

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - No es aplicable en materia electoral / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Opera para los regímenes sancionatorios y en derecho laboral / ACCION ELECTORAL - No es admisible la aplicación del principio de favorabilidad para determinar la configuración de las inhabilidades / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Rectificación jurisprudencial / PROCESO ELECTORAL - Por su propósito y objeto, resulta incompatible la aplicación de la favorabilidad / ACCION ELECTORAL - Su propósito es el de revisar la legalidad objetiva o juridicidad del acto demandado y no examinar la conducta desplegada por el candidato que resultó elegido / REGIMEN DE INHABILIDADES - Las excepciones son previstas por el legislador

Ante la situación fáctica previamente descrita, corresponde a la Sala ocuparse de resolver la apelación en el sentido de establecer si acepta la aplicación del principio de favorabilidad penal en el ámbito electoral, o si por el contrario, encuentra ajustado a derecho el criterio de los apelantes, de conformidad con el cual, el referido principio es ajeno al examen que desde el proceso electoral, se hace frente a la validez del acto. La Sala en esta oportunidad, rectificará su jurisprudencia en lo que a los efectos de la favorabilidad se refiere con fundamento en los siguientes argumentos: Porque el principio de favorabilidad no es aplicable en materia electoral. El artículo 29 constitucional, que regula el derecho fundamental al debido proceso, consagra que: “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Para la Sala, es claro que del artículo 29 Superior se desprende el denominado “principio de favorabilidad”, que en lo esencial permite que una situación fáctica que ha tenido lugar bajo la vigencia de determinada ley, pueda regirse por otra, posterior, que aunque en principio no sería aplicable, justamente porque es más favorable, se admite como una excepción a la regla general de la aplicación de las leyes en el tiempo. Sin embargo, es característico del principio de favorabilidad que no opera plenamente en todas las áreas del derecho sino que lo hace de forma específica en los llamados regímenes sancionatorios como lo son el derecho penal y el derecho disciplinario. Además también tiene cabida en materia laboral, pues el constituyente acogió como una modalidad de la favorabilidad, en el artículo 53 Superior, el hecho de aplicar la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”. Pues bien, lo cierto es que la referida favorabilidad no tiene cabida en el derecho electoral. “[L]os procesos que se adelantan por virtud de una acción pública, como la de nulidad electoral, no plantean un litigio en estricto sentido pues proponen un control sobre la legalidad de un acto administrativo”. “El ordenamiento jurídico consagra la acción electoral como mecanismo judicial que permite realizar el control de legalidad en abstracto del acto de elección, que es lo que, en realidad, pretende la parte demandante”. En suma, el contencioso de nulidad electoral se instituyó con el propósito de revisar la mera legalidad objetiva o juridicidad del acto demandado, este es, aquel declarativo de una elección, pero nunca como un examen de la conducta desplegada por el candidato que resultó elegido. Así, la nulidad de un acto electoral no se concibe como una sanción, y por lo tanto en esta disciplina no resulta admisible la aplicación del principio de favorabilidad para determinar la configuración de las inhabilidades. Aceptar la procedencia de este principio, generaría para el derecho electoral y el régimen de inhabilidades, una incertidumbre en cuanto a los elementos que materializan las causales, al mismo tiempo que conllevaría que el juez electoral desconociera su competencia para fungir como legislador, aplicando excepciones a un régimen que no las tiene establecidas y que sólo a éste último le corresponde definir, lo que a todas luces

es inaceptable. En conclusión, por su propósito y objeto, en el proceso electoral resulta incompatible la aplicación de la favorabilidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de favorabilidad en material penal y sus incidencias rehabilitantes para el ejercicio de cargos públicos de elección popular, sentencia de 19 de julio de 2002 rad. 2452-2483 y sentencia de 17 de marzo de 2006 Rad. 3760, Sección Quinta.

INHABILIDAD GOBERNADOR - Haber sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos / SENTENCIA PENAL CONDENATORIA - La sola circunstancia de la existencia de la condena penal materializa la inhabilidad / CONDENA A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD - Carácter intemporal de la inhabilidad / REGIMEN PENAL - Fines / INHABILIDAD INTEMPORAL - Se deriva de las expresiones en cualquier tiempo y en cualquier época / INHABILIDAD INTEMPORAL - Es irrelevante el estudio de la aplicación de la favorabilidad penal

Corresponde a la Sala determinar, si el señor Luis Gilberto Murillo Urrutia se encuentra incurso en las causales de inhabilidad previstas en los artículos 30, numeral 1º, de la Ley 617 de 2000, y 122 de la Constitución Política y, de ser así, acceder a la nulidad del acto declarativo de su elección. Se trata de un ciudadano elegido popularmente como gobernador para el periodo constitucional 2012–2015, que en el año de 1997 fue condenado por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, a título de dolo, a pena privativa de la libertad, decisión que adquirió firmeza pues contra ella no procede ya ningún recurso, como quedó demostrado, de manera que produjo todos los efectos jurídicos. El propósito de las inhabilidades en estudio es impedir que cualquier persona que ha sido condenada por un delito doloso a pena privativa de la libertad pueda ejercer en cualquier tiempo un cargo de elección popular. La razón: quien ha sido condenado penalmente por esa clase de delitos pierde la posibilidad de ejercer cargos de elección popular por cuanto lesionó intereses que para la sociedad eran de relevancia en el momento en que se juzgó la conducta y, en consecuencia, ese desconocimiento impide a quien así actuó, desempeñar la función pública desde cargos que impliquen el ejercicio de la confianza de la voluntad popular, precisamente, por el hecho de haber actuado en contravía de los intereses que el Estado busca proteger a través del régimen penal. Sobre el particular, es importante recordar que la acción penal tiene por finalidad “la protección del orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores” frente a todos los asociados. En consecuencia, la imposición de una sanción de esta naturaleza, agotados los procedimientos pertinentes, implica que el Estado a través del juez penal encontró que un determinado individuo quebrantó ese orden social y, en consecuencia, no puede seguir siendo receptor de la confianza popular, pues optó por desconocer el ordenamiento sin justificación alguna para ello. En este punto, es importante señalar que el Constituyente calificó la clase de delitos objeto de reproche: los dolosos que generen privación de la libertad, en el caso de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, excluyendo los delitos culposos y los políticos. Lo anterior, bajo el entendido que quien sea condenado por esta clase de conductas puede ejercer cargos de elección popular en la medida en que ellas, por su naturaleza, no implican, en el caso de las primeras, estas son las culposas, el ánimo, la voluntad de quebrantar el orden impuesto y, en las segundas, es decir las políticas, porque su comisión tiene como sustento objetivos que desbordan el simple interés particular de quien decide, pese al conocimiento de las consecuencias de su conducta, transgredir el bien jurídicamente tutelado. De otro lado, por el carácter intemporal de las inhabilidades, derivado de las expresiones

“en cualquier tiempo” y “en cualquier época” que en ellas se utiliza, es que resulta irrelevante adentrarse al estudio de la aplicación de la favorabilidad penal en el ámbito electoral, pues de suyo la intemporalidad lo excluye. Si bien una conducta desplegada con anterioridad fue considerada delito y en la actualidad deja de tener tal entidad por variaciones en la ley punitiva, no quiere esto decir que la sentencia condenatoria, dictada bajo la vigencia de la primera norma, haya dejado de existir. Entonces, cierto es que la sola circunstancia de la existencia de la condena penal materializa la inhabilidad, puesto que, ejecutoriada tal circunstancia evidencia la realidad el hecho de que en su momento quien hoy es elegido desconoció aquello que le estaba prohibido y, por ese solo hecho, desde la perspectiva electoral, perdió la posibilidad de representar a los ciudadanos en los cargos para los cuales está prevista la respectiva inhabilidad.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 30 NUMERAL 1 /
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 122

(13/06/26, Sección Quinta, 00024, Ponente: Dr. ALBERTO YEPES BARREIRO,
Actor: ANDREA CAROLINA DURAN MOVILLA Y OTROS)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 27001-23-31-000-2012-00024-02

Actor: ANDREA CAROLINA DURAN MOVILLA Y OTROS

Demandado: GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCO

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

Los ciudadanos **Andrea Carolina Durán Movilla** y **Yefferson Lozano Ruíz**, actuando en nombre propio, así como el **Procurador Ciento Cincuenta y Siete (157) Judicial II Penal de Quibdó**, demandaron ante el Tribunal Administrativo del Chocó la nulidad del *“Acuerdo No. 016 de diciembre 20 de 2011, proferido por el Consejo Nacional Electoral por medio del cual se declaró la elección de **LUIS GILBERTO MURILLO URRUTIA, C.C. No. 11.794.488**, como Gobernador del Chocó para el periodo 2012-2015”*. (Mayúsculas y negrillas propias del texto original).

Los ciudadanos demandantes concretaron sus pretensiones solicitando, además de la nulidad del acto referido en el párrafo anterior, la declaratoria de: (i) *“la nulidad de la credencial de Gobernador del Chocó expedida por el CNE al señor **LUIS GILBERTO MURILLO URRUTIA, CEDULA Nº 11’794.488**”* y; (ii) *“de elección COMO GOBERNADOR DEL CHOCO, del candidato que obtuvo la segunda votación después del señor Murillo Urrutia, Doctor Oscar Bernardo Palacios Sánchez”*.

En el caso de la demanda presentada por el Procurador delegado, éste pretendió, además de la nulidad del acto acusado, que se profiriera orden para la realización de unas nuevas elecciones.

1.2. Los hechos

En síntesis los actores expusieron que existe una violación al ordenamiento jurídico, específicamente a los artículos 122 Constitucional y 30.1 de la Ley 617 de 2000, toda vez que el demandado fue condenado penalmente por el delito de peculado por aplicación oficial diferente en el año 1997.

Indicaron los actores que cuando el gobernador ocupó el cargo de Director de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó, en adelante CODECHOCO, utilizó una partida originalmente destinada al *“Saneamiento Ambiental en Zonas Mineras del Departamento de Chocó”* para la reparación de la escuela *“Pascual de Andagoya”* ubicada en el municipio de Istmina del referido ente territorial.

Fue así como, consecuencia de lo anterior, el Tribunal Superior de Quibdó condenó al señor Murillo Urrutia a una pena principal de seis (6) meses de prisión,

interdicción de sus derechos y funciones públicas por el término de un (1) año, y el pago de una multa por mil pesos (\$1.000).

Evidenciaron los actores que además, Luis Gilberto Murillo Urrutia, por conducto de apoderado, presentó en el año de 1998 recurso extraordinario de Casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que resolvió inadmitirlo por falta de técnica, quedando así ejecutoriada la sentencia condenatoria en su contra¹.

Igualmente pusieron de presente que el demandado, además presentó recurso extraordinario de revisión frente a la sentencia condenatoria, pero la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 15 de septiembre de 2010, resolvió inadmitirlo por cuanto no cumplía con el requisito establecido en el numeral 3º del artículo 222 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento penal de la época).

