contra los bienes del Estado, es la que debe ocasionar la inhabilitación prevista en el artículo 122 de la Constitución.

### 3. Auditoría General de la República

Dentro de la oportunidad legal prevista y en representación de la entidad de la referencia intervino en el expediente la abogada Myriam Herlinda Roncancio Téllez, quien solicitó a la Corte declarar la inexequibilidad de los artículos acusados.

Dice la interveniente que la sanción contenida en el artículo 122 de la Constitución es una sanción a perpetuidad porque el interés del Estado es el de evitar la vinculación de individuos que ya han atentado contra el patrimonio público. Partiendo de esa base, afirma que son inconstitucionales las normas que establecen una sanción menor para los delitos cometidos contra la Administración Pública.

Por lo anterior, dice que los artículos 397, 399, 400 y 403 del Código Penal deben ser declarados inexequibles en sus apartes demandados, que reducen la sanción por delitos cometidos contra el patrimonio público.

Por la misma razón, pide que se declare la inexequibilidad de la expresión "dolosa", contenida en el artículo 238 de la Ley 734 de 2002, pues la Constitución también ordena con sancionar con inhabilitación la conducta culposa del agente del Estado que afecte el patrimonio público.

En cuanto al artículo 402, ya que la norma no estableció sanción alguna para la conducta allí descrita, solicita declararla exequible bajo la condición que se entienda que la inhabilitación por aquella generada es la del artículo 122 de la Constitución Política.

En el caso de los artículos 408, 409 y 410, dice el interveniente que deben interpretarse en el sentido en que la inhabilitación imponible no será la establecida en el tipo penal correspondiente, sino la inhabilitación intemporal del artículo 122 constitucional, de llegarse a comprobar que los delitos allí cometidos han afectado el patrimonio público y la administración del Estado.

### 4. Academia Colombiana de Jurisprudencia

En representación de la Academia de la referencia intervino en el proceso el ciudadano Juan Carlos Prías Bernal para solicitar a la Corte declarar exequible las disposiciones demandadas.

En primer lugar, la interpretación que se realiza sobre el inciso 5º del Artículo 122 de la Constitución, por parte de los demandantes es aislada y contraria a la estructura general de la carta fundamental. En primer lugar, porque tal norma no establece de ninguna forma una perpetuidad que se le atribuye, ni la imposibilidad que el legislador regule el punto a su propia discreción. Esta atribución, es gratuita y no consulta en ningún momento la línea general que trae la Constitución en relación con el carácter y finalidad de las penas.

Además de lo anterior, la posición sostenida viola el artículo 28 de la Constitución Política, el cual consagra la legalidad de las penas, por cuanto establece un inadmisible criterio atentatorio de la seguridad jurídica cual es el establecimiento de la lesión al patrimonio público con el fin de señalar cuándo procede o no el carácter perpetuo de dicha sanción. Los mandatos del mencionado artículo son perentorios y no están precedidos de términos o frases que claramente inhiban la posibilidad de una excepción.

En segundo lugar, asegura que los demandantes hacen un énfasis desmedido en torno de la concepción de patrimonio público en perjuicio de la administración pública como bien jurídico tutelado, de tal manera que por esta vía establecen una orientación diferente a la establecida en el ordenamiento jurídico. Prueba de lo anterior es que el Estado puede verse afectado en su patrimonio económico de la misma manera que los particulares, aún por actos de sus propios agentes, sin que tales actos tengan el carácter de delitos contra la Administración, sino que operan los mecanismos típicos de delitos en contra de la propiedad privada. Por esto se establece que la naturaleza misma del bien jurídico tutelado, supone una concepción que supera el patrimonio del Estado hacia conceptos más amplios y funcionales de tal forma que su determinación como

objeto material de las conductas, pasa a un segundo grado en lo expresado por los accionantes.

#### V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

##### 1. Concepto del Procurador General de la Nación

Habiéndole sido aceptado el impedimento para emitir concepto de fondo sobre la Ley 734 de 2002, el señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, solicitó a la Corporación declarar exequibles las normas acusadas del Código Penal.

Dice entonces el Procurador que las expresiones acusadas de los artículos del Código Penal son exequibles por cuanto que la inhabilidad intemporal consagrada en el artículo 122 de la Carta sólo involucra la prohibición de desempeñar cargos públicos mas no el ejercicio de todos los derechos políticos, cual es el tipo de sanción que contiene el Código Penal. Dice que los requisitos para establecer la sanción intemporal del artículo 122 de la Constitución restringidos y específicos, mientras que los consagrados en el Código Penal tienen una mayor cobertura. Por ello no puede sostenerse que a las sanciones establecidas en éste último les sean aplicables los criterios de perpetuidad incluidos en el artículo constitucional.

Dice que aplicar las consecuencias jurídicas del artículo 122 constitucional a todos los eventos penalizados por las normas acusadas es dar una interpretación extensiva e injurídica a la inhabilidad constitucional imprescriptible.

##### 2. Concepto de la Procuraduría Delegada en Asuntos Penales

Como consecuencia del impedimento manifestado por el señor Viceprocurador General para emitir concepto de fondo respecto del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, la Procuradora Delegada para Asuntos Penales, Nubia Herrera Ariza, presentó ante la Corte el concepto de rigor, en el que solicitó al tribunal estarse a lo resuelto en la Sentencia C-064 de 2003 que declaró la exequibilidad de la norma acusada.

#### VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

##### 1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para resolver sobre la constitucionalidad de los artículos demandados, ya que hacen parte de sendas leyes de la República.

##### 2. Cosa Juzgada Constitucional

El demandante acusa la inconstitucionalidad de la expresión 'dolosa', contenida en el parágrafo 2º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002. No obstante, mediante Sentencia C-064 de 2003, la Corte Constitucional declaró exequible la norma en comento. La Corte resolvió la demanda señalando que pese a la redacción del artículo 122 de la Constitución Política, el legislador conserva la facultad de regular, de acuerdo con criterios de proporcionalidad y justicia, la imposición de la sanción de inhabilidad según si el delito ha sido culposo o doloso. En tales términos, declaró ajustada a derecho la norma acusada.

En razón a que la decisión anterior hizo tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, esta Corporación se estará a lo resuelto en el fallo.

