



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA
Magistrado Ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 50001-23-33-000-2022-00027-02
Demandante: AURA LUZ VARGAS GUÍO
Demandado: JHON JAIRO ESCOBAR ESCOBAR – CONTRALOR DE GUAINÍA (2022 – 2025)
Temas: Fallo. Inhabilidad por condena penal. Artículo 122 de la Constitución Política. Sujeto activo. Factores temporal y objetivo.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra el fallo de 30 de junio de 2022 expedido por el Tribunal Administrativo del Meta, que declaró la nulidad de la elección del señor Jhon Jairo Escobar Escobar, en calidad de contralor del departamento de Guainía (2022-2025).

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora Aura Luz Vargas Guío presentó demanda el 1° de febrero de 2022, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, contemplado en el artículo 139 del CPACA contra el Acta 002 de 13 de enero de 2022, por medio de la cual, la Asamblea Departamental de Guainía designó al señor Jhon Jairo Escobar Escobar, como contralor de ese ente territorial.

En el correspondiente libelo inicial, la demandante incoó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Nulidad electoral del Acta 002 de elección como Contralor Departamental al señor: JHON JAIRO ESCOBAR ESCOBAR, elegido por la Asamblea Departamental del Guainía el pasado trece (13) de enero de 2022.

SEGUNDA. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad electoral, se declare la nulidad electoral (sic) acto administrativo en el que se posesiona el señor JHON JAIRO ESCOBAR ESCOBAR, identificado con cédula de ciudadanía N° 17.321.292, para el período 2022 – 2025, como contralor Departamental de Guainía.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

TERCERA. Se ordene a la Asamblea del Departamento de Guainía, que proceda a designar un nuevo Contralor Departamental, de conformidad con lo señalado en la Ley 330 de 1996 y demás disposiciones del ordenamiento jurídico.

CUARTA. Disponer que la sentencia que se profiera en este asunto, se cumpla en los términos que para tal efecto estableció el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTA. Que se condenen al demandado al pago de costas y agencias en derecho que se causen en el presente medio de control.”.

1.2. Hechos

La demanda expuso los siguientes fundamentos fácticos:

1.2.1. El señor Jhon Jairo Escobar Escobar, en su calidad de representante legal de la empresa Administración Cooperativa de Proyectos Técnicos Gerenciales Proteger AC, incumplió la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto de retención en la fuente.

1.2.2. Como consecuencia de lo anterior, mediante fallo del 16 de agosto de 2012, proferido por el Juzgado 16 Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de Bogotá, el accionado fue condenado a treinta y seis meses de prisión, por el delito contra la administración pública de omisión del agente retenedor o recaudador, previsto en el artículo 402 del Código Penal.

1.2.3. Esta decisión fue confirmada por en sentencia de 29 de enero de 2013 (radicado 11001-31-040-53-2010-00177-01) expedida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

1.2.4. El condenado presentó recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia, el cual fue inadmitido mediante providencia de 30 de julio de 2014, en razón a que no desarrolló la censura de violación ni acreditó que el Tribunal hubiera incurrido en error jurídico al hacer confirmado la decisión.

1.2.5. La condena privativa de la libertad quedó en firme y a la fecha de presentación de esta demanda electoral, se encuentra en el juzgado de ejecución de penas.

1.2.6. A juicio de la parte actora, el señor Escobar Escobar se encuentra incurso en la causal de inhabilidad que se aplica a quien ha sido condenado penalmente a la pena privativa de la libertad, prevista en el artículo 122 de la Constitución Política y el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

1.2.7. No obstante lo anterior y, a sabiendas del impedimento que sobre él recaía, se inscribió a la convocatoria para proveer el cargo de contralor departamental de Guainía.

1.2.8. Surtidas todas las etapas de selección objetiva, desde el acto de convocatoria de 8 de octubre de 2021 (Resolución 057 de 2021) hasta el de citación a elección de 12 de enero de 2022 (Resolución 004 de 2022) y, previa conformación de la terna respectiva (mediante Resolución 066 de 22 de noviembre 2021), en sesión extraordinaria de 13 de enero de 2022, resultó elegido contralor departamental el señor Jhon Jairo Escobar Escobar, con 6 votos a favor, del total de 11 asambleístas.

1.2.9. El accionado se posesionó el 14 de enero de 2022.

1.3. Las normas violadas y el concepto de la violación

La parte actora invocó los artículos 122 y 272 de la Constitución Política de Colombia; 6 de la Ley 330 de 1996; 137, 139, 151, 162, 164 de la Ley 136 de 1994, y 275 numeral 5 de la Ley 1437 de 2011.

Fundamentó la transgresión en que el señor Jhon Jairo Escobar Escobar, se encuentra inmerso en una causal de inhabilidad prevista en el artículo 122 Superior por haber sido condenado penalmente a pena privativa de la libertad, lo cual impedía que pudiera ser elegido contralor departamental de Guainía.

Precisó que, por regla general, la persona que haya sido condenada, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrá ser elegida, ni designada como servidor público ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con entidades del Estado. Lo anterior se consagra como una inhabilidad permanente para los servidores que deban responder por dichos hechos punibles, conforme al mandato constitucional previsto y el artículo 6 de la Ley 330 de 1996.

Además, la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de la gestión pública, en lo referente a las medidas administrativas para la lucha contra este flagelo, específicamente en el artículo 1º, aludió a la inhabilidad para contratar con quienes incurran en dichas conductas, dejando de manera clara que están imposibilitados al efecto quienes hayan sido declarados responsables por la comisión de delitos contra la administración pública.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Así las cosas, no es concebible que una persona que se encuentra inhabilitado, por condena en la comisión de delitos contra la Administración Pública, pretenda actuar en representación de la contraloría departamental de Guainía, ejerciendo todas las funciones que le corresponden, entre ellas adelantar temas de gran relevancia como son las contractuales.

1.4. Trámite

1.4.1. La demanda fue admitida por el Tribunal por auto de 8 de febrero de 2022 y en la misma fecha se corrió el traslado de la suspensión provisional.

Mediante providencia de 10 de marzo de 2022, la sala oral cuatro del Tribunal Administrativo del Meta decretó la suspensión provisional de los efectos del Acta 002 del 13 de enero de 2022, por medio de la cual se declaró la elección. Esta decisión se fundamentó en que encontró acreditado que el accionado incurrió en la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Constitución Política y el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996, al haber sido condenado a pena privativa de la libertad por 36 meses, por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402 Código Penal). Esto, en razón a que en calidad de representante legal de la empresa Proteger AC incumplió la obligación de consignar a la DIAN los impuestos recaudados por concepto de retención en la fuente durante los períodos 10, 11 y 12 de 2004.

Así las cosas, encontró demostrados los dos supuestos constitutivos de la inhabilidad: (i) haber sido condenado a pena privativa de la libertad (ii) por un delito contra la administración pública.

La decisión fue confirmada por auto de la Sección Quinta de 19 de mayo de 2022.

1.4.2. La contestación de la demanda

El accionado, a través de apoderado judicial, planteó como punto nodal de su contestación que cuando se reseñó en la norma constitucional que la inhabilidad se afincaba en los delitos contra el patrimonio público, ello no implicaba que se tratara de los hechos punibles contra la administración pública.

Consideró que no se analizó la constitucionalidad de la intemporalidad de la inhabilidad, porque la discusión descendió exactamente al artículo 402 del Código Penal, en cuanto a la omisión del agente retenedor o recaudador, pero ha de tenerse en cuenta que el legislador no estableció ningún tipo de inhabilidad para este tipo penal.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Recordó que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-652¹ del 5 de agosto de 2003, declaró la exequibilidad condicionada, de la norma penal citada, bajo el entendido que, si la conducta descrita es cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones, el Juez penal deberá imponer la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-009² del 23 de enero de 2003, declaró exequibles los incisos 1°, 2° y 3° de dicho artículo 402 del C.P. y dejó de manera clara que debía tratarse de un servidor público.