También, y en consideración a que el tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente fue modificado en su estructura mediante la Ley 599 de 2000 (Código Penal), volviéndose más exigente, el condenado, por conducto de apoderado, solicitó en el año 2007 se declarara la ineficacia de la sentencia emitida en su contra, por aplicación del principio de favorabilidad, no obstante, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Aseguramiento de Quibdó no accedió a la solicitud por considerar que:

“En resumen, la norma incriminadora prevista en el Código Penal de 1980 de cara al artículo 38 - 9 de la Ley 906 de 2004 no ha sido declarada inexecutable y tampoco ha perdido su vigencia, como lo dijo el despacho al resolver el recurso en el interlocutorio, trayendo a colación los radicados 20740 del 12 de febrero de 2006 de la Sala Penal de la Corte Suprema, sino, que con la Ley 599 en su artículo 399 le agregó un ingrediente que lo hizo más exigente y por ende no es posible acceder a la petición del togado (sic); adicionalmente tampoco podríamos so pretexto de una tesis jurisprudencial declarar ineficaz un proceso penal; por cuanto, la Corte Constitucional tiene por entendido que la inhabilidad por razón de conductas punibles deben cumplirse a cabalidad de la Constitución del año 1991 (sic); como quiera que los hechos ocurrieron

¹ Ello se desprende de la providencia del Tribunal Superior de Quibdó del año 2011 al hacer una breve recapitulación de los hechos.

luego de su promulgación, el operador judicial debe respetar como lo dice la Corte Constitucional el precedente constitucional enarbolado en la sentencia C - 072 de 2010 como inhabilidad para el desempeño del servicio público, ha estado presente en la Carta desde el año de 1991 (sic), primero impidiendo que los servidores públicos se posesionen cuando han sido condenados por conductas contra el patrimonio económico [...] Por lo tanto se despachará negativamente la solicitud de ineficacia de conformidad con las conclusiones mencionadas”².

La anterior providencia fue objeto de recurso de alzada, en segunda instancia, el Tribunal Superior de Quibdó, Sala Penal en Descongestión, confirmó la decisión adoptada por el juzgado y, sostuvo que:

“En este orden de ideas, no hay lugar en ésta instancia procesal a que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad, se hubiese (sic) pronunciado conforme lo pretende la defensa y su prohijado MURILLO URRUTIA, en reexaminar la situación jurídica de éste profesional, con la finalidad de que se aplique el principio de favorabilidad y consecuente se declara la ineficacia de la sentencia que fuera proferida en contra suya, por el delito de peculado por aplicación diferente, pues se encontraban frente a situaciones jurídicas ya consolidadas en el tiempo, situación por la que no resulte viable estudiar la solicitud presentada”

[...]

“Esta es la razón por la cual, pese a que al parecer el artículo 399 del nuevo Código Penal, cuya estructura típica se modificó en el sentido de ser aumentadas las exigencias para que se configurara el delito y, en el sentido que si no hay perjuicio para la inversión social o para los salarios o prestaciones de los servidores con las consecuencias o no para el sentenciado MURILLO URRUTIA (sic), eso no significa que dicha consideración resulte aplicable al caso ya juzgado, pues la declaratoria de extinción de las penas principales de PRISION Y MULTA, así como la accesoria de INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES

² Folios 166 y 167 del expediente.

*PUBLICAS, ya cumplieron su función y, el proceso se encuentra legalmente terminado y, hace tránsito a cosa juzgada material*³.

Por lo anterior, y en consideración a que la referida sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada, es claro para los demandantes que el señor Murillo Urrutia no podía haber sido elegido gobernador por encontrarse incurso en las causales de inhabilidad consagradas en los artículos 122 de la Constitución Política, y 30.1 de la Ley 617 de 2000.

1.3. Trámite Procesal

El Tribunal Administrativo del Chocó mediante auto de 10 de febrero de 2012 resolvió admitir las demandas identificadas con los números de radicado 2012-00009 y 2012-00018; mientras que por auto de 20 de febrero de 2012, se admitió la identificada con el número de radicado 2012-00024, en todas ellas fue negada la solicitud de suspensión provisional elevada.

En el proceso identificado con el número de radicado 2012-00024, mediante escrito presentado el 23 de febrero de 2012 en la Secretaria del Tribunal, se interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del día 20 del mismo mes y año en lo referido a la decisión de no acceder a la medida cautelar.

En el escrito de apelación la actora sostuvo que de la confrontación de las normas con el acto acusado sí era claro que existían motivos suficientes para decretar la medida y además argumentó que, si se permitía al juez electoral llegar a conclusiones propias y distintas en materia penal, tal situación implicaría el desconocimiento de la competencia de otras autoridades judiciales que son las llamadas a pronunciarse sobre el particular. Mediante auto de 26 de marzo de 2012 el Tribunal Administrativo de Chocó concedió el respectivo recurso.

Por auto de julio 12 de 2012 la Sala de Sección, complementada con dos Conjueces, revocó la providencia de febrero 20 de la presente anualidad, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó y, en su lugar, decretó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo No. 016 del 20 de diciembre de 2011 a través del cual el Consejo Nacional Electoral declaró la *“elección del señor Luis*

³ Folios 143 y 145 del expediente.

Gilberto Murillo Urrutia, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.794.488, como Gobernador del departamento del Chocó para el periodo 2012-2015”.

En la referida providencia se consideró que:

“El certificado de antecedentes disciplinarios es un verdadero documento público electrónico, en atención a lo dispuesto en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil (CPC), el cual establece que se presume auténtico el documento proferido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Por lo anterior, y en concordancia con el inciso inicial del artículo 252 del CPC que consagra que: “Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad”, como se trata de un documento público, éste se presume auténtico y tiene plenos efectos jurídicos, más cuando no ha sido tachado de falso.

De conformidad con lo anterior y, en atención a lo establecido en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996⁴, la Sala concluye que de la confrontación de ese documento auténtico con el acto acusado (Acuerdo 016 del 20 de diciembre de 2011 proferido por el Consejo Nacional Electoral) resulta su contradicción con el numeral 1º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 que prohíbe a cualquier persona que haya sido condenada a pena privativa de la libertad mediante sentencia judicial “ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador”.

El señor Murillo Urrutia directamente promovió incidente de nulidad contra el referido auto de julio 12 de 2012 (Fls. 401-407), solicitud que se negó por auto de

⁴ El artículo mencionado es del siguiente tenor: “ARTÍCULO 95. TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley”. (Subrayas ajenas al texto original).

ponente el día 30 de julio de 2012 (Fls. 426-433). Inconforme con esta decisión, la recurrió en súplica ante el resto de la Sala.

La Sala de Súplica, mediante proveído de 13 de septiembre de 2012, declaró improcedente el recurso ordinario interpuesto y, en consecuencia, ordenó devolver el expediente al Despacho Ponente.

No conforme con las anteriores decisiones, el demandado presentó incidente de nulidad contra la última providencia al considerar que (i) el recurso de súplica se rechazó por haberse propuesto en contra de un auto de segunda instancia, incluso cuando el artículo 183 del C.C.A., de manera expresa indica que el mismo procede en todas las instancias, razón por la cual se vulneró su derecho fundamental al debido proceso; (ii) existió una indebida conformación de la Sala que resolvió la súplica por cuanto los magistrados se abstuvieron de llamar a un conjuer para que completara la Sala, en consideración al número de Despachos que componen la Sección Quinta del Consejo de Estado y finalmente; (iii) el auto que declaró la improcedencia de la súplica se dictó sin que, previamente, se resolviera la recusación, contenida en el escrito de súplica, contra los conjueres que completaron la Sala de decisión en la que se dictó el auto de 12 de julio de 2012.

Por medio de auto de 18 de octubre de 2012 el Consejero Ponente resolvió sobre la solicitud negandola, al considerar que los argumentos del actor no eran de recaudo, pues, contrario a lo que éste sostenía: (i) no existía vulneración alguna a su derecho fundamental al debido proceso; (ii) la Sala sí había estado integrada en debida forma, sobre el punto reiterando lo dicho por la Jurisprudencia de esta Sección⁵ y; (iii) del escrito presentado por el demandado no podía entenderse recusación alguna, pues no cumplía con los requisitos necesarios para que fuera así, y además tampoco había sido propuesta oportunamente.

De igual forma, el 18 de octubre de 2012 la Sala decidió sobre dos recursos de reposición presentados por el demandado y su apoderado, así como de una solicitud de adición y otra de aclaración del auto de 12 de julio de 2012 que declaró la suspensión provisional del acto acusado.

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente Dr. Mauricio Torres Cuervo, auto de 6 de abril de 2011, número de radicado 11001-23-31-000-2010-00110-00.

Al respecto la Sala: (i) rechazó por improcedentes los recursos de reposición; (ii) denegó la solicitud de adición; (iii) rechazó por extemporánea la solicitud de aclaración; (iv) aclaró de oficio el numeral 1º del auto de 12 de julio de 2012 y; (v) exhortó al demandado y a su apoderado para que se abstuvieran de formular peticiones y recursos abiertamente improcedentes, so pena de ser sancionados conforme a derecho.

Desde el 26 de mayo de 2012 el Tribunal Administrativo de Chocó procedió a la acumulación de los procesos antes mencionados, momento a partir del cual se tramitan como uno solo.

1.4. Las normas violadas y el concepto de violación

Las tres demandas coinciden en que el demandado estaba incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 30, numeral 1º, de la Ley 617 de 2000, así como en que el acto acusado resulta contrario al artículo 122 de la Constitución Política, pues el señor Murillo Urrutia fue encontrado penalmente responsable, a título de dolo, por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, mediante sentencia en la que temporalmente se le privó de su libertad.

Los artículos indicados como violados, en su orden, indican:

Ley 617 de 2000. Artículo 30. “De las inhabilidades de los Gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas. [...]. (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

*Constitución Política de Colombia. Artículo 122. Inciso 4. “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, **no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni***

designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior". (Negritas ajenas al texto original).

De esta manera, concluyen los accionantes, que el demandado estaba incurso en la inhabilidad consagrada en el artículo 30.1 de la Ley 617 de 2000 por cuanto fue elegido como Gobernador, aun cuando fue condenado en el año de 1994 por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad de 6 meses, por la comisión, a título doloso, del delito de peculado por aplicación oficial diferente.

Por su parte, en lo que se refiere a la inhabilidad del artículo 122 constitucional, encuentran que, igualmente, el demandado hizo caso omiso de tal prohibición toda vez que, fue elegido en un cargo de elección popular habiendo sido condenado por la comisión de un delito que afectó el patrimonio económico del Estado.