##### 3. Problemas jurídicos

En resumen, los demandantes advierten que siendo la inhabilidad del artículo 122 Constitucional una inhabilidad intemporal, no podía el legislador reducir el término de duración de la sanción para los delitos consagrados en los artículos demandados del Código Penal.

En vista del debate jurídico planteado, esta Corte deberá resolver los siguientes interrogantes:

- a) ¿Es la inhabilidad del artículo 122 una inhabilidad intemporal?
- b) ¿A quienes se aplica la inhabilidad del 122? ¿Cuáles son sus requisitos?
- c) ¿Es aplicable la inhabilidad del 122 a los delitos del código penal que fueron acusados por los demandantes?
- d) ¿Puede el legislador establecer un monto de inhabilidad inferior a la inhabilidad intemporal?

##### 4. La inhabilidad del artículo 122

Como la premisa sobre la cual descansa este debate es que la inhabilidad del artículo 122 de la Carta Fundamental es intemporal o intemporal, valga la pena recordar la posición de la Corporación a este respecto.

De conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa se encuentra diseñada para satisfacer los intereses generales de la comunidad, función que desarrolla con fundamento, entre otros, en los principios de moralidad e imparcialidad.

En concordancia con dicha disposición, el artículo 123 de la Carta advierte que los servidores públicos se encuentran al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

Para lograr dichos objetivos, el Estado diseña políticas diversas en todos los campos, pero especialmente establece regímenes de inhabilidades e

incompatibilidades que garantizan la idoneidad y probidad de los individuos que asumen el desempeño de funciones públicas.

Al respecto la Corte ha dicho que "...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad."<sup>4</sup>

Las inhabilidades del régimen jurídico pueden tener fuente diversa y pretender objetivos distintos. De hecho, la jurisprudencia ha reconocido que las inhabilidades presentan dos tipologías que dependen de su procedencia jurídica y de la finalidad que persiguen.

Un primer grupo tiene origen sancionatorio. Cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más -la inhabilidad- que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad.

La segunda tipología no tiene origen sancionatorio y corresponde, simplemente, a una prohibición de tipo legal que le impide a determinados individuos ejercer actividades específicas, por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades.

En la Sentencia C-708 de 2001, al estudiar la exequibilidad del artículo 2º de la Ley 510 de 1999, regulatoria del sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores y las Superintendencias Bancaria y de Valores, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de profundizar en el tema del siguiente modo:

"En uno de los grupos están las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se desenvuelve en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política. Según lo ha señalado esta Corporación, a través de la potestad sancionadora el Estado cumple diferentes finalidades de interés general. 'Así, 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. Pero igualmente el Estado ejerce una potestad disciplinaria sobre sus propios servidores con el fin de asegurar la moralidad y eficiencia de la función pública. También puede el Estado imponer sanciones en ejercicio del poder de policía o de la intervención y control de las profesiones, con el fin de prevenir riesgos sociales'.<sup>5</sup>

"El proceso de tipificación de los delitos y de las faltas administrativas consiste en la determinación de conductas que, por afectar de manera significativa la convivencia social o el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado, respectivamente, se sancionan con una pena.

"Los delitos y las faltas administrativas se tipifican, en cada caso, para evitar la vulneración de bienes jurídicos fundamentales o para propiciar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, y las penas y sanciones son los castigos impuestos por autoridad legítima a quien ha cometido un delito o una falta.<sup>6</sup> En relación con la tipicidad, la Corte ha señalado que esta figura 'exige la concreción de la correspondiente prescripción, en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de éstos, o sean las sanciones. De esta manera la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica'.<sup>7</sup>

"Por su parte, las sanciones son respuestas a conductas antijurídicas y su determinación es un complemento de la conducta considerada por el legislador como atentatoria contra bienes jurídicos fundamentales objeto de protección. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, sentencia C-739 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, 'por lo general la norma penal está constituida por dos elementos: el precepto (*praecepsum legis*) y la sanción (*sancio legis*). En el precepto está contenida la descripción de lo que se debe hacer o no hacer y, por lo tanto, del hecho que constituye delito. La situación descrita en la norma se denomina comúnmente figura o tipo penal. (...) La norma penal, siempre de origen estatal, es un imperativo que contiene reglas de comportamiento impuestas por el Estado, dirigidas a regular conductas de los ciudadanos, asociadas a determinados comportamientos sancionados punitivamente. La norma penal tiene una función valorativa, en el sentido de que a través de ella ciertos comportamientos se califican como contrarios a los fines del Estado'.

"10. El segundo grupo contiene las inhabilidades relacionadas con la protección de principios, derechos y valores constitucionales, sin establecer vínculos con la comisión de faltas ni con la imposición de sanciones. Su finalidad es la protección de preceptos como la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general o el sigilo profesional, entre otros fundamentos. Es este sentido, las prohibiciones e inhabilidades corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas.

"Desde este punto de vista la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción; de lo contrario, carecerían de legitimidad límites consagrados en la propia Constitución Política. Por ejemplo, cuando el artículo 126 de la Carta Política señala que los servidores públicos no podrán nombrar empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, no consagra falta ni impone sanción alguna; por lo tanto no vulnera los derechos de defensa, debido proceso, igualdad y trabajo ni el principio de proporcionalidad de la pena que le asiste a los parientes de las autoridades administrativas. Lo que busca la norma en este caso es evitar, entre otros efectos, el uso de la potestad nominadora a favor de los allegados, y la preservación de principios como la igualdad, la transparencia o la moralidad, lo cual está muy distante de entender la señalada prohibición como una sanción impuesta por la Constitución a los familiares del servidor público. En el mismo sentido las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado no constituyen sanción penal ni administrativa para los participantes o interesados en un proceso licitatorio.<sup>8</sup>

"11. Por consiguiente, resultan diferenciables las sanciones administrativas de las prohibiciones e inhabilidades, en tanto no toda inhabilidad tiene carácter sancionatorio, al existir prohibiciones e inhabilidades que tutelan de diferente manera bienes, principios o valores constitucionales, sin que representen en sí mismas la concreción de una sanción ni de una pena." (Sentencia C-708 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Con fundamento en lo dicho y atendiendo a la lectura del artículo 122 constitucional, es evidente que la inhabilidad propuesta por el constituyente hace parte del primer grupo, es decir, es una inhabilidad de origen sancionatorio porque se origina en la falta penal cometida por el servidor público contra el patrimonio del Estado. En este sentido, aquella no es una simple prohibición sino la consecuencia de una condena penal.