En ese orden de ideas, queda claro que cuando el autor del ilícito denominado omisión del agente retenedor o recaudador, sea un particular, la inhabilidad intemporal, no opera como claramente lo dejó establecido la Corte en las sentencias citadas.

El demandado fue condenado a 36 meses de pena privativa de la libertad en primera y en segunda instancia por el delito mencionado. Esa decisión data de 2012, fue recurrida y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y efectivamente la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, el 30 de julio de 2014 rechazó el recurso extraordinario de casación. A partir de la cronología, al momento de presentar la demanda en el año 2022, se evidencia que han transcurrido ocho (8) años desde que la decisión quedó en firme y como solo fue condenado a pena de prisión temporal por 3 años y se le concedió la libertad condicional, el condenado observó a cabalidad las exigencias impuestas por el juez de garantías que vigiló el cumplimiento de la pena.

Hoy, el accionado es un ciudadano resocializado, en pleno ejercicio de sus funciones y sin ninguna inhabilidad, tal y como lo demuestra el certificado especial de la Procuraduría General de la Nación, en el que no se registran antecedentes.

1.4.3. Audiencia inicial

El 1° de abril de 2022, se llevó a cabo la referida audiencia, luego de surtir la etapa de saneamiento e indicar que no había excepciones previas ni mixtas para decidir, se fijó el litigio en los siguientes términos:

¹ Expediente D-4330. Demanda de constitucionalidad contra los artículos 397 a 400, 402, 403, 408 a 410 (parciales) de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y el artículo 38 parágrafo 2 (parcial) de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario). Actores: Augusto Castañeda Díaz y Carolina Rodríguez Gutiérrez. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

² Expediente D-4093. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 y contra el artículo 42 de la Ley 633 de 2000. Actor: Henry Alfonso Fernández Nieto. M.P. Jaime Araújo Rentería.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

“La Sala decidirá si hay lugar o no a declarar la nulidad del acto de elección contenido en el acta de sesión extraordinaria 002 del 13 de enero de 2022, por medio de la cual, entre otras, se eligió como contralor del departamento de Guainía a Jhon Jairo Escobar Escobar, al considerar que la persona elegida en dicho cargo se encontraba inmersa en la causal de inhabilidad señalada en el artículo 122 de la Constitución Política y el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996.

...el apoderado de Jhon Escobar, aclaró que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal condenó a su cliente no solo a pena de prisión sino que lo inhabilitó para ejercer cargos públicos por 36 meses, documento que ocultó la parte demandante y que goza de presunción de legalidad.

El despacho acepta la aclaración en cuanto a tener en cuenta el proceso penal hasta la etapa de casación; las demás afirmaciones que hace se reflejarán en la sentencia.”.

1.5. La sentencia apelada

El 30 de junio de 2022, el Tribunal Administrativo del Meta declaró la nulidad de la elección de Jhon Jairo Escobar Escobar como contralor del departamento de Guainía (2022-2025), contenida en el Acta de sesión extraordinaria 002 de 13 de enero de 2022.

El fundamento de la decisión estuvo dado porque el *a quo* encontró probado que el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, en sentencia del 16 de agosto de 2012, condenó a Jhon Jairo Escobar Escobar a pena privativa de la libertad e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 36 meses, al encontrarlo responsable de la conducta prevista en el artículo 402 del Código Penal, por no cumplir, en su calidad de representante legal de la empresa Administración Cooperativa de Proyectos Técnicos Gerenciales PROTEGER AC, con la obligación de consignar los impuestos recaudados a título de retención en la fuente.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 29 de enero de 2013, confirmó el fallo condenatorio. Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de providencia del 30 de julio de 2014, inadmitió³ la demanda de casación presentada por Jhon Jairo Escobar Escobar.

En el acta 002 del 13 de enero de 2022, correspondiente a la sesión extraordinaria de la Asamblea Departamental de Guainía, quedó constancia de

³ Conforme lo indicó en la parte resolutive de la providencia citada.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

la elección del señor Jhon Jairo Escobar Escobar como contralor del departamento de Guainía, para el período 2022-2025.

La simple lectura de la inhabilidad de origen constitucional y legal, objeto de estudio, muestra que se configura siempre que se logre demostrar dos supuestos, a saber: i) que la persona, independientemente de que sea o no servidor público, hubiera sido condenado a pena privativa de la libertad y, ii) que la condena se produzca por un delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado.

De tal suerte, que al encontrarse demostrados los dos supuestos concurrentes de la causal de inhabilidad alegada por la demandante se configuró en el caso, sin importar si la pena le fue impuesta como particular y no como servidor público o si se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, comoquiera que la situación jurídica penal se consolidó bajo el imperio de la reforma introducida por el Acto Legislativo 01 de 2009, que no cualifica el sujeto sobre quien recae la inhabilidad.

Así mismo, destacó que independientemente de que al día de hoy hubieran transcurrido ocho años, lo cierto es que desde el momento en que al accionado le fue impuesta la condena penal, emerge la inhabilidad desarrollada en el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución y en el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996, la cual no está sujeta a prescripción, como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-373 de 2002⁴.

Por lo tanto, es la misma Constitución la que establece la naturaleza intemporal y permanente de las inhabilidades consagradas en las normas citadas. De tal manera que las personas en quienes se concurran los supuestos normativos y fácticos que allí se describen, sobrellevarán la inhabilidad vitalicia para ser elegidos servidores públicos, como es el caso del señor Jhon Jairo Escobar Escobar.

Ahora, en relación con la información que suministró el certificado de carencia de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación, se decantó por seguir la tesis del Consejo de Estado⁵, en cuanto no resulta un documento constitutivo de la inhabilidad ni de la cesación o levantamiento de la misma.

⁴ Sentencia de 15 de mayo de 2002. Expediente D-3778. Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2° del artículo 4° de la Ley 588 de 2000 “Por medio de la cual se reglamenta la actividad notarial”. Actor: Néstor Iván Osuna. M.P. Jaime Córdoba Triviño. La norma demandada en su literalidad consagra “Quien haya sido condenado penal, disciplinaria o administrativamente por conductas lesivas del patrimonio del Estado o por faltas como Notario consagradas en el artículo 198 del Decreto-ley 960 de 1970 no podrán concursar para el cargo de notario”.

⁵ Auto del 19 de mayo de 2022, expediente 50001-23-33-000-2022-00027-01, M. P. Luis Alberto Álvarez Parra.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

El *a quo* concluyó que está probado que el accionado, quien salió elegido contralor del departamento del Guainía, se hallaba inhabilitado por estar incurso en las causales de inhabilitación señaladas en el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política y en el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996.

Evidenció que se reunían las condiciones necesarias para declarar la nulidad del acto de elección demandado y aclaró que se abstenía de pronunciarse sobre la nulidad del acta de posesión, toda vez que dicho acto no es una decisión definitiva, comoquiera que emerge como un hecho de ocurrencia posterior a la elección de Jhon Jairo Escobar Escobar.

1.6. El recurso

Mediante memorial presentado oportunamente, el accionado solicitó que se revoque la sentencia anulatoria junto con la suspensión provisional decretada, para que en su lugar, se declare que el demandado no estaba inhabilitado para ejercer el cargo de contralor departamental.