2. La contestación de las demandas

El señor Luis Gilberto Murillo Urrutia, por conducto de apoderado, en la contestación se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda, y **consideró que:** (i) existía una falta de técnica de las demandas, pues incurrieron en apreciaciones vagas, pues por ejemplo, en las normas violadas se incluyó el enunciado de las constitucionales y legales "*y demás disposiciones concordantes*" (ii) en las demandas se realizaron "*afirmaciones injuriosas*" que desconocen las funciones de la Procuraduría General de la Nación, en especial, frente al Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad - SIRI; (iii) **en atención al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, éste debía ser aplicado en todo tipo de procesos, y por tanto, también tiene plena cabida en materia electoral, por lo que el trabajo del juez debe ir más allá de la simple aplicación literal y mecánica de una norma;** (iv) por lo anterior, el problema jurídico debía centrarse en revisar si el cambio en los presupuestos fácticos de tipificación del delito de peculado por aplicación oficial diferente, estos son, la afectación del rubro de "*inversión social*" o de "*salarios y prestaciones de los servidores públicos*", se materializaban o no. A

su juicio, como tales presupuestos en el *sub judice* no se encontraban presentes era preciso concluir que en su caso, no se configuraba la causal de inhabilidad prevista en el numeral 1º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, ni tampoco la del artículo 122 Superior.

3. Los alegatos de conclusión

Los ciudadanos demandantes intervinieron en esta etapa procesal y reiteraron lo dicho en el acápite de normas violadas y concepto de la violación de las demandas.

Adicionalmente, en idéntico sentido y redacción presentaron, en síntesis, los siguientes argumentos:

- (i) De acuerdo con lo establecido en el artículo 30, numeral 1º, de la Ley 617 de 2000, más allá de que se haya afectado o no el patrimonio del Estado, lo importante es que exista una condena a pena privativa de la libertad por una conducta calificada como dolosa, constituyendo así **una inhabilidad intemporal para inscribirse como candidato, o ser elegido o designado como Gobernador**. De esta manera, como de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, se encuentra que el señor Murillo Urrutia fue condenado penalmente por el delito de peculado por aplicación oficial diferente a título de dolo, **el demandado está incurso en la inhabilidad intemporal** prevista en la norma *ídem*.

- (ii) Con fundamento en la jurisprudencia de esta Sección⁶ concluyó que no es cierto que se haya despenalizado el delito de peculado por aplicación oficial diferente, sino que se establecieron nuevos ingredientes, esto es, la afectación de la inversión social o de los salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos, **situación que se encuentra plenamente acreditada en el caso objeto de autos, puesto que el saneamiento ambiental está definido como gasto de inversión social**. Sostuvo que en la sentencia condenatoria no se dijo nada sobre estos elementos porque no hacían parte del tipo penal al momento en el

⁶ Se refirió a las siguientes decisiones: Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente Dr. Roberto Medina López, sentencia de 19 de julio de 2002, número de radicación 11001-03-28-000-2000-00041-01 (2452) y 11001-03-28-000-2001-00015-01 (2483) acumulados y; Consejo de Estado, Sección Quinta,

que ocurrieron los hechos y fue proferida la sentencia del Tribunal Superior de Quibdó.

(iii) De igual forma, sostuvieron que luego de que el demandado solicitó la revisión de la sentencia condenatoria y que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, encontrara que no se cumplían con los requisitos mínimos del recurso, *“no se logró derruir la condena impuesta al ciudadano MURILLO URRUTIA”*. En el mismo sentido, sostuvo que cuando se analizó la solicitud de ineficacia de la sentencia, tanto el juzgado de ejecución de penas, como el Tribunal Superior de Quibdó consideraron que no se cumplieron con los requisitos para ello, de forma que, so pretexto de una aplicación del principio de favorabilidad, no se podían desconocer los principios de Juez Natural y Cosa Juzgada.

(iv) Finalmente, en los alegatos presentados por la señora Durán Movilla, se solicitó que se tuviera en cuenta lo dicho en el auto dictado por esta Sección en el que se resolvió el recurso de apelación contra la negativa de la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado, pues, según ella, lo dicho por esta Sala de Decisión *“despeja cualquier duda que existiese sobre las pruebas aportadas en el plenario bajada de la página web de la Procuraduría y por qué de fondo ratifica una vez más la inhabilidad permanente que recae sobre el demandado”*.

El Procurador Ciento Cincuenta y Siete (157) Judicial II Penal de Quibdó y el demandado guardaron silencio.

4. El concepto del Ministerio Público en primera instancia

Mediante concepto presentado el 1º de octubre de 2012, la Procuradora 41 Judicial II Administrativa, solicitó que se negaran las súplicas de las demandas ya que a su juicio el demandado no se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 1º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 ni en la del inciso relevante del artículo 122 de la Constitución Política.

Consejero Ponente Dr. Filemón Jiménez Ochoa, sentencia de 17 de marzo de 2006, número de radicación 15001-23-31-000-2003-02964-02(3760).

Luego de analizar la modificación introducida al tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente, y de revisar lo resuelto por el Tribunal Superior de Quibdó, concluyó que en la sentencia proferida por dicha autoridad judicial no se estudió la afectación a la inversión social o a los salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos dado que no era un elemento del tipo penal al momento en el que fue cometida la conducta, sin embargo, haciendo una revisión del Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones era posible determinar cuáles rubros respondían a la categoría de inversión social, y con ello, determinar si a la luz de la legislación actual se configuraba o no el delito mencionado, y por ende, la inhabilidad electoral.

Seguido de lo anterior, y luego de hacer un breve estudio de la jurisprudencia de esta Sección sobre el principio de favorabilidad en casos homólogos al que hoy se estudia⁷, concluyó que el caso *sub judice* es sustancialmente similar a aquellos fallados en las sentencias mencionadas, razón por la cual se debe arribar a la misma conclusión, es decir, a acceder a la aplicación del principio de favorabilidad en materia electoral por lo que encuentra que deben denegarse las súplicas de las demandas.

Precisa entonces que al momento de revisar la conducta del demandado, es necesario tener en cuenta si más allá de la destinación oficial diferente, se afectaron la inversión social o el pago de salarios o prestaciones de los trabajadores, pues, a su juicio, de otra manera, en atención a lo consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, *“sería injusto mantener una inhabilidad por una sentencia penal condenatoria, cuando mediante el tránsito legislativo, lo que antes configuró un delito, en la época ya no lo es”*⁸.

De esta manera, como en la sentencia condenatoria del señor Murillo Urrutia no estaba demostrado que los recursos asignados a la escuela no hubieren sido utilizados, o que se hubiere causado un perjuicio a las finanzas de CODECHOCO, mal podía entenderse afectada la inversión social y, mucho menos, el pago de los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos de dicha entidad.

Finalmente, sostuvo que *“[c]orolario de lo señalado, en aplicación del principio de favorabilidad, toda vez que con el cambio sufrido por el tipo penal que le generó la*

⁷ Op. Cit. 6.

⁸ Folio 707 del cuaderno No. 9 del expediente.

condena al señor Murillo Urrutia, la conducta por la que él fue condenado, ya no constituiría delito por las nuevas exigencias que trae la Ley penal en materia de peculado por destinación oficial diferente, tal como quedó demostrado en éste escrito, situación que le sirvió de fundamento a la Sección Quinta del Consejo de Estado para negar las pretensiones de las demandas que se presentaron en su momento contra un Ex gobernador de Boyacá y un Ex alcalde de Mongua, precisamente por situaciones idénticas a las que hoy nos ocupan, y en consecuencia, le solicitamos (sic) de la manera más respetuosa a los señores magistrados, que las pretensiones de las demandas, sean despachadas desfavorablemente”⁹.

5. El fallo recurrido

El Tribunal Administrativo de Chocó dictó sentencia de primera instancia el pasado 30 de noviembre de 2012 en la que negó las pretensiones de la demanda, pues sostuvo que, en atención al principio constitucional de favorabilidad, decayeron los efectos penales de la sentencia condenatoria del demandado y, por lo tanto, no se configuraron las causales de inhabilidad establecidas en los artículos 30, numeral 1º, de la Ley 617 de 2000 y 122 de la Constitución Política.

Para ello, luego de un estudio del concepto de inhabilidad y de otro referido a la aplicación del principio de favorabilidad en materia electoral, recalcó que según lo probado en el proceso, se tenía que en la sentencia condenatoria en materia penal no se estableció que la conducta del señor Murillo Urrutia hubiere afectado la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos de CODECHOCO, razón por la cual, no se cumplían con los presupuestos inhabilitantes.

En el mismo sentido, manifestó que si bien es cierto, de acuerdo a lo establecido en la Ley 99 de 1993 los recursos de las Corporaciones Autónomas Regionales hacen parte del gasto público, en el *sub judice* no podía considerarse que se hubiere afectado la inversión social al realizar las reparaciones de la escuela “*Pascual de Andagoya*”, pues lo contrario implicaría un contrasentido ya que equivaldría a decir que se perjudicaría la inversión social al realizar un gasto social.

⁹ Folios 715 y 716 del cuaderno No. 9 del expediente.

Finalmente, sobre la aplicación del principio de favorabilidad, el Tribunal consideró que:

“Por manera que (sic) la conducta endilgada al demandado no causó perjuicio a la inversión social de los recursos de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó - CODECHOCO, circunstancia que aunada a la forma como se verificó el peculado por cuya responsabilidad fue condenado, permite inferir que no afectó la inversión social, ni los salarios y prestaciones de los servidores de CODECHOCO.

De este modo, si su conducta dejó de ser relevante para el derecho penal, la consecuencia lógica es que la condena que se le impuso no pueda considerarse como estructurante de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 1º del artículo 30 de la Ley 617; razón por la cual se negarán la súplicas de la demanda.

[...]

“Así las cosas, si conforme con la nueva tipicidad del artículo 399 de la Ley 599 de 2000, la conducta por la cual se condenó al señor Murillo Urrutia dejó de ser relevante para el derecho, la consecuencia lógica, es que todas las sanciones que se derivan de ella pierdan vigencia; por lo que a juicio de la Sala el antecedente disciplinario del sistema de información disciplinario de la Procuraduría General de la Nación del hoy accionado debe ser inaplicado conforme a las consideraciones de esta providencia, en virtud del principio de favorabilidad, con lo cual acogemos el concepto de la Procuraduría en esta instancia”¹⁰.

6. Salvamento de voto a la decisión de primera instancia

El magistrado José Andrés Rojas Villa salvó el voto frente a la decisión adoptada por la mayoría de los integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Chocó.

¹⁰ Folios 742 y 743 del cuaderno No. 9 del expediente.

Luego de una recapitulación de los hechos que le sirvieron de sustento al proceso, así como de algunas de las pruebas que fueron aportadas al mismo, consideró que resultaba claro que en el caso concreto no se pone en duda el alcance de las inhabilidades, sino la aplicación del principio de favorabilidad, esto es, si dadas las condiciones del caso concreto, puede considerarse que la conducta cometida por el señor Murillo Urrutia en el año 1993, y en vigencia del Código Penal de 1980, ya no es punible de acuerdo al artículo 399 de la Ley 599 de 2000.

Además, sostuvo que contrario a lo que consideró la Sala, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 99 de 1993, los recursos destinados a preservación y saneamiento ambiental son considerados gasto público social, razón por la cual, en cualquier caso, sí se cumple con lo establecido en el Código Penal actual, en el sentido de materializarse la afectación a la inversión social.