Dando por sentado lo anterior, resulta conveniente recordar la posición de la Corte respecto del término de duración de la inhabilidad contenida en el artículo 122 citado.

#### 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 inexistente 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 ineligiabilidad permanente para ocupar ciertos cargos públicos, hechos y circunstancias muy diversas, inclusive ajenas a la voluntad de las personas, como acontece con la doble nacionalidad y el parentesco en algunos casos. No se ve porqué 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 ineligiabilidad 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.<sup>9</sup>

De acuerdo con esta concepción, también los particulares podrían estar incursos 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.<sup>10</sup> 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.*"<sup>11</sup>

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 inexequibilidad 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 inadmisible 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"<sup>12</sup>, según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, la Corte declarará exequible 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 2º. 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.

El fundamento de la Sentencia fue el siguiente:

"Cuando el inciso final del artículo 122 de la Carta Fundamental dispone que 'el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas' no estableció una cláusula general que atribuya idénticas consecuencias a las conductas culposas y dolosas, y es así porque de acuerdo con una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales en materia de inhabilidades es razonable sostener que dichas disposiciones otorgan y permiten dar un tratamiento diverso a esas conductas, luego no puede reprocharse al Legislador el criterio de distinción utilizado por el propio Constituyente para regular los mencionados comportamientos delictivos.

"Ahora bien, la inhabilidad de que trata la disposición constitucional citada es intemporal, lo que quiere decir que el servidor público que se coloque en el supuesto para imponerla no podrá en el futuro desempeñar funciones públicas, sin forma de rehabilitación alguna como forma de protección efectiva del patrimonio estatal.

"En criterio de la demandante esta inhabilidad se genera por delitos contra el patrimonio estatal producto de conductas tanto dolosas como culposas, dado que esa norma constitucional no distingue, por lo que debe entenderse que no le es dado a la ley hacerlo.

"A juicio de la Corte esta afirmación no tiene respaldo constitucional. Vimos como una interpretación sistemática de la Constitución otorga un

tratamiento disímil a estas conductas, por tanto, no es válido sostener que el artículo 122 de la Carta atribuyó la misma consecuencia a esas conductas, pues como quedó establecido, hay un tratamiento constitucional y legal más favorable para los delitos culposos. Por tanto, no todo delito contra el patrimonio del Estado puede generar la inhabilidad prevista en su último inciso, puesto que los delitos culposos no pueden originar la inhabilidad permanente en él establecida.

"Ello no significa que los delitos culposos contra el patrimonio del Estado no generen inhabilidad, porque el Legislador dentro del marco de la política criminal del Estado puede atribuirla, como de hecho sucede cuando dosifica las penas, así encontramos, entre otros delitos, que el peculado por apropiación, regulado por el artículo 397 del actual Código Penal, tiene previsto como pena principal prisión de seis (6) a quince (15) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. En consecuencia, los delitos culposos contra el patrimonio del Estado cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones pueden acarrear inhabilidades, pero no perennes o intemporales sino las contempladas en la ley, con fundamento en la libertad de configuración del Legislador consagrada en los artículos 114 y 150 Superiores.

"La Corte deja claramente establecido que los delitos culposos no están exentos de inhabilidad, ni el legislador puede eximirlos de inhabilidad, pues se estaría violando el artículo 122 de la Constitución; pues ellos deben conllevar un mínimo de inhabilidad; lo que no puede el legislador es atribuirles una inhabilidad intemporal. Existen, entonces dos límites uno hacia abajo, que consiste en que debe existir inhabilidad (o sea que no pueden quedar sin inhabilidad) y otro hacia arriba consistente en que la inhabilidad no puede ser intemporal; dentro de esos límites el legislador tiene una amplia capacidad de configuración tratándose de delitos culposos. De este modo se conjuga aquel principio con la protección del patrimonio del Estado perseguida por el Constituyente." (Sentencia C-064 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería)

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.

Así entonces, es el acceso a la función pública lo que se prohíbe por parte de la norma y no el ejercicio de derechos políticos, concepto mucho más amplio del cual el desempeño de funciones públicas es apenas un ejemplo.

Dice el artículo 40 de la Carta que todo ciudadano tendrá derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, para lo cual podrá:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Como se desprende de la norma, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos es apenas uno de los derechos políticos que tiene el ciudadano en ejercicio, por lo que no puede inferirse que la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Carta le impida al ex servidor público condenado por un delito contra el patrimonio del Estado interponer -por ejemplo- acciones públicas de inconstitucionalidad, participar en elecciones, plebiscitos o referendos o constituir partidos políticos, según se lo autoriza la Constitución.

Sobre este particular la Corte ha dicho lo siguiente:

"La Carta Política de 1991 establece en el artículo 40 el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Dentro de las varias manifestaciones que adopta este derecho se encuentra la posibilidad de elegir y ser elegido (num.1o.) así como de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (num. 7o.), salvo para aquellos colombianos que, por nacimiento o por adopción, tengan doble nacionalidad, en los casos y de la forma que lo establezca la respectiva reglamentación legal.

"El derecho político en mención ha sido reconocido como fundamental y de aplicación inmediata en el texto constitucional (CP, arts. 40 y 85), dado el desarrollo que permite alcanzar, no sólo en el patrimonio jurídico - político de los ciudadanos, sino también en la estructura filosófico - política del Estado, al hacer efectivo el principio constitucional de la participación ciudadana (C.P., art. 1o.). No obstante, es posible someterlo a limitaciones<sup>13</sup> en aras de la defensa y garantía del interés general, como sucede para efectos del señalamiento de las condiciones de ingreso al

ejercicio de un cargo o función públicos.

"En efecto, el ejercicio de la función pública hace referencia al "conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines"<sup>14</sup>. Dicha función debe realizarse según los principios orientadores de la función administrativa puesta al servicio de los intereses generales y que se refieren a la moralidad, igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (CP, art. 209). En ese orden de ideas, el ingreso al ejercicio de la función pública debe sujetarse a las condiciones que hagan efectivos dichas reglas." (C-952 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis)

#### 7. Aplicación de la inhabilidad del artículo 122 constitucional

De la descripción de los elementos del artículo 122 puede inferirse lo siguiente.