Criticó el fallo por no especificar si la conducta inhabilitante afectó o no el patrimonio del Estado, como lo impone el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 –vigente para la época- y que a su juicio hace parte integral del contenido del artículo 122 de la Constitución Política.

Explicó que mientras el delito de omisión de agente retenedor se encuentra tipificado en el Código Penal Colombiano en el Título XV – Delitos contra la Administración Pública-, para la inhabilitación intemporal el artículo 122 de la CP., exige que la condena sea por delitos que afecten el patrimonio del Estado y, que lo afecten de manera directa.

Con ello, a su juicio, se descarta de plano las incidencias indirectas; aunado a que debe especificarse en el fallo que la conducta objeto de esta, constituye un delito que afecta el patrimonio del Estado, de conformidad con el aparte final del parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario), vigente hasta el 29 de marzo del presente año.

La sentencia condenatoria no especificaba que la conducta objeto de aquella constituía un delito que afectara de manera directa el patrimonio del Estado, ni tampoco que la actividad que dio lugar a la infracción penal fuera a título de dolo, pues solo aparece en el fallo como una afirmación sin análisis o sustento ni desarrollo argumentativo alguno.

Indicó que la omisión del fallo fue la inobservancia del artículo 38, parágrafo 2° de la Ley 734 de 2002, que modificó la legislación anterior y desarrolló e



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

interpretó, con autoridad, el artículo 122 de la Constitución Política y por ello, se integró normativamente a él.

Además, planteó como fundamentos de la impugnación varios ejes temáticos, a saber: (i) cosa juzgada de la sentencia penal condenatoria; (ii) inaplicación por excepción de inconstitucionalidad del fallo penal y de la norma legal penal del artículo 52, inciso 3 del Código Penal por parte del juez punitivo; (iii) el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia penal; (iv) el patrimonio del Estado como bien jurídico tutelado que no es igual al delito contra la administración pública; (v) mención a las censuras de la parte actora

1. La cosa juzgada hace inmutable la sentencia condenatoria.

La sentencia condenatoria contra el accionado de 16 de agosto de 2012 fue proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito Adjunto de Descongestión Judicial de Bogotá y, luego fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, se halla en firme y se torna de obligatorio cumplimiento para la comunidad y para todos los operadores jurídicos en virtud del fenómeno de la cosa juzgada que la cobija.

La institución jurídica procesal citada busca otorgar a las sentencias un carácter definitivo, inmutable y vinculante, lo que impide a los jueces decidir sobre una discusión que ya ha sido resuelta en sede judicial.

Con lo anterior, se pretende dotar de seguridad jurídica al ordenamiento, así como a los sujetos procesales (sentencias *inter partes*) o a la comunidad en general (fallos *erga omnes*)⁶.

Así las cosas, el fallo condenatorio proferido en contra del accionado ostenta “*el carácter de inmutable, vinculante y definitivo*” en todas sus partes, tanto en cuanto a la condena a 36 meses de prisión, como a la “*pena accesoria de inhabilitación en ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión*”. Es decir, que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas era por un lapso preciso y determinado y no de carácter intemporal, como lo pretenden la demanda y la sentencia apelada.

De tal manera, para la fecha de la elección que se dio el 13 de enero de 2022, ya se había cumplido la pena ordenada en el respectivo fallo y, además, se encontraba vigente el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), que interpretó y desarrolló, por una parte, el artículo 122 de la Constitución Política, en cuanto determinó cuáles deben

⁶ Sobre el punto véase sentencia de la Corte Constitucional C-100-2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

entenderse por delitos que afectan el patrimonio del Estado y, por otra, precisó que la sentencia condenatoria debe especificar si la conducta objeto de sanción constituye un delito que afecte el patrimonio de Estado, cuestión que no se especificó en la decisión proferida por el juez penal.

2. La excepción de inconstitucionalidad

El recurrente aseveró que dentro del proceso penal, que impuso la inhabilitación temporal por 36 meses al accionado, el juez de la causa punitiva debió haber inaplicado por excepción de inconstitucionalidad el artículo 52, inciso 3° del Código Penal, por ser violatorio del artículo 122 de la Constitución Política. Igual obligación le competía a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá antes de confirmar la sentencia condenatoria.

Pero que como ello no ocurrió, entonces dicha decisión y la pena accesoria inhabilitante de derechos y funciones quedaron en firme e hicieron tránsito a cosa juzgada, en un propósito de hacer ver que la condena y la sanción sí tuvieron limitante en el tiempo por orden del juez natural de la causa penal.

Indicó que, en efecto, el fundamento de la llamada excepción de inconstitucionalidad, se encuentra en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual "*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*". Y se le califica como filtro de constitucionalidad concreto porque carece de la nota de generalidad que es propia del control en abstracto, puesto que la definición acerca de si existe o no incompatibilidad entre la norma inferior y las constitucionales debe producirse en el caso específico, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla, por tanto, en este caso de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso.

En el supuesto de un palmario enfrentamiento entre la norma y la Constitución, la obligación del funcionario o autoridad, incluido el juez penal, es de no darle aplicación a aquella.

De suerte que, no habiéndose dispuesto la inaplicación del artículo 52 del Código Penal, en virtud del cual se decretó la inhabilitación de derechos y funciones públicas del doctor Jhon Jairo Escobar Escobar, dentro del respectivo proceso penal que dio lugar a la sentencia condenatoria en su contra, quedó en firme e hizo tránsito a cosa juzgada el fallo así proferido; es decir, se convirtió en definitivo, inmutable y vinculante para todos.

3. El recurso extraordinario de Revisión



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Otra vía jurídica adecuada para modificar los efectos de inmutabilidad de una sentencia es mediante el ejercicio del recurso extraordinario de revisión por las precisas causales de procedencia contenidas en el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal. Este es el único mecanismo que procede contra los fallos ejecutoriados que han hecho tránsito a cosa juzgada, con el fin de quebrar su característica de firmeza y afectar su obligatoriedad *erga omnes*.

En el caso concreto, tampoco se impugnó mediante el recurso extraordinario de revisión la decisión condenatoria, última vía existente para atacar la inmutabilidad de una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada.

Afirmó que por ello es que no le es dable a ningún operador judicial, por alta que sea su jerarquía, ignorar los efectos de cosa juzgada de la sentencia condenatoria, para tratar de invalidarla, menguar o disminuir sus efectos. En consecuencia, la obligación es acatar con respeto la sentencia en todas sus partes.

4. El bien jurídico tutelado: el patrimonio del Estado.

La Constitución Política protege el patrimonio de Estado y previó en su artículo 122 una inhabilidad para quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que lo afecten.

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 734 de 2002- Código Disciplinario Único-, mediante el cual el legislador desarrolló, aclaró e interpretó la norma constitucional citada, prescribió lo siguiente:

“Parágrafo 2°. “Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado **aquellos que produzcan de manera directa lesión al patrimonio público**, representado en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recurso públicos, **producida por una conducta dolosa**, cometida por un servidor público. (Esta cualificación de servidor público fue derogada por los Actos Legislativos 1 de 2004 y 1 de 2009).

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye delito que afecte el patrimonio público”. (Destacados del recurrente).

Esta norma tiene un doble carácter, por una parte, de ser interpretativa y, a su vez, desarrollo del artículo 122 de la Constitución Política a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional; por lo mismo, constituye una regla



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

jurídica que se incorpora a la norma Superior. Esto, por cuanto de conformidad con los artículos 14 del Código Civil y 58 del Código de Régimen Político y Municipal, las leyes interpretativas expedidas por el Congreso de la República, se integran en una unidad normativa, con la ley interpretada, a partir de la vigencia de la primera, dejando claro que no afectarán en manera alguna los efectos de los fallos ejecutoriados en el tiempo intermedio; lo cual significa que sí pueden aplicarse a las decisiones expedidas después de su vigencia e integración.