Sobre este punto concluyó que: *“Si las corporaciones autónomas regionales, tienen finalidades relativas a la preservación del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos naturales, cumpliendo objetivos de interés público, participando en los procesos de elaboración y desarrollo de los planes de desarrollo de las entidades territoriales pero [...] es obvio que no pueden operar libremente para arreglar escuelas y colegios de las regiones como vanamente lo acepta la mayoría, por loables que sean tales conductas puesto que para dichas acciones afirmativas estatales están las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas de conformidad con la Ley 60 de 1993 y normas complementarias”¹¹.*

Posteriormente agregó que *“[e]s cierto que la inversión en la reparación de una escuela, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, constituye inversión social, PERO SI SE REALIZA CON EL PRESUPUESTO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES, no con el presupuesto de la Corporaciones Autónomas Regionales como se avizó en la sentencia C-567 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz¹²”*.- (Mayúsculas propias del texto original).

Adicionalmente consideró que contrario a lo que sostuvo la mayoría, no podía entenderse que quedara subsumido en el análisis de la inhabilidad del artículo 122

¹¹ Folio 751 del cuaderno No. 9 del expediente.

¹² Folio 753 del cuaderno No. 9 del expediente.

de la Constitución, el relativo a la prohibición del artículo 30, numeral 1º de la Ley 617 de 2000, pues estas disposiciones cuentan con elementos diferentes.

Finalmente, consideró que esta Sala de Sección ya había analizado en el caso concreto el alcance de la causal de inelegibilidad del señor Murillo Urrutia, arribando a la conclusión de que existía una contradicción entre el acto acusado y el numeral 1º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, razón por la cual debía estarse a lo dispuesto por el Consejo de Estado, a través de su Sala Electoral, como órgano de cierre.

7. Recurso de Apelación

- 7.1. Dentro de la oportunidad legal los ciudadanos demandantes presentaron y sustentaron recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia adoptada por el Tribunal Administrativo del Chocó.

Los demandantes, en idénticas consideraciones, antes de analizar el fondo del asunto, sostuvieron que se está en presencia de un eventual prevaricato, pues el concepto rendido por el delegado del Ministerio Público ante el *a quo* va en contra de las directrices internas que se han dado en el seno de la entidad y también, resultan contrarias a la ley.

En el mismo sentido, sostienen que existe un eventual prevaricato por parte de los magistrados del Tribunal ya que fallaron fuera de lo que prescribe el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Finalmente, frente al fondo del asunto, luego de hacer unas transcripciones de lo dicho por el Tribunal en el fallo de primera instancia, los argumentos que presentan para impugnar la decisión son exactamente iguales a los presentados en los alegatos de conclusión, razón por la cual no se hace nueva síntesis de los mismos y se remite a la que ya obra en esta providencia.

Adicionalmente, concluyen su argumentación con unas brevísimas consideraciones sobre los elementos que configuran el tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente.

7.2. Por su parte, el señor **Manuel Leonidas Palacios Córdoba**, en su calidad de tercero interviniente, presentó escrito de “*coadyuvancia de la sentencia de primera instancia*”. En síntesis, luego de realizar una transcripción de varias normas del ordenamiento jurídico colombiano (artículos 92 y 399 del Código Penal, 32 y 46 del Código Disciplinario Unico y 93 y 94 de la Constitución Política) y de algunos instrumentos internacionales (artículos 9 y 29 literal b de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el artículo 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos), sostuvo que en este caso debe darse plena aplicación a los principios de *non bis in idem*, favorabilidad y pro homine, pues al extinguirse la sanción en materia penal, como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, debe entenderse que las consecuencias disciplinarias también desaparecieron, y concluye que obrar de otra manera desconocería no sólo el derecho interno, sino varias obligaciones internacionales que el país ha adquirido en virtud del *pacta sunt servanda*.

8. Intervenciones en segunda instancia

- 8.1. El señor **Yefferson Lozano Ruíz** reprodujo de forma literal en el escrito de alegatos de conclusión los argumentos por él planteados en el desarrollo de la primera instancia y lo dicho en el recurso de apelación.
- 8.2. La señora Andrea Carolina Durán Movilla, por conducto de apoderado, consideró, luego de hacer un breve estudio del contenido y alcance del artículo 122 Superior que, en el presente caso, no debe darse aplicación al precedente del Consejo de Estado, pues contrario a lo que sucedió en las demás decisiones, en esta ocasión sí resulta claro que con la conducta del señor Murillo Urrutia se afectó la inversión social.

En un segundo lugar, la demandante sostuvo que no se podía exigir que la sentencia proferida en el año 1997 por el Tribunal Superior de Quibdó analizara en el fallo si se había afectado la inversión social o los salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos de CODECHOCO, pues al momento en el que se dio dicho pronunciamiento, y en vigencia del Código Penal de 1980, no hacían parte del tipo penal estos últimos requisitos. Por

lo mismo, no existía razón alguna para que se hiciera análisis de un elemento que en su momento, se reitera, no hacía parte del tipo penal.

Finalmente, consideró que de acuerdo a lo establecido en la Ley 99 de 1993, y lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-567 de 1995, los recursos de CODECHOCO estaban destinados al gasto público social y eran parte del Presupuesto de la Nación, razón por la cual no se podía dar una destinación diferente a dichas partidas. Sobre el particular dijo: *“debe resaltarse que es distinto cuando el presupuesto proviene de entidades territoriales y no del general de la nación, ya que en el primero, el de las territoriales, es posible que se pueda invertir en la reparación de una escuela por constituir en este modo una inversión social, pero al tratarse del Presupuesto General de la Nación no es dable, teniendo presente lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-567 de 1995 con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz. Lo que significa, que no se puede en el caso en estudio, aducir que al invertirse en la reparación de la escuela se estaba cumpliendo con la inversión social, como erradamente lo dijo la sentencia recurrida, porque el presupuesto de donde se tomó no pertenecía a una entidad territorial para la época de los hechos, sino del Presupuesto General de la Nación, como señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-267 de 1995”¹³.*

- 8.3. El señor Luis Gilberto Murillo Urrutia, en su calidad de demandado, sostuvo que: (i) del derecho penal desapareció el hecho punible por el cual había sido condenado, razón por la cual, en atención a lo dicho por la jurisprudencia del Consejo de Estado y, tal y como lo consideró el Tribunal Administrativo de Chocó, deben desaparecer todos los efectos de dicha condena, incluso, los de carácter electoral; (ii) con el cambio que sufrió el tipo penal se creó un eximente de responsabilidad que antes no existía, esto es, que incluso si se estaba en presencia de una destinación oficial diferente, si los dineros públicos se utilizaban un fin social, la conducta no era punible y; (iii) tal y como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sección, si desaparece el delito, desaparecen los efectos jurídicos de la sanción penal, incluso, para efectos electorales, así, la Procuraduría General de la Nación no podía calificar que se trataba de una sanción de tipo permanente ya que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Quibdó, esta solo

implicaba una interdicción de los derechos políticos por el término de un año, además enfatiza que, como desaparecieron las consecuencias del delito, correspondía al Ministerio Público como administrador del SIRI cancelar el registro que allí se hizo.

- 8.4. Finalmente, debe decirse que los alegatos del apoderado de la parte demandada y del tercero interviniente no serán estudiados habida cuenta de su extemporaneidad.

9. El concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Mediante concepto presentado el 19 de febrero de 2013, el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, en la que se negó la nulidad de la elección del señor Luis Gilberto Murillo Urrutia.

Dividió su estudio en dos asuntos, en primer lugar, se pronunció respecto de lo dicho por los apelantes en relación con el supuesto prevaricato por parte del Delegado del Ministerio Público ante el Tribunal. Estuvo en desacuerdo con esa afirmación, pues la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo a lo que establece la Ley 734 de 2002, solamente se encarga de la administración del registro de antecedentes disciplinarios, pero no tiene la facultad de evaluar el contenido de la inscripción y mucho menos de cancelarla por sí sola, pues para ello es necesario que dicho registro sea anulado, suspendido o inaplicado por los Jueces de la República.

En segundo lugar, sostuvo que no existe una contradicción entre lo dicho por el Tribunal Administrativo de Chocó en primera instancia, y esta Sala al momento de decidir sobre la suspensión provisional, pues el estudio que se hace en cada caso es diferente; mientras que en la sentencia se realiza un estudio de fondo del asunto, en el que se analizan todos y cada uno de los elementos, en la suspensión provisional solamente se adelanta un análisis *prima facie* del asunto que no implica más que una confrontación entre el acto acusado y las normas en las que debía fundarse.

¹³ Folio 924 del expediente.

Ahora bien, frente al fondo del asunto, sostuvo que existió una derogatoria del delito de peculado por aplicación oficial diferente con la entrada en vigencia del artículo 399 de la Ley 599 de 2000, de manera que lo preceptuado en el artículo 136 del Código Penal de 1980 es irrelevante para el derecho penal, y de esta manera, en aplicación del principio de favorabilidad, los efectos de las sentencia deben desaparecer, incluso en materia electoral.

De igual forma, consideró que tal y como se sostuvo por el demandado, dentro de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Quibdó no se hizo un estudio del grado de afectación a la inversión social o a los salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos de CODECHOCO, sin embargo, en todo caso, de haberse realizado, se encontraría que en el *sub judice* no están presentes los nuevos elementos del tipo penal (afectación a la inversión social o a los salarios y prestaciones sociales), pues si bien la partida existente no fue gastada en aquellos inicialmente presupuestado, en cualquier caso, con la reparación de la escuela se realizó una inversión social.

Por lo anterior, concluyó que *“[c]on fundamento en lo anteriormente considerado, esta Delegada le solicita a la H. Sala que confirme la decisión de primera instancia objeto de la presente alzada, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Chocó denegó las súplicas de la demanda encaminadas a obtener la nulidad del acto de elección del doctor Luis Gilberto Murillo Urrutia como Gobernador del Departamento del Chocó para el periodo constitucional 2012-2015; como consecuencia de ello, se levante la suspensión provisional del acto acusado decretada mediante auto del 12 de julio de 2012”*⁴.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 del C.C.A. esta Sala es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Choco, que desestimó las pretensiones de nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró la elección del señor Luis Gilberto Murillo Urrutia como Gobernador del Departamento del Chocó.

2. El acto demandado

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la apelación de la sentencia que negó las pretensiones frente al *“Acuerdo No. 016 de diciembre 20 de 2011, proferido por el Consejo Nacional Electoral mediante el cual se declaró la elección de **LUIS GILBERTO MURILLO URRUTIA, C.C. No. 11.794.488**, como Gobernador del Chocó para el periodo 2012-2015”*.

3. Cuestión previa

El señor Luis Gilberto Murillo Urrutia mediante memorial presentado el pasado 25 de febrero de 2013 sostuvo que, debido a que en el curso de la primera instancia el Tribunal Administrativo del Chocó ofició a la Dirección Nacional de Planeación con el fin de que contestara unos requerimientos y, a estos se les dio respuesta solo después de que fuera proferida la sentencia de primera instancia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 34 y 35 del C.P.A.C.A. los adjuntaba para que fueran tenidos en cuenta como pruebas en el curso de la segunda instancia.