El constituyente estableció la inhabilidad intemporal para los servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio estatal. Ello quiere decir que ante la presencia de un caso que involucre tales variables, el legislador no puede disponer una inhabilidad de menor duración. La Ley no puede crear inhabilidades menos severas que las que han sido creadas directamente por el constituyente. La Corte sentó esta regla al advertir que de permitirse por vía legislativa la reducción de los tiempos de expiación de la inhabilidad, se correría el riesgo de afectar el "*diseño moral mínimo dispuesto por el Constituyente*",<sup>15</sup> pues nada impediría aplicar el mismo criterio en otras de las inhabilidades intemporales consignadas en la Constitución.

Así lo reconoció también la Corte al estudiar la exequibilidad del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, que aparentemente consagraba una inhabilidad menos rigurosa a la establecida en el artículo 126 de la Carta. La Corte dijo sobre este particular:

"...según el demandante, y en ese punto la Vista Fiscal lo apoya, el aparte final del artículo 49 es inconstitucional, pues establece una inhabilidad que es menos rigurosa que la prevista por el artículo 126 de la Carta para todos los servidores públicos.

"Este cargo plantea entonces una primera pregunta y es la siguiente: ¿realmente la expresión acusada del artículo 49 establece una inhabilidad menos severa que la prevista por el artículo 126 de la Constitución? Este punto es trascendental pues si la respuesta a ese interrogante es afirmativa, el actor tendría razón en que la disposición impugnada es inexequible, pues la ley no puede flexibilizar un régimen de inhabilidades señalado directamente por el Constituyente. Una inhabilidad legal no puede ser menos rigurosa que una inhabilidad constitucional sobre la misma materia. Comienza pues la Corte por estudiar el alcance de la inhabilidad señalada por el aparte demandado y su relación con el artículo 126 de la Carta." (Sentencia C-1105 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett) (subrayas fuera del original)

Lo anterior no quiere significar, y así lo ha reconocido la Corte en varias de sus sentencias, que el legislador no pueda imponer inhabilidades intemporales para delitos con diferente tipología, es decir, con variables diferentes a las consignadas en el artículo 122 constitucional.

Aunque profundamente debatida, la jurisprudencia vigente acepta que el legislador tiene competencia para crear más inhabilidades intemporales, siempre y cuando las mismas resulten proporcionales y adecuadas al fin de preservar la moralidad, probidad y transparencia de la administración del Estado. En este caso, por ejemplo, no podría imponerse una inhabilidad intemporal al servidor público que ha cometido un delito culposo contra el patrimonio del Estado.

Al respecto, valga citar la Sentencia C-509/97 (M.P. Hernando Herrera Vergara) en donde la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de una norma que establecía una inhabilidad indefinida para ser nombrado Contralor General de la República, a quien en cualquier época hubiere sido condenado penalmente a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos. La Corte consideró que tal inhabilidad era exequible porque el legislador podía aplicar los mismos criterios constitucionales de protección de la administración pública para extender las inelegibilidades por tiempo indefinido a casos análogos al del artículo 122 superior.

La misma posición fue refrendada en la Sentencia C-1212 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería) en donde la Corte revisó la exequibilidad de algunas disposiciones del Decreto 960 de 1970 en virtud de las cuales se prohibía la designación como notarios a los servidores de la rama judicial y del ministerio público que hubieren sido sancionados, no ya penalmente por la comisión de un ilícito, sino disciplinariamente, por faltas graves.<sup>16</sup>

Como se observa, en esta oportunidad se extendió la posibilidad de fijar inhabilidades definitivas como consecuencia de haberse impuesto una sanción disciplinaria. La Corte volvió a señalar entonces que el legislador podía crear inhabilidades indefinidas, advirtiendo esta vez que las mismas serían constitucionales siempre y cuando respondieran a criterios de proporcionalidad y razonabilidad con la falta.

A ese respecto dijo la Corte:

"En primer lugar, debe la Corte aclarar al actor que si bien la Constitución consagra determinadas inhabilidades a perpetuidad, como aquella que se origina en una condena por la comisión de un delito contra el erario público (art. 122), o las que se aplican para determinados cargos, como es el caso de los congresistas (art. 179-1), el Presidente de la República (art. 197), los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Nacional Electoral (arts. 232 y 264), el Fiscal General de la Nación (art. 249) o el Contralor General de la República (art. 267), no significa que el legislador carezca de facultades para establecer otras inhabilidades de carácter intemporal.

"La consagración de inhabilidades con una vigencia indefinida no viola la Constitución, siempre y cuando la medida adoptada se acomode a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y con ellas no se restrinjan ilegítimamente los derechos fundamentales de quienes aspiran a acceder a la función pública. Como se vio anteriormente, la disposición parcialmente acusada es respetuosa de estos límites impuestos al

legislador." (Sentencia C-1212 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería)

De la línea jurisprudencial trazada y de la primera conclusión de este numeral es posible extraer otra premisa en relación con la interpretación del artículo 122 constitucional: si el legislador está autorizado para crear inhabilidades intemporales para delitos con características diferentes a las establecidas en el artículo 122 de la Constitución Política, incluso para faltas disciplinarias, aquél también lo está para señalar, respecto de éstas, otros términos de inhabilidad.

En otras palabras, en el caso de delitos distintos a los señalados en el artículo 122 de la Constitución y de faltas disciplinarias en las que se justifique la imposición de inhabilidades, el legislador está facultado para establecer una inhabilidad intemporal, caso en el cual la falta deberá ser de tal entidad que justifique dicha medida; pero también puede señalar un término de duración para las mismas - según lo evalúe de conformidad con la naturaleza de la falta -.

Sentado lo anterior y descendiendo al caso concreto, esta Sala debe determinar si en los artículos del Código Penal acusados el legislador disminuyó el término de duración de la inhabilidad intemporal, consagrada en el artículo 122 constitucional, o si se trata de tipos penales en los que, por no cumplirse los criterios señalados en el artículo superior, podía el legislador indicar un término de inhabilidad limitado en el tiempo.

Para tales efectos, la Corte analizará los tipos penales impugnados determinando al paso si se trata de normas que por ajustarse a los criterios previstos en el artículo 122, merecieron incluir una sanción accesoria de inhabilidad intemporal.