Indicó que para desentrañar la naturaleza y alcance del mandato Superior 122, basta observar lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C- 076 de 2007, mediante la cual declaró exequible el párrafo citado. En este fallo se consideró que no fueron determinados los elementos para hacer efectiva la protección del patrimonio del Estado ni el grado de culpabilidad del sujeto activo ni la clase de afectación a dicho patrimonio que genera la referida inhabilidad.

La propia Constitución no determina cuáles son los delitos contra el patrimonio del Estado. Tampoco define si el servidor público debe ser condenado por un delito contra el patrimonio del Estado, con ocasión del ejercicio de sus funciones o que tenga relación o causa en esas funciones públicas. Mucho menos precisa en qué lugar debe estar el patrimonio; si en un ente público o en uno privado o si haciendo parte del patrimonio de otro ente, por ejemplo, como aporte minoritario a una sociedad o empresa mixta, etc.

En esa línea, aseveró que el Código Penal no contiene un título de “delitos contra el patrimonio del Estado” y no se pueden identificar con los tipos penales contra la Administración Pública, ya que algunos de los últimos no atentan contra el patrimonio del Estado; por ejemplo, el delito de perturbación de actos oficiales previstos en el artículo 430 del Código Penal. En cambio, existen otros que pueden atacar contra el patrimonio, pero están por fuera del título de los delitos contra la Administración Pública.

Tampoco se puede identificar o diferenciar si la norma se refiere a quienes atentan directamente contra el patrimonio del Estado o indirectamente o lo hacen con conocimiento y voluntad o culposamente, pues no hay duda que siendo ambas conductas reprochables, debe ser objeto de mayor reproche la dolosa que la culposa.

Por tanto, es necesario especificar los delitos que generan la inhabilidad aludida, pues no es lo mismo atacar contra los recursos ecológicos, -que también integran el patrimonio del Estado-, que apropiarse de los recursos del tesoro público, o sustraer bienes de propiedad de las entidades públicas.



Así las cosas, estimó que la caracterización de esos elementos corresponde al Legislador teniendo en cuenta la cláusula general de competencia para desarrollar la Constitución, puesto que el Constituyente no los determinó, lo cual exige de manera legítima la intervención del Legislador.

4. Sobre las censuras de la demanda

4.1. La norma acusada no quebranta el principio de unidad de materia

Tanto el artículo 38 de la Ley 734 de 2022 como el 122 Superior, cumplen con el principio de unidad de materia, toda vez que existe de manera evidente una relación teleológica y sistemática en sus ejes temáticos.

Frente al caso concreto, indicó que el precepto acusado en nada contraviene el principio de unidad de materia, toda vez que existe de manera evidente una relación teleológica y sistemática entre el eje temático de la Ley 734 de 2002 “*por la cual se expide el Código Disciplinario Único*” y el objeto de la norma acusada, a saber, la definición de lo que se entiende por delitos contra el patrimonio del Estado, para efectos de la responsabilidad disciplinaria y como presupuesto para la aplicación de la inhabilidad prevista en el inciso final del artículo 122 Superior.

Así las cosas, resulta claro que en el presente caso no se desconoce el principio de unidad de materia (art. 158 C.P.), pues lo que se regula en el párrafo demandado, porque no se pretende reformar las normas penales. En efecto, guarda relación con la materia dominante regulada en la ley.

4.2. El legislador no vulneró la libertad de configuración

El recurrente indicó que si bien este argumento no fue planteado por la parte actora en su demanda, es necesario resolver si el legislador tiene competencia para desarrollar el texto del inciso final del artículo 122 constitucional.

A juicio del apelante, el inciso final del mandato superior citado guardó silencio sobre aspectos relevantes para la efectividad de las inhabilidades como para la protección de los derechos de las personas. Advirtió entonces que el Constituyente dejó un espacio amplio abierto a diferentes regulaciones y opciones de parte del legislador, para desarrollar todos aquellos elementos necesarios para lograr el fin perseguido por la Constitución Política.

4.3. El legislador con la Ley 734 de 2002 desarrolló en forma legítima el inciso final del artículo 122 constitucional

En este aparte del recurso, se lee:



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

“De acuerdo con el párrafo acusado, para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política:

‘(...) se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de **manera directa** lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado’ (subrayas fuera de texto)’.

La Corte (sic) estima pertinente analizar por separado los desarrollos introducidos por el Legislador a la figura de las inhabilidades de los servidores públicos que sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, que se concretan en que i) los delitos deben atentar de manera directa contra el aludido patrimonio, ii) se requiere de la lesión del patrimonio estatal y iii) que el servidor público haya sido condenado por estos delitos a título de dolo.

Se considera por la demandante, para alegar la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada, que el Constituyente no distinguió los tipos de delitos en relación con el bien jurídico, ni el grado de culpabilidad del sujeto activo del delito y que además el patrimonio del Estado puede sufrir un ‘perjuicio indirecto previsible’, por lo que dichas distinciones no son razonables”.

4.3.1. Los delitos deben atentar contra el patrimonio del Estado

Arguyó que no hay definición constitucional de patrimonio del Estado, lo que obliga a acudir a los criterios generales señalados en la Carta. Aunado a que a juicio del apelante, la Corte Constitucional considera que no es posible asimilar o confundir el concepto de patrimonio privado con el de patrimonio del Estado, puesto que este involucra formas de propiedad como los bienes de uso público (art. 63 C.P.), el patrimonio ecológico, genético, arqueológico (arts. 8, 79 y 80 63 y 72 *ib*) que no se asemejan a las formas de propiedad privada, precisamente porque tienen características diversas y persiguen fines distintos y se encuentran bajo la especial protección del Estado.

Expuso que el concepto de patrimonio del Estado es propio del derecho público, para traer la siguiente conclusión:

“A juicio de esta Corporación la distinción introducida por el Legislador, con base en el margen de configuración normativa que le otorga la Constitución con el objeto de no abarcar con la mencionada inhabilidad los delitos que de manera indirecta afectan el patrimonio estatal, es legítima y no desborda ninguna disposición constitucional, en la medida en que busca proteger dicho patrimonio de modo principal y no como efecto secundario a la violación de otros bienes jurídicos. Por tal motivo, es justificado no dar un tratamiento similar a quienes se



encuentran en supuestos diversos, dado que se quebrantaría los principios de justicia e igualdad”.

4.3.2. Se requiere lesión del patrimonio estatal

El aparte de la disposición constitucional en cita, exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilidad que consagra, sin que ello mengüe el mandato de protección del patrimonio público como tampoco el artículo 122 Superior.

Aunado a que la sentencia condenatoria debe especificar que la conducta sancionada constituye un delito que afecta al patrimonio público y a partir de una conducta dolosa. Así las cosas, ante la falta de algunos de estos elementos la inhabilidad no se configura.

Para el caso concreto expuso que en la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá contra el accionado no especificó que la conducta sancionada constituyera delito contra el patrimonio del Estado. Aclaró que la omisión de agente retenedor que es un hecho punible contra la administración pública no protege al presupuesto público sino a otro bien jurídico como es a la administración pública de manera directa.

De tal suerte que puede o no proteger, de manera indirecta, al patrimonio del Estado, en cuyo caso debe ser descartada la inhabilidad declarada, por cuanto no cumple con el requisito de lesionar directamente a aquel, como lo exige el párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

1.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.7.1. Parte actora

Solicitó se confirme la sentencia de primera instancia por estar acorde con la situación fáctica y jurídica.