De igual forma, en el escrito indicó que tal y como lo consagra la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad y con ello dando aplicación al principio de favorabilidad, debe entenderse que las inhabilidades no son de carácter intemporal y que, en todo caso, como desapareció la sanción penal, debe entenderse que desaparecieron los efectos accesorios de la condena.

Huelga manifestar, en primer lugar, que las normas que el señor Murillo Urrutia sostiene que son aplicables al asunto, se refieren al procedimiento administrativo, este es, el que regula la forma en la que deben expedirse los actos administrativos, pero no al proceso contencioso administrativo que se desata en sede judicial, en todo caso, aun si se hubiesen traído como fundamento normativo los artículos 212 y 285 del C.P.A.C.A., en concordancia con lo establecido por el artículo 308 de dicho estatuto, las normas aplicables al caso concreto, comoquiera que ya se encontraba en curso antes de la entrada en vigencia de dicho código, serían los artículos relevantes (214 y 234) del C.C.A.

No obstante, más allá de lo anterior, una vez revisado el expediente, se encuentra que en el mismo sí obra respuesta a los requerimientos hechos por el Tribunal

¹⁴ Fólío 962, envés, del cuaderno No. 9 del expediente.

Administrativo del Chocó, así, en los folios 133 a 200 del cuaderno No. 3; 261 a 324 del cuaderno No. 4; 203 a 269 del Cuaderno No. 5 y; particularmente en los folios 618 a 630 del cuaderno principal se evidencia que la Dirección Nacional de Planeación de forma expresa contestó las solicitudes del *a quo*, razón por la cual, la Sala no tendrá en cuenta la petición allegada por el señor Murillo Urrutia, en consideración a que en ella no se evidencia ningún elemento nuevo.

Finalmente, frente a los demás argumentos expuestos en el mismo memorial, encuentra la Sala que están íntimamente relacionados con el asunto de fondo.

4. Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a los argumentos presentados en el escrito de apelación de la parte demandante, si el señor Luis Gilberto Murillo Urrutia se encuentra incurso en las causales de inhabilidad previstas en los artículos 30, numeral 1º, de la Ley 617 de 2000, y 122 de la Constitución Política y, de ser así, acceder a la nulidad del acto declarativo de su elección.

Para ello, la Sala estima necesario dividir el estudio del asunto en diferentes capítulos, a saber: (i) uno primero, referido a los requisitos y presupuestos básicos de configuración de las causales de inhabilidad previstas en las normas indicadas como violadas; (ii) otro, relativo al alcance del delito de peculado por destinación oficial diferente en el que nos referiremos a las modificaciones efectuadas por la Ley 599 de 2000 en cuanto a su tipificación; (iii) seguidamente, en un segmento se hará referencia al principio de favorabilidad en materia electoral, para finalmente, (iv) referirnos al caso concreto del señor Murillo Urrutia.

4.1. Requisitos y presupuestos básicos para la configuración de las causales de inhabilidad previstas en los artículos 30.1 de la Ley 617 de 2000 y 122 de la Constitución Política de Colombia.

4.1.1. Alcance del artículo 30, numeral 1º, de la Ley 617 de 2000

El legislador, dentro de su marco de competencia, estableció en la Ley 617 de 2000, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para las personas que aspiraran a cargos de elección popular del orden territorial. En concreto, en el

caso de los Gobernadores el artículo 30 de la citada norma determinó los casos en los que una persona se encuentra inhabilitada para desempeñar dicho cargo.

La norma establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 30. De las inhabilidades de los Gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

1. *Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas. [...].* (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

En atención a la literalidad misma de la norma transcrita, se tiene que el texto legal es claro en los requisitos indispensables para su materialización, así, es necesario: (i) en cuanto al elemento subjetivo, que se trate de una elección de gobernador, o inscripción de candidato a gobernador, (ii) que el referido sujeto haya sido condenado penalmente, (iii) que en dicha sentencia se le haya impuesto pena privativa de la libertad, (iv) en cuanto a la tipicidad subjetiva, que no se trate de delitos culposos o políticos, y, finalmente (v) que la condena penal se hubiese proferido “en cualquier época”, la referida expresión denota el carácter intemporal de la inhabilidad en estudio.

4.1.2. Alcance del artículo 122 de la Constitución Política

Por su parte, el artículo 122 de la Constitución Política consagra una norma que aunque similar, ciertamente contempla algunas diferencias. La norma en su inciso 5º, consagra:

*“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, **no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la***

comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior". (Negrillas ajenas al texto original).

Entonces, nuevamente atendiendo a la finalidad y naturalmente a la literalidad de la norma, se tiene que el texto constitucional, por su parte, en lo relevante, es claro en los requisitos indispensables para su materialización, así: (i) en cuanto al elemento subjetivo, la prohibición cubre a cualquier candidato de elección popular, y en general, a quienes pretendan ser servidores públicos (ii) que el referido sujeto haya sido condenado penalmente, (iii) que se trate de la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, o relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior, y, finalmente (iv) que la condena penal se hubiese proferido "en cualquier época", la referida expresión denota el carácter intemporal de la inhabilidad general bajo examen.

4.2. El delito de peculado por aplicación oficial diferente

Atendiendo a su calidad de juez electoral, no correspondería a la Sala hacer mayores reflexiones en lo que se refiere a la tipicidad del delito de peculado por aplicación oficial diferente, ni a las variaciones en su tipificación.

Sin embargo, en consideración a que los cambios en los supuestos descriptivos configurativos del delito han suscitado el llamado a la aplicación del principio de favorabilidad con efectos electorales, la Sala abordará el asunto a fin de esclarecer el fenómeno en el caso particular que nos ocupa.

Al respecto, se observa que para el año 1993, fecha en la que tuvo lugar la situación fáctica que dio origen al hecho punible y, posteriormente, a la condena de responsabilidad penal impuesta por el Tribunal Superior de Quibdó, el artículo 136 del Código Penal de la época (Decreto Ley 100 de 1980) contemplaba como delito el siguiente:

*"Peculado por aplicación oficial diferente. **El que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte,***

cuya administración o custodia se le haya confiado por razón 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 las utilice en forma no prevista en éste, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por uno (1) a tres (3) años”.

Del artículo anterior era claro que en los casos en los cuales un servidor o empleado público destinaba recursos del Estado para algo distinto a lo previsto en el presupuesto, independientemente de la finalidad para la que se destinaran, incurría en el tipo penal, razón por la cual debía ser condenado a pena privativa de la libertad, multa e interdicción de sus derechos políticos.

Posteriormente, con la adopción del nuevo código penal, Ley 599 de 2000¹⁵, se modificaron los elementos normativos del delito, así:

*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.***

Con la modificación al tipo penal se agregó la cláusula que aparece subrayada, de conformidad con la cual, se exige, para la configuración de dicho delito, **además**

¹⁵ “El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> 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 dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.”

de la destinación oficial diferente de los recursos, **la afectación de los rubros de inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.**

Apoyándose en el referido cambio, es que el demandado solicitó la aplicación de la favorabilidad penal, con alcance electoral, para entender superadas, en su caso, las inhabilidades atribuidas. Argumento que fue atendido por el a quo al momento de proferir sentencia de primera instancia.

4.3. Principio de favorabilidad en materia electoral

En el presente caso es claro que, gran parte de la discusión que se ha suscitado, gira en torno al alcance del principio de favorabilidad penal y sus eventuales efectos en materia electoral.

Así, sostiene el demandado que, justamente, en atención a lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por el, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Encuentra entonces el demandado que, teniendo el derecho fundamental al debido proceso aplicación constitucional en todas las actuaciones judiciales y administrativas, y constituyendo la favorabilidad elemento esencial del mentado derecho de primera generación, se hace necesario que, incluso en material electoral, se reconozca que de operar la favorabilidad cesen los efectos de la inhabilidad objeto de estudio. La anterior posición, como se sabe, fue la acogida por el juez de primera instancia al momento de proferir sentencia.

Por su parte, los demandantes argumentan, en sede de la apelación, que so pretexto de la aplicación del principio de favorabilidad, no se pueden desconocer los de Juez Natural y Cosa Juzgada. Además sostienen que, si se permitiera al juez electoral llegar a conclusiones propias y distintas en materia penal, tal situación implicaría el desconocimiento de la competencia de otras autoridades judiciales que son las llamadas a pronunciarse sobre el particular.

Pues bien, tal y como lo han sostenido varios sujetos procesales, esta Sección, en dos oportunidades anteriores, se ha pronunciado sobre los efectos de la aplicación del principio de favorabilidad en materia electoral.

En una primera ocasión, al resolver sobre la demanda de nulidad electoral contra el gobernador de Boyacá, la Sección Quinta, con ponencia del H. Consejero Roberto Medina López concluyó que:

“De la aplicación preferente y retroactiva de la disposición benigna, tema debatido desde el derecho romano que lo eternizó con la máxima odia restringii et favores convenit ampliarii, se ocupa el artículo 29 de la Carta, en los siguientes términos:

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Del texto de esta disposición se sigue que el postulado de la favorabilidad es de ineluctable aplicación en todo caso, siempre y cuando verse sobre materia penal, la cual tendría que ser la materia reglada por una ley penal, o sea la que describe los comportamientos punibles y fija sus penas, definición comprensiva de los principios

modernos de la garantía criminal (nullum crimen sine lege) y de la garantía penal (nulla poena sine lege), lo cual equivale a sostener que no existe delito, ni pena, sin ley preexistente que especifique la conducta y la sanción. Y que la norma favorable, aunque sea posterior al acto que se imputa (favor rei), se aplica de preferencia a la desfavorable.

Entonces, stricto sensu la petición de la defensa no podría prosperar, porque el concepto limitante de la materia penal desaprobaría su admisión, debido a que se debate en este juicio contencioso administrativo, la concurrencia de una inhabilidad de origen constitucional que causa la nulidad del acto electoral demandado; y la naturaleza penal del antecedente que contribuye a conformarla, además de provenir de un caso juzgado por los jueces competentes, se presenta a la consideración del juez administrativo como un hecho intocable.

Sin embargo, la Sala penetra más allá sin rebasar los límites de su competencia, por supuesto, con una interpretación integral de la norma superior invocada (artículo 29) que en su conjunto acoge el derecho fundamental del debido proceso, y lo extiende a toda clase de actuaciones judiciales como es la adelantada en este caso.

Dentro de esa comprensión se tiene que la norma constitucional que desde el comienzo se considera vulnerada, el artículo 122 en su inciso final, establece una inhabilidad que la ley (artículo 279 de la Ley 5 de 1992), la doctrina y la jurisprudencia definen como una clase de prohibición que impide entrar a desempeñar un cargo público, lo cual significa en el caso concreto que existe una restricción para los condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, del derecho fundamental de conformar el poder político (artículo 40-7).