Es dable afirmar, previo a dicho análisis, que si la Corte encuentra que el legislador debió establecer una inhabilidad intemporal por virtud del tipo de delito descrito, la inhabilidad que debe prevalecer es la del artículo 122 y no la que señala la norma. No habría lugar a determinar la imposición de ambas debido a que dicho tratamiento vulneraría el principio de *non bis in idem* y porque tal procedimiento sería irrelevante en tanto que la intemporalidad de la inhabilidad constitucional absorbería cualquier inhabilidad temporal posible.

#### 8. Análisis particular de las normas acusadas

##### a) Delitos respecto de los cuales la inhabilidad debe imponerse como sanción intemporal

De los delitos demandados por el actor, los siguientes cumplen con la descripción contenida en el artículo 122 Superior, razón por la cual, en su caso, la inhabilidad imponible no puede tener término definido, es decir, debe ser intemporal.

\*) Peculado por apropiación: el sujeto activo es el servidor público y el verbo rector consiste en apropiarse, en provecho propio o de un tercero, de bienes del Estado.

\*) Peculado por uso: el sujeto activo es el servidor público y uno de sus verbos rectores es usar o permitir que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones que éste tenga parte.

\*) Peculado por aplicación oficial diferente: el sujeto activo es, como en los casos anteriores, el servidor público y uno de sus verbos rectores consiste en dar a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, y cuya administración tenencia o custodia se le haya confiado por razones o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente a aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste.

\*) El destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos es un delito que sólo puede cometer el servidor público y cuyo verbo rector es destinar recursos del tesoro para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona a los explotadores y comerciantes de metales preciosos, con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso.

Los tipos penales reseñados anteriormente prevén conductas delictuales que afectan el patrimonio público y son desplegadas por servidores públicos. De conformidad con las consideraciones generales de esta providencia, el legislador no está autorizado para disminuir la inhabilidad intemporal consagrada en el artículo 122 constitucional, por lo cual puede decirse que en tanto la norma respectiva disponga una inhabilidad menor, esta será inconstitucional.

Así las cosas, en el caso del peculado por apropiación (art. 397 C.P.) la pena establecida es la de prisión de 6 a 15 años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas "*por el mismo término*".

Ha quedado establecido que por este delito, la inhabilidad para ejercer funciones públicas no puede ser inferior a la establecida en el artículo 122 constitucional. De acuerdo con esta reflexión, la norma debería ser declarada inexequible, pues limita tal intemporalidad. No obstante, es necesario advertir que la expresión "*por el mismo término*" no sólo se refiere a la imposibilidad de ejercer funciones públicas sino otros derechos políticos. Como quedó esbozado en la parte general de esta providencia, el ejercicio de funciones públicas es apenas una de las modalidades de derechos políticos con que cuenta el ciudadano. Por otro lado, la limitación en el tiempo del ejercicio de derechos políticos sí es constitucional por cuanto el constituyente no estableció la exigencia de la perpetuidad. Así que la expresión acusada sería, respecto del ejercicio de derechos políticos, exequible, e inexequible respecto del ejercicio de funciones públicas.

Esta dicotomía impone a la Corte dictar un fallo modulado que haga compatibles ambas consecuencias. No podría la Corte retirar del ordenamiento la frase acusada porque la inhabilitación para ejercer derechos políticos quedaría sin término, a costa de cumplir con el requisito del artículo 122. Por tal razón, la Sala declarará exequible dicha frase de manera condicionada, a efectos de que se entienda que para el

ejercicio de funciones públicas, en el caso del peculado por apropiación, la inhabilidad es intemporal, mientras que tendrá la duración legal para el ejercicio de los demás derechos políticos.

Similar apreciación puede decirse respecto de las frases "*por el mismo término*" y "*por el mismo término señalado*", contenidas en el inciso tercero del artículo 397 y en el artículo 398 (peculado por uso) respectivamente, y de la frase "*por cinco años*" del artículo 403 (Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos). En estos casos, dado que las normas se encargan de limitar la inhabilidad del servidor público por un término establecido, sin que le estuviere permitido al legislador hacerlo, es obligación de la Corte declararlas exequibles bajo el entendido que tales expresiones hacen relación a la inhabilidad para el ejercicio de derechos políticos distintos al ejercicio de funciones públicas.

El aparte que señala "*dicha pena se aumentará hasta en la mitad*" y que está contenido en el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal debe ser interpretado en el sentido en que a la pena a que se refiere es la de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos, pues en lo que respecta a las funciones públicas, por mandato del constituyente, esta inhabilidad debe ser intemporal.

En relación con el peculado por aplicación oficial diferente (art. 399 C.P.) puede decirse otro tanto. De conformidad con el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, el perjuicio al patrimonio del Estado también se ve representado en el uso indebido

de los bienes públicos. Dice en lo pertinente la norma:

*"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 indebida o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público."*

Por ello, aunque en principio el peculado por aplicación diferente no conlleva menoscabo, pérdida o deterioro del patrimonio público, la utilización indebida también ha sido considerada por el legislador como causal de detrimento de la hacienda estatal y debe generar inhabilidad intemporal.

De conformidad con las precisiones anteriores, las expresiones acusadas serán declaradas exequibles bajo los condicionamientos respectivos.

b) Delitos respecto de los cuales la inhabilidad NO puede imponerse como sanción intemporal

\*) Los criterios anteriores no son aplicables al tipo penal de peculado culposo. En éste, la conducta es desplegada por un servidor público contra el patrimonio estatal, pero el verbo rector de extraviar, perder o dañar se realiza con culpa, no con dolo.

De acuerdo con la posición asumida por la Corte en la Sentencia C-064 de 2003 y a las conclusiones a que se llegó anteriormente, el carácter culposo del delito permite al legislador establecer un término de duración distinto para la inhabilidad generada por el ilícito. Ello hace que la limitación temporal establecida en la norma no contravenga la disposición constitucional, pues en este caso la inhabilidad intemporal no es imperativa.

Por tales razones, la expresión "*por el mismo término señalado*", consignada en el artículo 400 del Código Penal, será declarada exequible, pues en nada contraviene la Constitución el hecho de que el legislador fije un término de duración para la inhabilidad derivada de la comisión de un delito culposo contra el patrimonio estatal.

c) Delitos respecto de los cuales la inhabilidad NO NECESARIAMENTE debe imponerse como sanción intemporal

\*) Celebración indebida de contratos

En los tipos penales a que hace alusión el capítulo IV del título XV del Código Penal, la conducta sancionada es aquella que contraviene las normatividad contractual de la Administración Pública. Por ello se sanciona a los servidores públicos que violan el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, celebran contratos en interés propio o de un tercero y realizan los procedimientos contractuales sin el cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

Pese a que el común denominador de las conductas prescritas es la calidad de servidor público del sujeto activo - lo cual es un primer indicio de que la conducta podría generar una inhabilidad intemporal -, es claro que la vulneración del régimen de contratación de la administración no necesariamente deriva en perjuicio para el patrimonio público; circunstancia que sí ocurre en el caso del peculado.