1.7.1.1. Incumplimiento de la obligación tributaria conforme al artículo 122 de la Constitución Política

Al respecto argumentó que está probado en el proceso y ratificado por el demandado en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, que el señor Jhon Jairo Escobar Escobar, en su calidad de representante legal de la empresa Administración Cooperativa de Proyectos Técnicos Generales Proteger A.C, incumplió con sus obligaciones tributarias, por lo que se llevó a cabo proceso penal por el tipo penal de omisión



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

del agente retenedor, el cual hace parte del título de los delitos contra la administración pública y, en el que fue condenado a 36 meses de pena privativa de la libertad. Esta decisión quedó en firme incluso en vía de casación.

Plateó que no puede ser de recibo el argumento de que no se especificó que la conducta constituye un delito contra el patrimonio del Estado, ya que la actividad punible de omisión de agente retenedor, en el código penal hace parte de los delitos contra la administración pública, y son susceptibles de sanción porque implican detrimento al patrimonio del Estado.

Trajo a colación la sentencia C-290 de 2019⁷ de la Corte Constitucional, en la que se hizo referencia al análisis del fin perseguido por la medida, en los siguientes términos:

“(…) ha existido una clara y reiterada voluntad del Legislador de sancionar penalmente el incumplimiento de los agentes retenedores y recaudadores de recursos tributarios. Lo anterior, por cuanto la tipificación de esta conducta:

En primer lugar, busca la protección de los recursos públicos que adquieren esa naturaleza por el sólo hecho de la retención. (…)

En segundo lugar, contribuye al adecuado funcionamiento del mecanismo de retención, el cual está previsto para dotar de eficiencia al sistema tributario y otorgarle liquidez al Estado para el cumplimiento de sus funciones.

En tercer lugar, responde a la naturaleza de los agentes retenedores o recaudadores, pues se trata de particulares que ejercen una función pública. Por lo tanto, se cualifican las exigencias de su actuación y, en consecuencia, se justifica el reproche penal.

En cuarto lugar, desincentiva la retención indebida de los recursos públicos recaudados a través del mecanismo de retención.

De manera que, la tipificación de la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador atiende a diversas finalidades relacionadas principalmente con la protección del patrimonio público y con la oportuna disposición del mismo por parte del Estado para el cumplimiento de sus funciones”.

1.7.1.2. La cosa juzgada alegada por el apelante

⁷ Sentencia de 26 de junio de 2019. Expediente D-12634. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 “Por medio de la cual se adopta una Reforma Tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”, que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000”. Actor: Carlos Andrés Lizcano Rodríguez. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Aseveró que no es de recibo este argumento de la apelación máxime cuando en el presente proceso no se están desvirtuando argumentos del delito de omisión de agente retenedor imputado al señor Jhon Jairo Escobar Escobar, por el hecho de ser condenado por la comisión de un delito contra la Administración Pública.

En el presente proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 1 de 2009, cuya literalidad se refiere a la inhabilidad para quien ha cometido delitos, tal como de manera taxativa lo consagra el mandato constitucional.

Por lo que no es concebible, cómo una persona que se encuentra inhabilitada, por condena en la comisión de delitos contra la Administración Pública, pretenda actuar en representación de la contraloría departamental de Guainía, sin haber manifestado su inhabilidad. Recordó que dentro de las funciones que le corresponden, entre ellas, está la de adelantar la vigilancia de la gestión sobre los bienes del Estado y para ello se requiere de la actividad de personas de absoluta confianza para la comunidad.

La inhabilidad como causal de nulidad electoral se entiende como aquel impedimento por el cual una persona determinada no puede acceder a un cargo público de elección popular o ser elegido por cuerpos electorales.

En el caso concreto, como quedó establecido con los elementos materiales probatorios, el accionado se encuentra inmerso en causal de inhabilidad por haber sido condenado penalmente a pena privativa de la libertad, por un delito contra la administración pública.

Para el evento de los contralores departamentales, respecto a las inhabilidades y en específico para el demandado es: haber sido condenado judicialmente, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos contra la administración pública (patrimonio del Estado) a pena privativa de la libertad.

La norma constitucional y el ordenamiento jurídico son muy claros en señalar quiénes no podrán ser elegidos y qué cargos no pueden desempeñar por el hecho de ser condenados. Por otra parte, no se previó un término o plazo, como erróneamente lo quiere hacer ver el demandado. Esta inhabilidad tal como se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico es intemporal, independiente del término de la condena que se imponga por la autoridad judicial competente.

1.7.1.3. En relación con la excepción de inconstitucionalidad y el recurso extraordinario de revisión



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Expuso que estos argumentos no son acordes con la presente demanda ni con la sentencia de primera instancia, porque controvierte las decisiones y recursos procedentes pero ante la jurisdicción penal, que no son de recibo en el proceso de nulidad electoral.

1.7.1.4. El bien jurídico tutelado: Patrimonio del Estado

Con respecto al artículo 122 de la Constitución y el artículo 38 de la Ley 734 de 2002 es importante referir que en el presente proceso no se debate una sanción disciplinaria, como lo pretende hacer ver equivocadamente el demandado. En efecto, el caso *sub júdice* gira en torno a una inhabilidad como causal de nulidad electoral, la cual se entiende como aquel impedimento por el cual una persona determinada no puede acceder a un cargo público de elección popular o ser elegido por cuerpos electorales, por ejemplo, el ser contralor departamental de Guainía (Ley 330 de 1996 “*por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones relativas a las contralorías Departamentales*”).

Para el caso en concreto, como queda debidamente establecido con los elementos materiales probatorios, el accionado se encuentra inmerso en causal de inhabilidad por haber sido condenado penalmente a pena privativa de la libertad, por un delito contra la administración pública lo cual impedía que pudiera ser elegido contralor del departamento de Guainía.

Concluyó que la inhabilidad de origen constitucional y legal que se debate en este proceso muestra que se configura si le logra demostrar tres supuestos:

- Que la persona que, independientemente sea o no servidor público.
- Hubiera sido condenado a pena privativa de la libertad.
- Que la conducta se produzca por un delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado.

Estos elementos se encuentran debidamente demostrados, por lo cual se impone la declaratoria de nulidad de la designación del demandado, por cuanto el señor Jhon Jairo Escobar Escobar se encuentra incurso en inhabilidad y no puede ejercer el cargo de contralor del departamento de Guainía.

1.7.2. Parte demandada

Solicitó en la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Al efecto, insistió en los argumentos de la contestación de la demanda.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Adicionó la aplicación del principio de favorabilidad en beneficio del accionado, por cuanto desde la perspectiva de la vigencia del artículo 122 de la Constitución Política, integrado normativamente con la regla contenida en el párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que lo desarrolla –tal como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-064 del 2003- es apenas lógico concluir entonces que las disposiciones contrarias y anteriores sobre la materia, quedaron derogadas, especialmente, el literal e) del artículo 6° de la Ley 330 de 1996 en que se fundamenta la sentencia de nulidad impugnada.

Pero si existiera duda sobre la vigencia en el tiempo del párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, o sobre la derogatoria del literal e) del artículo 6° de la Ley 330 de 1996, basta que el Estatuto Disciplinario haya tenido vigencia un solo día, a partir de su promulgación, para tener derecho constitucional fundamental a su invocación por la vía de la aplicación del principio mencionado, como lo establece el artículo 14 de aquel (ahora art. 265 de la Ley 1952 de 2019).