La ilación se enlaza con la consideración de que uno de los elementos lo forma un antecedente penal, de modo que la inhabilidad lleva in se una sanción y así la denomina el mismo texto constitucional dentro de la frase sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley. Esto contribuye a corroborar que la inhabilidad-sanción es

consecuencia de la sanción penal por el delito, razón que descarta la presencia del non bis in idem que algunos alegan. Así se tiene que la norma penal derogada, como se reconocerá, era desfavorable y restrictiva, efecto transmitido a la inhabilidad, que en este caso castigaba la violación de la norma superior con la nulidad de la elección demandada. La causa eficiente de la inhabilidad debe ser la condena penal por un delito contra el patrimonio del Estado y toda causa genera dependencia de lo causado.

*El Derecho Penal es comprensivo de las normas jurídicas que fijan penas a determinadas conductas contrarias al derecho, normas que preservan valores fundamentales de la convivencia humana, de manera que esa disciplina defiende parte del orden moral. Su consecuencia es la pena, una restricción de los derechos del inculpado. El planteamiento deja claro que el sentido sancionador de esta especial prohibición es indiscutible, desde que coarta el ejercicio de algunos derechos, como los de elegir o ser elegido, y que por esa razón, la de inmiscuirse el concepto de pena, toda causal de inhabilidad o incompatibilidad es de interpretación restringida, de acuerdo con el principio de la eficacia del voto (artículo 1 del Código Electoral). **Estas consideraciones autorizan a la Sala para dejar sentado que el principio de la favorabilidad de la ley entronizado en el artículo 29 de la Carta, es extensible a las inhabilidades de origen electoral**¹⁶. (Negrillas propias).*

En la segunda oportunidad, al resolver sobre la nulidad electoral del alcalde de Mongua, se sostuvo:

“La causal de inhabilidad alegada, es una consecuencia de una sanción penal, que como tal, no sólo afectó la libertad personal del demandado sino sus derechos políticos, a pesar que en el fallo de la justicia ordinaria en su especialidad penal, sólo se le haya condenado a: “...la interdicción de derechos y funciones públicas de un año...”, porque ésta, sin lugar a dudas lo colocó en la imposibilidad de acceder a destinos públicos en cargos de elección popular, pues las disposiciones

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Dr. Roberto Medina López, sentencia de 19 de julio de 2002, número de radicación 11001-03-28-000-2000-00047-01(2452) y 11001-03-28-000-2001-00015-01(2483)

contenidas entre otros, en los Decretos 1222 y 1333 de 1986, las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, han sido constantes al establecer como inhabilidad para acceder a cargos de esta naturaleza el hecho de haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delitos dolosos, salvo los políticos. **Entonces, resulta claro que la inhabilidad para ejercer cargos públicos de elección popular como el de Alcalde Municipal por haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delitos dolosos, salvo los políticos, es una consecuencia de la referida sanción y como tal debe seguir la misma suerte de ésta.**

El delito de peculado por aplicación oficial diferente, tipificado en el artículo 136 del Código Penal, preveía que la referida conducta se estructuraba cuando el agente público aplicaba de manera diferente a aquella establecida en la Constitución, la Ley o el reglamento un bien de naturaleza común que, por razón de las funciones que cumplía, le había sido entregado para su administración o custodia, y a pesar que pudiera ser intrascendentes para el interés económico del Estado, castigaba el hecho que no se le diera a los bienes públicos el destino que se les había asignado, valga decir, era un delito de mera conducta.

Sin embargo, el referido comportamiento fue redefinido por el legislador, que en el marco de su libre configuración y conforme la política criminal, decidió atemperarlo introduciéndole un elemento objetivo a través del cual lo calificó, en cuanto a partir de la Ley 599 de 2000, la aplicación oficial de un bien público a un fin diferente al legalmente dispuesto, sólo tiene trascendencia penal, y es objeto de juzgamiento y castigo, cuando afecta la inversión social o los salarios y prestaciones de los servidores públicos.

Siendo así, si el delito de peculado por aplicación oficial diferente, salvo en los casos en que se afecta la inversión pública y los salarios y prestaciones de los servidores públicos, dejó de ser relevante para el derecho penal, las consecuencias, inmediatas o mediatas, de una sanción por razón del mismo también.

Dicho de otra manera, si la conducta que dio lugar a la sanción desapareció, esa circunstancia hizo desaparecer, igualmente, los efectos de la misma, en virtud del principio de favorabilidad, sin que

esto implique un desconocimiento del principio de la cosa juzgada, en cuanto corresponde a la respectiva sentencia penal¹⁷.

Esta Sala de decisión tuvo la oportunidad de referirse al principio de favorabilidad en materia penal y sus incidencias rehabilitantes para el ejercicio de cargos públicos de elección popular¹⁸, en tratándose de condenas penales impuestas por razón del delito de peculado por aplicación oficial diferente, ante la evidencia de la despenalización del mismo, salvo cuando genera perjuicio a la inversión social o a los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos, en aquella ocasión precisó:

“ ... ”

“Dentro de esa comprensión se tiene que la norma constitucional que desde el comienzo se considera vulnerada, el artículo 122 en su inciso final, establece una inhabilidad que la ley (artículo 279 de la Ley 5 de 1992), la doctrina y la jurisprudencia definen como una clase de prohibición que impide entrar a desempeñar un cargo público, lo cual significa en el caso concreto que existe una restricción para los condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, del derecho fundamental de conformar el poder político (artículo 40-7).

“La ilación se enlaza con la consideración de que uno de los elementos lo forma un antecedente penal, de modo que la inhabilidad lleva in se una sanción y así la denomina el mismo texto constitucional dentro de la frase sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley. Esto contribuye a corroborar que la inhabilidad-sanción es consecuencia de la sanción penal por el delito, razón que descarta la presencia del non bis in idem que algunos alegan. Así se tiene que la norma penal derogada, como se reconocerá, era desfavorable y restrictiva, efecto transmitido a la inhabilidad, que en este caso castigaba la violación de la norma superior con la nulidad de la elección demandada. La causa

¹⁷ Código Penal, “Artículo 6. [...]La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. **Ello también rige para los condenados.**”. Código de Procedimiento Penal, “Artículo 79. Los jueces de penas y medidas de seguridad conocerán [...] 7. De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución o extinción de la acción (sic) penal. 8. Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia.”.

eficiente de la inhabilidad debe ser la condena penal por un delito contra el patrimonio del Estado y toda causa genera dependencia de lo causado.

“El Derecho Penal es comprensivo de las normas jurídicas que fijan penas a determinadas conductas contrarias al derecho, normas que preservan valores fundamentales de la convivencia humana, de manera que esa disciplina defiende parte del orden moral. Su consecuencia es la pena, una restricción de los derechos del inculpado. El planteamiento deja claro que el sentido sancionador de esta especial prohibición es indiscutible, desde que coarta el ejercicio de algunos derechos, como los de elegir o ser elegido, y que por esa razón, la de inmiscuirse el concepto de pena, toda causal de inhabilidad o incompatibilidad es de interpretación restringida, de acuerdo con el principio de la eficacia del voto (artículo 1 del Código Electoral). Estas consideraciones autorizan a la Sala para dejar sentado que el principio de la favorabilidad de la ley entronizado en el artículo 29 de la Carta, es extensible a las inhabilidades de origen electoral.

De este modo, a pesar que para establecer si se configura una causal de inhabilidad, en principio, no es necesario adentrarse en el estudio de la forma como se verificó cada uno de sus elementos estructurantes, en tratándose de la causal establecida en el numeral 1º del artículo 95 de la Ley 134 de 1995, reformado por el artículo 44 de la Ley 617 de 2000, ante la evidencia de la despenalización del delito de peculado por aplicación oficial diferente y de las consecuencias que ésta implica respecto de la pena, explícita o implícita, que una condena por la comisión del mismo generó, se hace necesario determinar, en este caso, en virtud del principio de la favorabilidad, cuáles fueron las condiciones en que se impuso la sanción al demandante para determinar si se dio su rehabilitación para postularse y ser elegido Alcalde Municipal”¹⁹.

Bajo esta perspectiva estudiaremos el caso concreto.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, 19 de julio de 2002, expediente acumulados 2452 y 2483, Consejero ponente doctor Roberto Medina López.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa, sentencia de 17 de marzo de 2006, número de radicado 15001-23-31-000-2003-02964-02(3760)

4.4. Caso concreto

Corresponde entonces a la Sala analizar, con fundamento en los argumentos del escrito de apelación y los argumentos expuestos en los alegatos de la segunda instancia, si el demandado se encuentra o no incurso en las causales de inhabilidad atribuidas, y, en caso afirmativo, si por las especificidades del caso el cambio normativo en el tipo penal de peculado por apropiación oficial diferente tiene la virtualidad de hacer cesar los efectos inhabilitantes.

Para ello, dentro del proceso se aportaron las siguientes pruebas:

- (i) Copia auténtica de la sentencia del Tribunal Superior de Quibdó del 29 de agosto de 1997 (Cdn. 9 fls. 434 a 445).
- (ii) Certificado de antecedentes disciplinarios del señor Luis Gilberto Murillo Urrutia del 2 de febrero de 2012 expedido por la Procuraduría General de la Nación (Cdn. 1 fl. 170).
- (iii) Copia auténtica de la Resolución 065 del 8 de agosto de 2011 de la Viceprocuradora General de la Nación (Cdn. 9 fls. 610 a 613).
- (iv) Copia auténtica del auto del 20 de septiembre de 2011 del Procurador General de la Nación (Cdn. 9 fls. 614 a 617).
- (v) Copia auténtica del auto interlocutorio No. 208 del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Quibdó del 8 de julio de 2011 (Cdn. 9 fls. 395 a 414).
- (vi) Copia auténtica del auto del Tribunal Superior de Quibdó - Sala Penal de Descongestión del 11 de noviembre de 2011 (Cdn. 9 fls. 458 a 477).
- (vii) Copia simple de la providencia del 15 de septiembre de 2010 de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal (Cdn. 1 fls. 171 a 183).
- (viii) Informe técnico rendido por la Dirección Nacional de Planeación en el que da respuesta a varios interrogantes sobre la naturaleza de los recursos destinados a CODECHOCO en el año 1993.

De acuerdo a lo anterior, dentro del plenario se encuentra plenamente acreditado que:

- (i) El señor Murillo Urrutia fue condenado y declarado penalmente responsable en segunda instancia por el Tribunal Superior de Quibdó, por el delito de peculado por aplicación oficial diferente a título de dolo y

fue condenado, en el año 1997, a pena privativa de la libertad de seis meses, interdicción de derechos y funciones públicas por el término de un año y multa equivalente a un mil pesos.