La violación del régimen de contratación en cuanto a las formalidades contractuales, al estatuto de inhabilidades e incompatibilidades y a la persecución del interés colectivo atenta principalmente contra la moralidad y el correcto funcionamiento de la administración pública, en tanto se supone que el desempeño de los servidores del Estado al comprometer las arcas estatales debe ser aséptico, transparente y ajustado a las necesidades de la comunidad, no a sus propios intereses. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-128 de 2003 cuando hizo la siguiente precisión acerca de las normas protectoras del régimen contractual:

*"Sobre el particular resulta importante precisar así mismo, que el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal analizado no es el patrimonio de la administración, como tampoco la adecuada prestación del servicio contratado, o cualquier otro diferente de la transparencia de la actividad contractual de manera que la confianza de los ciudadanos en la administración pública no se vea afectada por el comportamiento indebido de los servidores públicos que intervienen en ella."<sup>17</sup> (Sentencia C-128 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Gálvis) (Subrayas fuera del original)*

Sin embargo, al quebrantar el régimen contractual de inhabilidades, al satisfacer sus propias conveniencias o al modificar las reglas del proceso contractual, el servidor público no produce, necesaria e indefectiblemente, un daño al patrimonio del Estado: la violación del régimen de inhabilidades -por ejemplo- no necesariamente deriva en deterioro de la hacienda pública. Es posible imaginar escenarios distintos en los que vulneración de dichas normas genere, por el contrario, incremento en las arcas 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.

Con todo, es indispensable hacer una precisión acerca del artículo 409 del Código Penal. Al estudiar dicha norma, la Sentencia C-128 de 2003 procedió a declararla exequible sin condicionamiento alguno y sin relativizar los efectos de su decisión. El fallo cubrió la totalidad del artículo 409, por lo que sobre el mismo operaron los efectos de la cosa juzgada constitucional. En este sentido, esta Corporación debe estarse a lo resuelto en dicho fallo, lo que no obsta para que el juez penal dé aplicación directa al artículo 122, inciso 5º, de la Constitución Política cuando verifique que la celebración indebida de contratos ha derivado en perjuicio para el patrimonio del Estado. Actuando de este modo, el juez aplica el principio hermenéutico de la eficacia directa de la Constitución, reconociéndole el carácter prevalente a la norma superior.

En concordancia con lo anterior, la Corte declarará exequible, bajo el condicionamiento señalado, la frase "*de cinco (5) a doce (12) años*", contenida en los artículos 408 y 410, y se estará a lo resuelto en la Sentencia C-128 de 2003, respecto de la misma frase contenida en el artículo 409 del Código Penal.

#### \*) Omisión del agente retenedor o recaudador

En el caso del artículo 402 del Código Penal, la acusación del demandante es que la norma no señala sanción de inhabilitación para el agente retenedor o recaudador que incurra en cualquiera de las conductas descritas en la norma.

En efecto, la disposición no establece, aparte de la prisión y la multa, sanción de inhabilidad para el agente retenedor, autorretenedor o recaudador que no consigne las sumas retenidas o recaudadas. Según el demandante, el Código Penal debió haberlo hecho, con el fin de que se sancionara de por vida a quienes cometieron tal conducta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Política.

Con el fin de resolver el interrogante propuesto por el demandante debe primero establecerse si el tipo penal consignado en el artículo 402 del Código Penal cumple los requisitos establecidos en el artículo 122 de la Constitución Política para efectos de producir una inhabilidad intemporal en el ejercicio de funciones públicas.

Así entonces, debe precisarse que de acuerdo con la normatividad tributaria, los agentes retenedores no son necesariamente los servidores públicos. Los particulares actúan también como agentes retenedores o autorretenedores, lo cual - de entrada- señala que el delito no siempre cumple con el requisito establecido en el artículo 122 constitucional según el cual, la inhabilidad intemporal opera para los servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

Para señalar algunos ejemplos, el artículo 368 del Estatuto Tributario advierte que son agentes de retención del impuesto a la renta "*las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente.*"

Por su parte, el artículo 518 del mismo Estatuto (modificado. L. 6ª/92, art. 35) advierte que los agentes de retención del impuesto de timbre son, "*a más de los que señale el reglamento: 1. Las personas naturales y asimiladas, cuando reúnan las condiciones previstas en el artículo 519 de este estatuto, y las personas jurídicas y asimiladas, que teniendo el carácter de contribuyentes del impuesto, intervengan como contratantes, aceptantes, emisores o suscriptores en los documentos. 2. Los notarios por las escrituras públicas. 3. Las entidades públicas del orden nacional, departamental o municipal, cualquiera sea su naturaleza jurídica. 4. Los agentes diplomáticos del gobierno colombiano, por los documentos otorgados en el exterior.*"

El artículo 437-2 (adiccionado. L. 223/95, art. 9º) prescribe quienes pueden ser agentes de retención en el impuesto sobre las ventas, señalando

al efecto:

1. Las siguientes entidades estatales:

La Nación, los departamentos, el Distrito Capital, y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y directas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles y en general los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

2. Modificado. L. 488/98, art. 49. Quienes se encuentren catalogados como grandes contribuyentes por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sean o no responsables del IVA, y los que mediante resolución de la DIAN se designen como agentes de retención en el impuesto sobre las ventas.

3. Quienes contraten con personas o entidades sin residencia o domicilio en el país la prestación de servicios gravados en el territorio nacional, con relación a los mismos.

4. Los responsables del régimen común, cuando adquieran bienes corporales muebles o servicios gravados, de personas que pertenezcan al régimen simplificado.

5. Adicionado. L. 633/2000, art. 25. Las entidades emisoras de tarjetas crédito y débito y sus asociaciones, en el momento del correspondiente pago o abono en cuenta a las personas o establecimientos afiliados. El valor del impuesto no hará parte de la base para determinar las comisiones percibidas por la utilización de las tarjetas débito y crédito.