1.8. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público pidió confirmar la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes planteamientos:

1.8.1. Inhabilidad contenida en el inciso 5 del artículo 122 constitucional

De la lectura de la norma constitucional citada, se advierte la existencia de tres causales de inhabilidad, las cuales aplican en forma genérica para quienes aspiren a ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, elegidos, o designados como servidores públicos, o para celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, siendo estas:

- a. Haber sido condenados judicialmente, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos contra el patrimonio del Estado;
- b. Haber sido condenados judicialmente, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos relacionados con grupos armados ilegales, crímenes de lesa humanidad o narcotráfico; y,
- c. Haber dado lugar el servidor público, por conducta dolosa o gravemente culposa y en cualquier tiempo, a condena judicial de reparación patrimonial contra el Estado, salvo asunción patrimonial del daño.

La inhabilidad prevista en el artículo 122 constitucional, tiene un carácter intemporal al existir la expresión “*en cualquier tiempo*”, siendo esta -por su naturaleza superior y presupuesto sustancial- autónoma en su aplicación, no



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

estando supeditada ni computada a las penas principales o accesorias que se impongan con las sentencias condenatorias en el ámbito penal.

Finalmente, frente al elemento consecuencial, se advierte que el mismo aplica para la inscripción para ser candidatos a cargos de elección popular, para ser elegidos o designados como servidores públicos y para celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado.

1.8.2. El caso concreto

Conforme a los artículos 320 y 328 del CGP, la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los planteamientos propuestos en la apelación, siempre que hagan parte del concepto de violación o de la contestación, según sea el caso, y que hayan sido estudiados en la sentencia recurrida.

En esa línea recordó que el recurso de alzada se centró en cinco grandes motivos de inconformidad, a saber: (i) la intemporalidad de la causal establecida en el artículo 122 constitucional -primera reclamación-; (ii) los recursos (excepción de inconstitucionalidad y extraordinario de revisión) que debieron ser utilizados para modificar el periodo inhabilitante señalado en la sentencia condenatoria -segunda y tercera-; y, (iii) el bien jurídico tutelado por el que fue condenado el accionado es diferente al que protege la disposición superior inhabilitante –cuarto y quinto.

De entrada, se pone de presente que las reclamaciones presentadas sobre la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por parte del Juez 16 Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia condenatoria -causal segunda-, y del recurso extraordinario de revisión como medio para refutar el periodo inhabilitante establecido en dicha decisión -causal tercera- no fueron objeto de debate en el escenario primigenio del asunto que hoy nos ocupa, ni sometidos a contradicción, hecho por el cual su conocimiento y estudio escapa de análisis en esta etapa procesal.

Ahora bien, en lo que refiere a los motivos restantes de inconformidad del demandado –primero, cuarto y quinto- consideró que ya habían sido expuestos cuando el accionado interpuso recurso de apelación contra el auto en el que el *a quo* resolvió la solicitud de medida cautelar contra el acto de su elección, y ordenó suspenderlo.

Aunado a que la defensa del demandado no se ha encaminado a desvirtuar que fue condenado, pues él mismo lo reconoce en todas las intervenciones realizadas, a lo que se suma el fallo de primera instancia proferido por el



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Juzgado 16 Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de Bogotá, quien con sentencia de 16 de agosto de 2012, le condenó como autor del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, a la pena de 36 meses de prisión, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Decisión que fue confirmada mediante providencia del Tribunal Superior de Bogotá con fallo de 29 de enero de 2013, contra el que se interpuso recurso extraordinario de casación que fue inadmitido⁸ por la Corte Suprema de Justicia el 30 de julio de 2014. Estos documentos todos reposan en el acervo probatorio.

En suma, fue condenado a 36 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, frente a lo que se recuerda, el artículo 122 constitucional es tajante en señalar que “*Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley*” se prohíbe la elección como servidores públicos a quienes hayan sido condenados en cualquier tiempo.

Así, el hecho que en el fallo del Juzgado 16 Penal del Circuito se haya establecido un periodo inhabilitante, no quiere decir que la prohibición descrita en el inciso 5 del artículo 122 se limite a aquel, puesto que la misma, tiene rango superior, cobijando la elección del demandado como contralor departamental.

Ahora bien, de la lectura del inciso 5º del artículo 122 superior, se observa que no basta únicamente la existencia de sentencia condenatoria en cualquier tiempo, sino que adicionalmente se exige que sea “*por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado*”.

Sobre este punto cuestiona el demandado que, el delito que se cometió está bajo el título de aquellos que van contra la administración pública, por lo que el bien jurídico tutelado es justamente la “administración pública” y no el patrimonio del Estado.

Finalmente, en lo que respecta a la aplicación del contenido del párrafo 2º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, frente a la que reclama el apelante existe una interpretación y desarrollo del artículo 122 superior, que establece qué y cuáles delitos afectan el patrimonio del Estado, por lo que en la sentencia condenatoria se debía especificar si la misma constituye o no una violación que afectara el patrimonio del Estado. Estimó la Delegada que, dicha disposición normativa no es aplicable al caso concreto, ello por cuanto se trata de una regulación en materia disciplinaria aplicable a servidores públicos, en tanto que, la causal que inhabilitó al demandado, proviene de un fallo penal en que le sancionó como particular.

2. CONSIDERACIONES

⁸ Conforme lo dispuso la parte resolutive de la providencia respectiva.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

1. Competencia.

La Sala es competente para resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo de 30 de junio de 2022 expedido por el Tribunal Administrativo del Meta, por medio del cual declaró la nulidad del acto de elección del contralor del departamento de Guainía, conforme lo preceptuado en los artículos 152, numeral 7°, literal b)⁹ y 150¹⁰ del CPACA, en armonía con el artículo 13 del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019 – Reglamento del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico.

Conforme a los planteamientos del recurso de apelación presentado por el accionado, corresponde a la Sala determinar si se debe revocar, confirmar o modificar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Meta en la sentencia de 30 de junio de 2022, que anuló la elección del señor Jhon Jairo Escobar Escobar como contralor departamental de Guainía.

Así mismo, se debe tener en cuenta el marco trazado por la fijación del litigio por parte del tribunal *a quo* y en el que se indicó:

“[Se] decidirá si hay lugar o no a declarar la nulidad del acto de elección contenido en el acta de sesión extraordinaria 002 del 13 de enero de 2022, por medio de la cual, entre otras, se eligió como contralor del departamento de Guainía a Jhon Jairo Escobar Escobar, al considerar que la persona elegida en dicho cargo se encontraba inmersa en la causal de inhabilidad señalada en el artículo 122 de la Constitución Política y el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996.

...el apoderado de Jhon Escobar, aclaró que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal condenó a su cliente no solo a pena de prisión sino que lo inhabilitó para ejercer cargos públicos por 36 meses,

⁹ “**Artículo 152.** <Mod. art. 28 Ley 2080 de 2021. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

7. De los siguientes asuntos relativos a la nulidad electoral:

(...)

b) De la nulidad de la elección de contralores departamentales y la de los personeros y contralores distritales y municipales de municipios con setenta mil (70.000) habitantes o más, o de aquellos que sean capital de departamento;

(...)

El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE.”.

¹⁰ “**Artículo 150.** El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación...”.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

documento que ocultó la parte demandante y que goza de presunción de legalidad.

El despacho acepta la aclaración en cuanto a tener en cuenta el proceso penal hasta la etapa de casación; las demás afirmaciones que hace se reflejarán en la sentencia.”.

A fin de dilucidar el asunto judicializado, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos: i) cargos de la alzada que no son del resorte del juez de la nulidad electoral; ii) la causal de inhabilidad del artículo 122 de la Constitución Política; iii) la vigencia del artículo 6 de la Ley 330 de 1996 y iv) censuras de la apelación en el caso concreto.