- (ii) Luis Gilberto Murillo Urrutia, por conducto de apoderado, presentó en el año de 1998 recurso extraordinario de Casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que resolvió inadmitirlo por falta de técnica, quedando así ejecutoriada la sentencia condenatoria en su contra²⁰.
- (iii) Debido a que el tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente fue modificado en su estructura mediante la Ley 599 de 2000 (Código Penal), volviéndose más exigente, el hoy demandado, por conducto de apoderado, solicitó en el año 2007 se declarara la ineficacia de la sentencia emitida en su contra, por aplicación del principio de favorabilidad, no obstante, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Quibdó no accedió a la solicitud por considerar que:

“En resumen, la norma incriminadora prevista en el Código Penal de 1980 de cara al artículo 38 - 9 de la Ley 906 de 2004 no ha sido declarada inexecutable y tampoco ha perdido su vigencia, como lo dijo el despacho al resolver el recurso en el interlocutorio, trayendo a colación los radicados 20740 del 12 de febrero de 2006 de la Sala Penal de la Corte Suprema, sino, que con la Ley 599 en su artículo 399 le agregó un ingrediente que lo hizo más exigente y por ende no es posible acceder a la petición del togado; adicionalmente tampoco podríamos so pretexto de una tesis jurisprudencial declarar ineficaz un proceso penal; por cuanto, la Corte Constitucional tiene por entendido que la inhabilidad por razón de conductas punibles deben cumplirse a cabalidad de la Constitución del año 1991; como quiera que los hechos ocurrieron luego de su promulgación, el operador judicial debe respetar como lo dice la Corte Constitucional el precedente constitucional enarbolado en la sentencia C - 072 de 2010 como inhabilidad para el

²⁰ Ello se desprende de la providencia del Tribunal Superior de Quibdó del año 2011 al hacer una breve recapitulación de los hechos.

desempeño del servicio público, ha estado presente en la Carta desde el año de 1991, primero impidiendo que los servidores públicos se posesionen cuando han sido condenados por conductas contra el patrimonio económico [...] Por lo tanto se despachará negativamente la solicitud de ineficacia de conformidad con las conclusiones mencionadas”²¹.

- (iv) La anterior providencia fue objeto de recurso de alzada, por lo que en segunda instancia, el Tribunal Superior de Quibdó, Sala Penal en Descongestión, el 11 de noviembre de 2011 confirmó la decisión adoptada por el juzgado y, sostuvo que:

“En este orden de ideas, no hay lugar de ésta instancia procesal a que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad, se hubiese pronunciado conforme lo pretende la defensa y su prohijado MURILLO URRUTIA, en reexaminar la situación jurídica de éste profesional, con la finalidad de que se aplique el principio de favorabilidad y consecuente se declara la ineficacia de la sentencia que fuera proferida en contra suya, por el delito de peculado por aplicación diferente, pues se encontraban frente a situaciones jurídicas ya consolidadas en el tiempo, situación por la que no resulte viable estudiar la solicitud presentada”.

[...]

“Esta es la razón por la cual, pese a que al parecer el artículo 399 del nuevo Código Penal, cuya estructura típica se modificó en el sentido de ser aumentadas las exigencias para que se configurara el delito y, en el sentido que si no hay perjuicio para la inversión social o para los salarios o prestaciones de los servidores con las consecuencias o no para el sentenciado MURILLO URRUTIA, eso no significa que dicha consideración resulte aplicable al caso ya juzgado, pues la declaratoria de extinción de las penas principales de PRISION Y MULTA, así como la accesoria de INTERDICCION DE DERECHOS Y

²¹ Folios 166 y 167 del expediente.

*FUNCIONES PUBLICAS, ya cumplieron su función y, el proceso se encuentra legalmente terminado y, hace tránsito a cosa juzgada material*²².

- (v) Producto de la sentencia penal condenatoria del delito de peculado, al señor Murillo se le registró en sus antecedentes disciplinarios inhabilidad permanente para desempeñarse como Gobernador.
- (vi) El demandado radicó solicitud con el fin de que fuera retirada de sus antecedentes disciplinarios la inhabilidad mencionada, argumentando la favorabilidad en la configuración del tipo penal. Sin embargo, la Viceprocuradora General de la Nación, en primera instancia, y posteriormente, el Procurador General de la Nación, en segunda, denegaron la cancelación del registro pues consideraron que el artículo 30 numeral 1 de la Ley 617 de 2000 era claro en establecer que existía inhabilidad, en tratándose del cargo de Gobernador, para aquellas personas que **en cualquier tiempo** hubieren sido penalmente condenadas, salvo por delitos políticos o culposos, de forma que, incluso la aplicación de la favorabilidad no podía desconocer el hecho de una condena. Argumentaron para el efecto que se trataba de una inhabilidad intemporal.
- (vii) Así es como, en la actualidad, el gobernador demandado registra en sus antecedentes disciplinarios inhabilidad especial permanente para desempeñarse como Gobernador²³.

Ante la situación fáctica previamente descrita, corresponde a la Sala ocuparse de resolver la apelación en el sentido de establecer si acepta la aplicación del principio de favorabilidad penal en el ámbito electoral, o si por el contrario, encuentra ajustado a derecho el criterio de los apelantes, de conformidad con el cual, el referido principio es ajeno al examen que desde el proceso electoral, se hace frente a la validez del acto.

La Sala en esta oportunidad, rectificará su jurisprudencia en lo que a los efectos de la favorabilidad se refiere con fundamento en los siguientes argumentos:

²² Folios 143 y 145 del expediente.

²³ Certificado consultado de la página web de la Procuraduría General de la Nación el 20 de junio de 2013.

4.4.1. Porque el principio de favorabilidad no es aplicable en materia electoral.

El artículo 29 constitucional, que regula el derecho fundamental al debido proceso, consagra que: ***“en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”***.

Para la Sala, es claro que del artículo 29 Superior se desprende el denominado *“principio de favorabilidad”*, que en lo esencial permite que una situación fáctica que ha tenido lugar bajo la vigencia de determinada ley, pueda regirse por otra, posterior, que aunque en principio no sería aplicable, justamente porque es más favorable, se admite como una excepción a la regla general de la aplicación de las leyes en el tiempo.

Sin embargo, **es característico del principio de favorabilidad que no opera plenamente en todas las áreas del derecho** sino que lo hace de forma específica en los llamados regímenes sancionatorios como lo son el derecho penal y el derecho disciplinario.

Además también tiene cabida en materia laboral, pues el constituyente acogió como una modalidad de la favorabilidad, en el artículo 53 Superior, el hecho de aplicar la *“situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”*.

Pues bien, lo cierto es que la referida favorabilidad no tiene cabida en el derecho electoral. *“[L]os procesos que se adelantan por virtud de una acción pública, como la de nulidad electoral, no plantean un litigio en estricto sentido pues proponen un control sobre la legalidad de un acto administrativo”²⁴. “El ordenamiento jurídico consagra la acción electoral como mecanismo judicial que permite realizar el control de legalidad en abstracto del acto de elección, que es lo que, en realidad, pretende la parte demandante”²⁵.*

En suma, el contencioso de nulidad electoral se instituyó con el propósito de revisar **la mera legalidad objetiva o juridicidad del acto demandado**, este es,

²⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Filemón Jiménez Ochoa, sentencia de 11 de noviembre de 2010, número de radicación 25000-23-31-000-2008-00023-01.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Susana Buitrago Valencia, sentencia de 15 de abril de 2011, número de radicación **11001-03-28-000-2010-00121-00**.

aquel declarativo de una elección, **pero nunca como un examen de la conducta desplegada por el candidato que resultó elegido.**

Así, la nulidad de un acto electoral no se concibe como una sanción, y por lo tanto en esta disciplina no resulta admisible la aplicación del principio de favorabilidad para determinar la configuración de las inhabilidades.

Aceptar la procedencia de este principio, generaría para el derecho electoral y el régimen de inhabilidades, una incertidumbre en cuanto a los elementos que materializan las causales, al mismo tiempo que conllevaría que el juez electoral desconociera su competencia para fungir como legislador, aplicando excepciones a un régimen que no las tiene establecidas y que sólo a éste último le corresponde definir, lo que a todas luces es inaceptable.

En conclusión, por su propósito y objeto, en el proceso electoral resulta incompatible la aplicación de la favorabilidad.

4.4.2. En consideración a la reserva legal del régimen de inhabilidades.

En el marco de las entidades territoriales el artículo 293 constitucional específicamente delega en el legislador la atribución de desarrollar el régimen de inhabilidades, veamos: *“sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, **la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones**”.*

Con fundamento en la referida reserva legal, no puede válidamente el juez establecer excepciones a las causales inhabilitantes, de las que el legislador no se haya ocupado.

Según su literalidad, para confirmar la materialización de la inhabilidad del artículo 30.1 de la Ley 617 de 2000 debe comprobarse:

- (i) En cuanto al elemento subjetivo, que se trate de una elección de gobernador, o inscripción de candidato a gobernador,
- (ii) Que el referido sujeto haya sido condenado penalmente,
- (iii) Que en dicha sentencia se le haya impuesto pena privativa de la libertad,
- (iv) En cuanto a la tipicidad subjetiva, que no se trate de delitos culposos o políticos, y, finalmente,
- (v) En lo que al aspecto temporal se refiere, la expresión “en cualquier época” evidencia el carácter intemporal de la inhabilidad. Así las cosas, la sola existencia de la condena, en los términos anteriores, elimina la obligación del juzgador de hacer análisis en los aspectos no contemplados por la norma y menos frente a los extremos temporales, pues, las únicas excepciones previstas por el legislador para que esta causal no se configure están referidas a la comisión de delitos culposos o políticos.

Es por lo anterior que, si se tienen en cuenta las pruebas obrantes en el proceso, cada uno de sus elementos de la inhabilidad se configuran en el caso concreto.

Pues bien, se trata de un ciudadano elegido popularmente como gobernador para el periodo constitucional 2012 - 2015, que en el año de 1997 fue condenado por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, a título de dolo, a pena privativa de la libertad, decisión que adquirió firmeza pues contra ella no procede ya ningún recurso, como quedó demostrado en acápite anterior, de manera que produjo todos los efectos jurídicos.

Ahora bien, si se trata de la verificación del acaecimiento de la inhabilidad general del artículo 122 constitucional, frente a uno de los aspectos que contempla: la existencia de condena penal, los requisitos indispensables para su materialización se circunscriben a:

- (i) En cuanto al elemento subjetivo, la prohibición cobija a cualquier candidato de elección popular, y en general, a quienes pretendan ser servidores públicos,
- (ii) Que el referido sujeto haya sido condenado penalmente por delitos que afecten el patrimonio del Estado, o relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior, y, finalmente,

(iii) Del mismo modo, en lo que al aspecto temporal se refiere, la expresión “en cualquier tiempo” denota el carácter intemporal de la referida inhabilidad.

Así las cosas, la sola existencia de la condena, en los términos anteriores, elimina la obligación del juzgador de hacer análisis en los aspectos no contemplados por la norma constitucional. Cualquier interpretación contraria, generaría que el juez electoral se atribuyera competencias propias del constituyente al desarrollar las excepciones que el este último no ha previsto.

Entonces tenemos que, también en lo que se refiere a la inhabilidad del artículo 122 de la Constitución Política, cada uno de sus elementos se materializan en el caso objeto de estudio si se tiene en cuenta el acervo probatorio obrante en el expediente.

Así, se trata de un ciudadano elegido popularmente como gobernador, que en el año de 1997 fue condenado por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, a título de dolo, por una conducta que afectó el patrimonio del Estado, esto último, según las conclusiones a las que arribó el juez penal al analizar lo sucedido.