Cuando los pagos o abonos en cuenta en favor de las personas o establecimientos afiliados a los sistemas de tarjetas de crédito o débito, se realicen por intermedio de las entidades adquirentes o pagadoras, la retención en la fuente deberá ser practicada por dichas entidades.

6. Adicionado. L. 788/2002, art. 93. La Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, por el 100% del impuesto sobre las ventas que se cause en la venta de aerodinos.

PAR. 1º Modificado. L. 633/2000, art. 25. La venta de bienes o prestación de servicios que se realicen entre agentes de retención del impuesto sobre las ventas de que tratan los numerales 1º, 2º y 5º de este artículo no se regirá por lo previsto en este artículo.

PAR. 2º Adicionado. L. 633/2000, art. 25. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá mediante resolución retirar la calidad de agente de retención del impuesto sobre las ventas a los grandes contribuyentes que se encuentren en concordato, liquidación obligatoria, toma de posesión o en negociación de acuerdo de reestructuración, sin afectar por ello su calidad de gran contribuyente.

En cuanto a los autorretenedores, éstos pueden ser particulares autorizados por la ley o por la administración tributaria para practicar la retención sobre los ingresos que reciben o van a recibir. Así, a manera de ejemplo, puede citarse el Decreto Reglamentario 2509 de 1985, que en los siguientes términos establece las condiciones necesarias para convertirse en autorretenedor del impuesto de retención en la fuente:

ART. 3º—En el caso de la retención en la fuente prevista en el artículo 5º del Decreto 1512 de 1985, cuando el volumen de operaciones de venta realizadas por la persona jurídica beneficiaria del pago o abono en cuenta, implique la existencia de un gran número de retenedores, y para los fines del recaudo sea más conveniente que la retención se efectúe por parte de quien recibe el pago o abono en cuenta, la retención en la fuente podrá efectuarse por éste último. Para tal efecto, la Dirección General de Impuestos Nacionales, indicará mediante resolución la razón social y NIT de las personas jurídicas, que de conformidad con el presente artículo, están autorizadas para efectuar retención en la fuente sobre sus ingresos.

A partir de la publicación de sus nombres en un diario de amplia circulación nacional, todos los pagos o abonos en cuenta de que trata el artículo 5º del Decreto 1512 de 1985, deberán someterse a la retención en la fuente por parte del beneficiario de los mismos y no por parte de quien efectúe el respectivo pago o abono en cuenta.

Para efectos de lo previsto en este artículo, la retención se causa en el momento del registro de la respectiva operación por parte del beneficiario del ingreso, o en el momento en que se reciba el mismo, el que ocurra primero.

Así mismo, el Decreto 2885 de 2001 establece normas para que las empresas de servicios públicos domiciliarios se conviertan en agentes de autorretención en la fuente. Dice el artículo 1º de dicha normatividad.

"Autorretención en la fuente para servicios públicos . Los pagos o abonos en cuenta por concepto de servicios públicos domiciliarios y las actividades complementarias a que se refiere la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, prestados a los usuarios de los sectores industrial, comercial y oficial, están sujetos a la tarifa del dos y medio por ciento (2.5%), sobre el valor del respectivo pago o abono en cuenta, la cual deberá ser practicada a través del mecanismo de la autorretención por parte de las empresas prestadoras del servicio, que sean calificadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante resolución de carácter general."

Habiendo quedado establecido que los retenedores y autorretenedores pueden ser personas particulares, forzoso es concluir que la inhabilidad consignada en el artículo 122 de la Constitución sólo podría imponerse si éstos han sido servidores públicos. Igual situación se predica de los recaudadores de los impuestos que pueden ser particulares o servidores públicos. Por ello, sólo si el agente retenedor, autorretenedor o

recaudador es un servidor público en ejercicio de sus funciones puede hablarse, en principio, de la aplicación de la inhabilidad del 122.

Otro punto por dilucidar es si el delito consagrado en la norma genera daño patrimonial estatal.

Para al Corte, la conducta descrita en el artículo 402 del Código Penal, que consiste en no consignar las sumas retenidas, autorretenidas o recaudadas dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional constituye, sin más, un atentado contra el patrimonio público porque impide el ingreso a las arcas públicas de recursos destinados a engrosarlas.

Ahora bien, es claro que dicha disposición debe entenderse en concordancia con el párrafo del mismo artículo que ordena al funcionario judicial expedir resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento a favor del retenedor, autorretenedor o recaudador que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas junto con sus correspondientes intereses, caso en el cual no habrá condena ni sanción accesoria inhabilitante.

Por ello, si tramitado el proceso penal, el servidor público es finalmente condenado por el delito de omisión previsto en la norma -lo cual indica que no hizo las consignaciones respectivas ni siquiera durante el proceso penal- es posible afirmar que el patrimonio público ha sufrido desmedro efectivo.

Así las cosas, debe entenderse que la conducta descrita en el artículo 402 sí produce daño patrimonial estatal y puede ser fuente de inhabilidad intemporal si quien la comete es un servidor público en ejercicio de sus funciones.

Hecha la anterior precisión, el segundo punto por dilucidar es si la omisión del legislador en establecer la inhabilidad intemporal para el delito de omisión del artículo 401 C.P. constituye un vicio que hace inexcusable la norma en commento.

Para la Corte, el hecho de que la norma legal no establezca de manera expresa que la conducta delictual aludida genera inhabilidad intemporal no es óbice para que dicha sanción se aplique al servidor público que incurra en ella. Ya que el ordenamiento jurídico debe interpretarse de manera armónica y que la fuente de la inhabilidad es la propia Constitución, la inhabilidad del 122 se aplica directamente sobre los delitos que cumplan los requisitos señalados en el artículo 122 superior. Por ello, aunque la sanción de inhabilidad intemporal no aparezca explícita en el artículo 402, el juez penal deberá tenerla en cuenta a la hora de proferir la sentencia correspondiente, porque así se lo ordena el artículo de la Constitución tantas veces aludido.

En este sentido, deberá declararse la exequibilidad condicionada del artículo acusado, a fin de que se entienda que en este caso también opera la inhabilidad del 122, siempre y cuando el autor del ilícito sea un servidor público. La exequibilidad que por esta vía se declara es relativa al cargo de la demanda, lo que significa que la norma acusada puede volver a ser demandada con fundamento en cargos diferentes.