3. Cargos de la alzada que no son del resorte del juez de la nulidad electoral de segunda instancia

Conforme a los planteamientos del recurso de apelación, la Sala encuentra que el accionado, por vía de la alzada trae varias censuras de las cuales se advierte que además que no hizo mención ni las expuso a lo largo de la instancia, pudiendo hacerlo comoquiera que no resultan argumentos novedosos sobrevinientes y se cimientan en supuestos yerros en los que incurrieron las autoridades judiciales penales.

En este primer grupo, se hace expresa referencia a las censuras tituladas (i) excepción de inconstitucionalidad y (ii) recurso extraordinario de revisión contra la decisión penal por las causales 192 del Código de Procedimiento Penal. Con la primera incluso se esboza que se debió inaplicar el fallo penal de la primera instancia y el artículo 52, inciso 3° del Código Penal, por ser violatorios del artículo 122 de la Constitución Política.

Ambos contraargumentos planteados por vía de apelación, resultan ajenos al juez de la nulidad electoral, no solo porque conforme a la manera como fueron planteados por el apelante escapan de la materia que ínsitamente corresponde a todo el contenido de la nulidad electoral y a la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sino porque, como el mismo accionado lo reconoce, resultan planteamientos que debieron ventilarse ante los jueces de la causa penal, que conforme a las pruebas que reposan en este vocativo, ya se encuentran en firme de tiempo atrás, al haber finalizado el trámite con la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de inadmitir el recurso de casación. Sin pasar por alto que resulta totalmente improcedente solicitar la inaplicación de una sentencia por vía de excepción de inconstitucionalidad, en tanto esta figura se reserva para la contradicción entre la Constitución Política y un acto con fuerza material de ley y norma, cualidades aquellas estas que no se reputan de un fallo penal.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Con todo, frente al artículo 52, inciso 3° del Código Penal, cuyo texto hace referencia a las penas accesorias y que en el aparte que se cita –en subrayas-consagra:

“Artículo 52. Las penas accesorias. Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena.

En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59¹¹.

En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2¹² del artículo 51”.

Lo cierto es que la Sala encuentra que la Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre su exequibilidad en sentencias C-329 de 29 de abril de 2003 y C-393 de 22 de mayo de 2002.

Huelga precisar, sin ningún interés por asumir un aspecto que como se indicó es propio de la autoridad penal, cuya decisión ya se encuentra en firme, que

¹¹ **“Artículo 59. Motivación del proceso de individualización de la pena.** Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”.

¹² **“Artículo 51. Duración de las penas privativas de otros derechos.** La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52.

Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política. [“<Inciso 5 art. 122. Modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. 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.]

-La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio de seis (6) meses a veinte (20) años.

- La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría de seis (6) meses a quince (15) años.

- La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas de seis (6) meses a diez (10) años.

- La privación del derecho a la tenencia y porte de arma de uno (1) a quince (15) años.

- La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares de seis (6) meses a cinco (5) años.

<Inciso adicionado por el artículo 25 de la Ley 1257 de 2008. La prohibición de acercarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más.”.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

hay que recordar dos aspectos: el primero, que la figura de la excepción de inconstitucionalidad queda subsumida en la decisión sobre la constitucionalidad de la norma cuando es la Corte Constitucional quien así lo ha considerado, en su papel de máxima autoridad guardiana de la integridad de la Carta. El segundo, que el artículo de la ley penal en cita, precisamente en el inciso tercero se remite al inciso 2° del artículo 51 de ese mismo ordenamiento, el cual, acorde con la transcripción realizada en precedencia, también reenvía al cumplimiento del inciso 5° del artículo 122 constitucional en relación con la duración de otras penas como la interdicción de derechos y funciones públicas, lo cual evidencia precisamente su respeto a la Carta. Esto, a fin de oponerse al argumento de inconstitucionalidad que planteó el apelante.

Existe otro grupo de censuras, en las que la Sala tampoco encuentra que se haya efectuado exposición alguna a lo largo de la instancia como punto de discusión. La Sección Quinta hace referencia a los títulos de la apelación de: (i) la norma acusada no quebranta el principio de unidad de materia, para referirse al artículo 38 de la Ley 734 de 2022; (ii) el legislador no vulneró la libertad de configuración y (iii) este desarrolló, en forma legítima, el inciso final del artículo 122 constitucional. Estos argumentos los trae el recurrente parafraseando lo indicado por la Corte Constitucional cuando conoció de las demandas contra el artículo 38 del CDU.

Es más, esta norma del Estatuto Disciplinario tampoco fue soporte del fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, por dos razones, una atinente a que los sujetos procesales no la invocaron en sus respectivos escritos de instancia y, otra, que no constituyó tema a decidir cuando se hizo la fijación del litigio. Decisión que también quedó en firme sin que el accionado o cualquier otra persona hubiera solicitado su inclusión a los asuntos *sub júdice*.

Y se comparte lo indicado por el Ministerio Público en su concepto de fondo, atinente a que la materia disciplinaria regulada en la Ley 734 de 2002 resulta escindible del contenido de la inhabilidad prevista en el mandato 122 Constitucional y el artículo 6° literal e) de la Ley 330 de 1996. Aspecto este último que se profundizará en consideraciones posteriores, anticipando entonces que tanto por la falta de invocación como formulación de parte y por no haber sido sustento del fallo de primera instancia no resulta viable que se extienda el análisis del asunto bajo los derroteros de la Ley 734 antes citada.

Finalmente, el apelante solo en el recurso de alzada invoca el principio de favorabilidad nuevamente con fundamento en la aplicación preferente del Estatuto Único Disciplinario, que como se indicó no es de recibo por las razones expuestas, aunado a que es un argumento nuevo planteado con la apelación. Pero más allá de ello se recuerda que la Sección Quinta desde el año de 2013,



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

anunció la rectificación de su jurisprudencia para decantar su posición de que el principio de favorabilidad punitivo o disciplinario, no tiene cabida en materia electoral, en atención a que no se juzga la conducta sino la legalidad objetiva del acto de elección, nombramiento o llamamiento, como en efecto puede consultarse en la sentencia de 26 de junio de 2013, dentro del radicado 27001-23-31-000-2012-00024-02¹³.

Dilucidados estos extremos que dan campo al juez *ad quem* para tener claros los límites dentro de los cuales proferirá la decisión.

4. Confrontación del acto acusado frente a la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 122 de la Constitución Política.

En primer término, resulta pertinente recordar que reposa en el proceso copias de: (i) los fallos penales condenatorios proferidos por el Juzgado 16 Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de Bogotá; (ii) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Penal del 29 de enero de 2013, mediante el cual se confirmó la decisión del *a quo* y (iii) el auto de 30 de julio de 2014, proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se inadmitió el recurso extraordinario de casación incoado contra el fallo de segunda instancia. De tal suerte que el elemento de condena penal mediante sentencia proferida por juez penal competente está cumplido y de hecho tales circunstancias fácticas no han sido cuestionadas por las partes.

En segundo lugar, se hace necesario traer a colación las dos normas soporte del fallo, que responden a la determinación del litigio y que se han escalonado hasta el juez de la apelación, con el fin de identificar los presupuestos que componen la inhabilidad en cuanto a lo que interesa al presente caso:

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

(...)

<Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009> **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.

¹³ Actora: Andrea Carolina Durán Movilla y otros. Demandado: Gobernador del Chocó. M.P. Alberto Yepes Barreiro.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

(...).” (Subrayas propias de la Sala).