En la sentencia, el Tribunal Superior de Quibdó concluyó: *“como es lógico estos, los perjuicios, se limitan al monto de la partida mal destinada, pues con esta conducta el procesado causó un menoscabo del patrimonio de CODECHOCO, que deberá resarcir indemnizado a la mencionada institución por el valor de cinco millones de pesos, suma correspondiente a la cuestionada inversión, más los intereses legales que corresponden según el artículo 1617 del Código Civil, al 6% anual”*²⁶.

4.4.3. Con ocasión de la finalidad que persigue la inhabilidad objeto de estudio.

Tal decisión también se justifica, precisamente, por la finalidad que las causales de inhabilidad defienden, que no son otros que los relativos a la reivindicación principio de representación, la probidad en la administración pública y la protección de los intereses colectivos. “Telos” de la norma que se desdibujaría si en materia electoral se acepta la tesis de la favorabilidad, como pasa a explicarse.

En efecto, el propósito de las inhabilidades en estudio es impedir que cualquier persona que ha sido condenada por un **delito doloso a pena privativa de la libertad** pueda ejercer en **cualquier tiempo** un cargo de elección popular. La razón: quien ha sido condenado penalmente por esa clase de delitos pierde la posibilidad de ejercer cargos de elección popular por cuanto lesionó intereses que para la sociedad eran de relevancia en el momento en que se juzgó la conducta y, en consecuencia, ese desconocimiento impide a quien así actuó, desempeñar la función pública desde cargos que impliquen el ejercicio de la confianza de la voluntad popular, precisamente, por el hecho de haber actuado en contravía de los intereses que el Estado busca proteger a través del régimen penal.

Sobre el particular, es importante recordar que la acción penal tiene por finalidad *“la protección del orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores”*²⁷ frente a todos los asociados. En consecuencia, la imposición de una sanción de esta naturaleza, agotados los procedimientos pertinentes, implica que el Estado a través del juez penal encontró que un determinado individuo quebrantó ese orden social y, en consecuencia, no puede seguir siendo receptor de la confianza popular, pues optó por desconocer el ordenamiento sin justificación alguna para ello.

En este punto, es importante señalar que el Constituyente calificó la clase de delitos objeto de reproche: **los dolosos que generen privación de la libertad**, en el caso de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, excluyendo los delitos culposos y los políticos.

Lo anterior, bajo el entendido que quien sea condenado por esta clase de conductas puede ejercer cargos de elección popular en la medida en que ellas, por su naturaleza, no implican, en el caso de las primeras, estas son las culposas, el ánimo, la voluntad de quebrantar el orden impuesto y, en las segundas, es decir las políticas, porque su comisión tiene como sustento objetivos que desbordan el simple interés particular de quien decide, pese al conocimiento de las consecuencias de su conducta, transgredir el bien jurídicamente tutelado.

Por su parte, en el artículo 122 Constitucional, por los fines propios que se buscaban con la reforma constitucional, recriminó las condenas por la comisión de

²⁶ Folio 11 del fallo del Tribunal.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-145 de 1993 y C-616 de 2002.

delitos que afecten el patrimonio del Estado, o relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o el narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Revisada con detenimiento la Constitución Política, encontramos que el Constituyente elevó como primera causal de inhabilidad para los cargos de elección popular “*el haber sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos y culposos*”, artículo 179, numeral 1, para los Congresistas; 197, inciso 2 para Presidente y Vicepresidente y en el artículo 293 defirió al legislador el establecimiento de las calidades e inhabilidades de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular, quien en aplicación del artículo 304 Superior, reprodujo esta causal de inhabilidad también para los gobernadores.

Bajo ese entendido, las inhabilidades en cuestión buscan asegurar que quien llega a esa dignidad, la de gobernador, no tenga tacha alguna en su conducta para enaltecer el ejercicio de las funciones del cargo que se le confían mediante el voto ciudadano.

Sobre el punto la jurisprudencia constitucional ha sido nutrida y reiterada. Por ejemplo, mediante Sentencia C 780 de 2001 la Corte Constitucional sostuvo, en cuanto a las clases de inhabilidades y su finalidad:

*“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**”.* (Negrillas fuera del texto original)

En el mismo sentido, en Sentencia C-209 de 2000 la Corporación explicó:

*“En realidad, las normas que prohíben el ejercicio de cargos públicos a quienes han sido condenados a pena privativa de la libertad sin límite de tiempo –lo ha dicho la Corte -,**antes que juzgarse a partir de la sanción impuesta al ciudadano, deben evaluarse desde la perspectiva de la exigencia que se impone al ejercicio del cargo, pues de este modo no sólo se logra conservar incólume la idoneidad del servidor público en lo que toca con el desarrollo y ejecución de sus funciones, sino también permite transmitirle a la comunidad un cierto grado de confianza en lo relativo al manejo de los asuntos de interés general, pues hace suponer que éstos se encuentran a cargo de personas aptas cuyo comportamiento no ha sido objeto de reproche jurídico alguno.**”_ (Negritas fuera del texto original)*

Finalmente, y en el mismo sentido, en sentencia C-373 de 2002 la Corte Constitucional al revisar su posición doctrinal sobre el punto, aseguró que el fin de la inhabilidad no es el de penalizar la conducta del sancionado **sino el de proteger el interés público mediante la materialización de los principios de idoneidad, probidad y moralidad.** A este respecto, la Corte dijo:

“En materia de inhabilidades para acceder a cargos o funciones públicas, la Corte en reiterados pronunciamientos ha precisado puntos como los siguientes:

La posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata (Artículos 40 y 85 de la C.P.).

Como no existen derechos absolutos, la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos está sometida a límites que procuran la realización del interés general y de los principios de la función administrativa^[8].

En ese marco, un régimen de inhabilidades no es más que la exigencia de especiales cualidades y condiciones en el aspirante a un cargo o función

públicos con la finalidad de asegurar la primacía del interés general, para el que aquellos fueron establecidos, sobre el interés particular del aspirante^[9].

Al establecer ese régimen, el legislador se encuentra habilitado para limitar el ejercicio de derechos fundamentales como los de igualdad, acceso al desempeño de cargo o función públicos, al trabajo y a la libertad de escogencia de profesión u oficio^[10].

El legislador tiene una amplia discrecionalidad para regular tanto las causales de inhabilidad como su duración en el tiempo pero debe hacerlo de manera proporcional y razonable para no desconocer los valores, principios y derechos consagrados en el Texto Fundamental. Por lo tanto, sólo aquellas inhabilidades irrazonables y desproporcionadas a los fines constitucionales pretendidos serán inexecutable^[11].

La inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante^[12].

Las inhabilidades intemporales tienen legitimidad constitucional pues muchas de ellas aparecen en el Texto Fundamental y el legislador bien puede, en ejercicio de su capacidad de configuración normativa, establecer otras teniendo en cuenta los propósitos buscados y manteniendo una relación de equilibrio entre ellos y la medida dispuesta para conseguirlos^[13]”.

Por tanto, el hecho de que una conducta ya no sea relevante desde la óptica penal para este momento, para el derecho electoral, resulta inane si se revisa la finalidad de las inhabilidades en comento. El reproche está ciertamente en que la conducta delictiva cometida, en cualquier época, hace al elegido indigno de la representación de los ciudadanos, también en cualquier época, incluso si su conducta dejó de ser relevante desde la perspectiva penal, en aras de la reivindicación principio de representación, la probidad en la administración pública y la protección de los intereses colectivos

4.4.4. Por haberse pronunciado en el *sub judice* el Juez Natural.

También, lo cierto es que la Sala, so pena de comprometer los principios de cosa juzgada y juez natural, no puede desconocer lo que han decidido las autoridades penales judiciales competentes, que ya en varias ocasiones se pronunciaron, primero, para encontrar configurado el delito, luego para no acceder a la casación y a la revisión como recursos extraordinarios, y finalmente, respecto de los presupuestos para decretar la ineficacia de la sentencia en consideración al principio de favorabilidad.

Caracteriza a esta Sala el respeto por las decisiones judiciales, de manera que, en casos como el que nos ocupa, la labor de la Sección debe limitarse a verificar la existencia de la inhabilidad en los términos configurativos de la misma sin adentrarse en el estudio de asuntos que, aparte de exceder sus propias competencias, desdibujan la filosofía de la causal.

4.4.5. Por el carácter intemporal que reviste a la conducta inhabilitante *sub examine*.

En el ordenamiento jurídico están previstas inhabilidades intemporales; así, el artículo 122 de la Constitución Política establece, que “*no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos (...) quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos (...)*”. En el mismo sentido, el artículo 30 de la Ley 617, en el numeral primero, señala que “*No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador: 1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, (...)*”.

En ese orden de ideas, se tiene que es la misma Constitución Política la que prevé estas inhabilidades “intemporales”, de manera que mal podría pensarse que son contrarias a la Carta; tan cierto es lo anterior, que la Corte Constitucional en sentencia C-426 de 2002, dijo:

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

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

(...)”

Ahora bien, así lo reconoció también la Corte al estudiar la exequibilidad del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en sentencia 1105 de 2002, la Corte dijo: *“...Una inhabilidad legal no puede ser menos rigurosa que una inhabilidad constitucional sobre la misma materia”.*

En los anteriores términos, y por el carácter intemporal de las inhabilidades, derivado de las expresiones “en cualquier tiempo” y “en cualquier época” que en ellas se utiliza, es que resulta irrelevante adentrarse al estudio de la aplicación de la favorabilidad penal en el ámbito electoral, pues de suyo la intemporalidad lo excluye.

Si bien una conducta desplegada con anterioridad fue considerada delito y en la actualidad deja de tener tal entidad por variaciones en la ley punitiva, no quiere esto decir que la sentencia condenatoria, dictada bajo la vigencia de la primera norma, haya dejado de existir.

Entonces, cierto es que la sola circunstancia de la existencia de la condena penal materializa la inhabilidad, puesto que, ejecutoriada tal circunstancia evidencia la realidad el hecho de que en su momento quien hoy es elegido desconoció aquello que le estaba prohibido y, por ese solo hecho, desde la perspectiva electoral, perdió la posibilidad de representar a los ciudadanos en los cargos para los cuales está prevista la respectiva inhabilidad.

Por lo expuesto, la sentencia apelada será revocada en su integridad, advirtiéndose a los sujetos procesales que contra la misma no procede recurso alguno.

III. LA DECISION

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 30 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Chocó que negó las pretensiones de la demanda y en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD** del Acuerdo No. 016 de diciembre 20 de 2011, proferido por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se declaró la elección de LUIS GILBERTO MURILLO URRUTIA como Gobernador del Chocó para el periodo 2012-2015.

SEGUNDO: por lo anterior, **LEVANTAR** la medida de suspensión provisional del acto anulado.

TERCERO. COMUNICAR esta providencia al Presidente de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Consejo Nacional Electoral para lo de su competencia.

CUARTO: RECONOCER personería al señor Augusto Trejos Jaramillo en calidad de apoderado de Andrea Carolina Durán Movilla, parte demandante en el proceso.

QUINTO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

SEXTO: DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ B.

ALBERTO YEPES BARREIRO