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### R E S U E L V E

**PRIMERO.- ESTARSE A LO RESUELTO** en la Sentencia C-064 de 2003 respecto de la exequibilidad de la expresión "dolosa", contenida en el [artículo 38](#) de la Ley 734 de 2002.

**SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE** la expresión "por el mismo término señalado", contenida en el [artículo 400](#) del Código Penal.

**TERCERO.- Declarar EXEQUIBLES** las expresiones "por el mismo término" contenida simultáneamente en los incisos primero y tercero del [artículo 397](#), en el [artículo 398](#) y en el [artículo 399](#) del Código Penal; la expresión "dicha pena se aumentará hasta en la mitad", contenida en el inciso segundo del artículo 397 y la expresión "por cinco años", contenida en el [artículo 403](#) del Código Penal, bajo el entendido que no se refieren a la inhabilidad intemporal para ejercer funciones públicas.

**CUARTO.- Declarar EXEQUIBLE** la expresión "de cinco a doce años" contenida simultáneamente en los artículos [408](#) y [410](#) del Código Penal, en el entendido que si la celebración indebida de contratos en que se incurre por cada una de las modalidades descritas produce daño patrimonial al Estado, la inhabilidad para ejercer funciones públicas será intemporal; y **ESTARSE A LO RESUELTO** en la Sentencia C-128 de 2003, en relación con la exequibilidad del artículo 409 del Código Penal.

**QUINTO.- Declarar EXEQUIBLE** el [artículo 402](#) del Código Penal exclusivamente por las razones expuestas en esta providencia y bajo el entendido que si la conducta en él descrita es cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones, el juez penal deberá imponer la inhabilidad intemporal consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL, no firma la presente sentencia por cuanto en la fecha le fue aceptado impedimento para intervenir en la presente decisión.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor JAIME CORDOBA TRIVIÑO, no firma la presente sentencia por cuanto en la fecha le fue aceptado impedimento para intervenir en la presente decisión.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

#### ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-652/03

Expediente No: D-4330

Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 397, 398, 399, 400, 402, 403, 408, 409, 410 (parciales) de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y el artículo 38 parágrafo 2 (parcial) de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario)

Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Aún cuando en reiteradas ocasiones he disentido de la posición mayoritaria de la Corte Constitucional frente a las consideraciones relacionadas con la constitucionalidad de las inhabilidades intemporales fijadas por el legislador, en esta oportunidad manifiesto mi voto a favor de la posición mayoritaria en acatamiento al precedente consolidado sobre la materia.

Como interprete autorizado de la Constitución, esta Corporación ha avalado la facultad del legislador para determinar inhabilidades intemporales diferentes a las que se encuentran directamente consagradas en la Constitución. Al sostener la posición anterior, la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones constitucionales, ha estudiado el alcance y el contenido del artículo 28 de la Constitución, haciendo de su interpretación parte integral de la disposición misma, debiendo ser observada por todos los operadores jurídicos, inclusive por quienes disienten de tal interpretación.

Por consiguiente, y acatando el precedente fijado por esta Corporación, emito mi voto concurrente con la decisión mayoritaria. No obstante  
**Sentencia 652 de 2003 Corte Constitucional**

mantengo el criterio que en otras oportunidades he defendido acerca de la inconstitucionalidad de las inhabilidades intemporales determinadas por el legislador, toda vez que a mi juicio, "las hipótesis de sanciones intemporales tienen que provenir directamente de la Constitución" (S.V. Sentencia C-952 de 2001). En efecto, debido a su naturaleza sancionatoria, el legislador no puede determinar una inhabilidad intemporal sin incurrir en una vulneración del inciso final del art. 28 Superior, en el que se proscriben las penas imprescriptibles.

Mientras se obtiene un consenso lo suficientemente amplio para este propósito, acato la decisión mayoritaria y aclaro el sentido de mi voto, remitiendo a lo expuesto en el Salvamento de Voto a la Sentencia C-952 de 2001.

Fecha ut Supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Notas de pie de página:

1 Art. 44 Ley 599 de 2000 Código Penal: "La inhabilitación para el ejercicio de Derechos y funciones públicas. La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales"

2 Sentencia C-209 de 2000: M. P. Vladimiro Naranjo Mesa: "La preexistencia de condenas por delitos, concebida como causa de inelegibilidad para el desempeño de cargos públicos sin límite de tiempo, no desconoce el principio plasmado en el artículo 28 de la Constitución - que prohíbe la imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad -, puesto que el objeto de normas como la demandada, más allá de castigar la conducta de la persona, radica en asegurar, para hacer que prevalezca el interés colectivo, la excelencia e idoneidad del servicio, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo."

3 Sentencia C-111 de 1998. M. P. José Gregorio Hernández Galindo: Los preceptos de esa índole deben apreciarse desde la perspectiva del requisito que exige el cargo, en guarda de la inobjetividad del servidor público (especialmente en cuanto se trate de funciones de gran responsabilidad) y como estímulo al mérito, para que la sociedad sepa que quienes conducen los asuntos colectivos, o cumplen una actividad de manejo de intereses generales, no han quebrantado el orden jurídico, lo que permite suponer, al menos en principio, que no lo harán en el futuro.

4 Sentencia C-564/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell

5 Sentencia C-597 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

6 Sobre la configuración legislativa de los delitos y de las faltas ver entre otras las sentencias C-186 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-310 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y C-564 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

7 Sentencia C-769 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell

8 Ver sentencia C-489 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell

9 Cfr. Sent. C-380/97 M.P. Hernando Herrera Vergara

10 Gacetas Constitucionales Nos. 68, 78, 113 y 122 de 1991

11 C-728 de 2002 M.P. Hernando Herrera Vergara

12 Sentencia C-100/96. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 10.

13 Vid. Sentencias C-558 de 1994 y C-509 del mismo año.

14 Sentencia C-631 de 1996.

15 C-038 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

16 Respecto de la Sentencia C-1212 de 2001 salvaron el voto los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Rodrigo Uprimny Yepes (E) y lo aclaró el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

17 Como sustento de su decisión la Corte Constitucional hizo suyos los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - en la Sentencia del 18 de abril de 2002 Proceso 12658 M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

---

Fecha y hora de creación: 2026-01-11 03:21:10