Por su parte, la norma específica para contralor departamental contenida en la Ley 330 de 1996¹⁴, dispone en el aparte invocado por la parte actora (literal e) del art. 6) y tenido en cuenta por el fallo de primera instancia, lo siguiente:

“**Artículo 6°. Inhabilidades.** No podrá ser elegido contralor quien:

- a) Haya sido Contralor de todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular
- b) Haya sido miembro de los Tribunales que participaron en su postulación, dentro de los tres años anteriores;
- c) Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia;
- d) Sea o haya sido miembro de la Asamblea en el último año;
- e) Estarán igualmente inhabilitados quienes en cualquier época hayan sido condenados penalmente a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

No se podrá nombrar en ningún cargo de la Contraloría a los Diputados, a los Magistrados¹⁵ que hubieren intervenido en la postulación, elección del Contralor, ni al cónyuge, compañero o compañera permanente de los mismos, ni a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. La infracción de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta.

(...).”

Acorde con la norma constitucional transcrita, se tiene que de los apartes destacados en negrilla, la inhabilidad por condena penal, de cara a la situación y circunstancias planteadas para el caso sub examine, pueden extraerse los siguientes elementos o presupuestos:

¹⁴ “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales.”.

Por su parte, el artículo 308 Superior dispone: “La ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a honorarios de los diputados y a gastos de funcionamiento de las asambleas y de las contralorías departamentales.”.

¹⁵ Ha de tenerse en cuenta que conforme al Acto Legislativo 4 de 2019, actualmente “Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, de terna conformada por quienes obtengan los mayores puntajes en convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años que no podrá coincidir con el periodo del correspondiente gobernador y alcalde.”.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Elemento subjetivo: “quien haya sido”, es decir la persona condenada. En este punto no interesa si es servidor o particular, en razón a la reforma introducida con los Actos Legislativos 01 de 2004 (art. 1°) y 01 de 2009 (art. 4°), que suprimieron el sujeto cualificado de “servidor público” contenido en el texto original del artículo 122 Superior por la expresión “quienes hayan sido condenados”.

Elemento objetivo: por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado.

Elemento temporal: condenado en cualquier tiempo.

Elemento consecuencial, entre otros¹⁶: no puede ser elegido servidor público y no puede ser designado como tal.

Ahora bien, la previsión de la Ley 330 de 1996, se alinea con el mandato constitucional al consagrar de, manera similar, los elementos subjetivo, objetivo, temporal y consecuencial. El primero, (i) quienes hayan sido condenados; el segundo, (ii) por delitos que afecten el patrimonio del Estado; el tercero (iii) en cualquier época y, el cuarto (iv), el consecuencial: estar inhabilitados.

Aunque sí se observa que el legislador de 1996, dejó demasiado amplio el elemento objetivo, al decantarse por el condenado penalmente a pena privativa de la libertad, con exclusión únicamente, los delitos políticos o culposos. Mientras la Constitución Política lo restringió a delitos que afecten el patrimonio del Estado.

Pero ese es uno de los aspectos que la Corte Constitucional aclara en sentencia C-507¹⁷ de 9 de octubre de 2007, al conocer de una demanda en contra, entre otras, del literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996.

En esa oportunidad, la parte actora en el juicio de constitucionalidad planteó como censura aspectos que resultan conducentes para este caso, en tanto fueron evaluados con fundamento en el artículo 122 Superior. En efecto, se observa que se atacó (i) el elemento temporal de la llamada pena accesoria consistente en el retiro del ejercicio de funciones públicas, a fin de que la Corte definiera si aquella pendía o no del límite de la pena principal y (ii) respecto de la amplitud del tipo penal, ya que la norma solo indica que son todos aquellos

¹⁶ En tanto también hay impedimento para la inscripción como candidato a elecciones populares, que no es el caso del cargo del contralor y para la celebración de contratos con el Estado.

¹⁷ Referencia: Expediente No. D-1633. Acción pública de inconstitucionalidad contra los literales c) (parcial) y e) (parcial) del artículo 6o.de la Ley 330 de 1996. Actor: Orlando Rengifo Callejas. M.P. Hernando Herrera Vergara.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

cuya sanción es la pena privativa de la libertad, sin especificar a cuál tipo penal o grupo de estos se hacía referencia. Aseveró:

“La expresión cuestionada en el literal e) del artículo 6o. de la Ley 330 de 1996 [en cualquier época hayan sido condenados penalmente a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos], desconoce el último inciso del artículo 122 constitucional, puesto que la única sentencia penal que inhabilita de por vida a una persona para acceder al ejercicio de funciones públicas, es la que deviene de la comisión de delitos contra el patrimonio del Estado; sin embargo, precisa que la prohibición contenida en la norma acusada generaliza la inhabilidad para toda clase de delitos, exceptuando exclusivamente a los políticos o culposos, en contradicción del ordenamiento superior, lo que, en su concepto, exige la declaratoria de inexequibilidad.”.

Al respecto, la Corte Constitucional consideró un aspecto teleológico devenido de la voluntad del Constituyente de 1991, al indicar que los requisitos para ser elegido contralor los defería al legislador al emplear la expresión “*las demás calidades...*” necesarias para el desempeño del cargo. La Alta Corporación expuso:

“...la preceptiva constitucional autoriza al legislador a ampliar el conjunto de calidades que debe reunir el candidato a esa posición, para conformar un régimen propio de inhabilidades que, sin excepción alguna, permitirán la elección o designación como contralor departamental, las cuales “*...tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.*”, *verbi gratia*, la condena por delitos comunes, el ejercicio de jurisdicción o autoridad o el desempeño de cargos públicos, entre otras causales.

La atribución de señalar el régimen de inhabilidades para la elección del contralor departamental se concretó en la expedición de la Ley 330 de 1996 “*Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales.*”, la cual ha sido objeto de cuestionamientos constitucionales en la demanda *sub examine*.

En consecuencia, la labor de control fiscal, como cualquier otra función que se realice dentro del ámbito del servicio público, debe evidenciar actuaciones sujetas a los mencionados principios de moralidad, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia; así, la escogencia de los servidores destinados a ejercerlo debe ser el resultado de requisitos y calidades personales y profesionales que aseguren el cabal cumplimiento de sus fines y la realización de los postulados constitucionales.”.

Hasta aquí, aunque la sentencia es del año de 1997, se advierte que con lo indicado en esas generalidades se tenía en mente el concreto aspecto de las inhabilidades, los objetivos de estas, la validación de la Ley 330 de 1996 para prever incluso las prohibiciones para el ejercicio del cargo de contralor y los requisitos para aspirar al cargo.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Ahora bien, en el aspecto puntual de la temporalidad de la causal y las conductas imputadas que se leen en el literal e) del artículo 6° de la ley en cita, precisamente al enfrentarla al mandato constitucional 122 Superior, la Corte evidenció los tres contenidos previstos en la norma que configuran la inhabilidad legal, a saber:

“1. La prohibición de acceder al cargo de contralor departamental, cuando la persona ha sido condenada a pena privativa de la libertad, por delitos comunes; 2. Una regla exceptiva de aplicación a esa disposición, atinente a la comisión de delitos políticos o culposos; y, 3. Un mandato de vigencia ilimitada de la inhabilidad estipulada.”

Para la Corte, el último numeral correspondía al planteamiento judicializado por el actor de la demanda de constitucionalidad. Se buscaba entonces determinar, por una parte, si con el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996, se estaba o no ante la imposición de una pena imprescriptible y, por otra, si se requería especificar los hechos punibles tipificadores de la inhabilidad, que permitieran restringir el amplio campo de los delitos con pena privativa de la libertad:

“En primer término, los interrogantes por dilucidar se refieren, de una parte, a si existe alguna restricción constitucional para que se instaure como causal de inhabilidad la condena penal a pena privativa de la libertad por cualquier delito, salvo los políticos y culposos, para acceder al cargo de contralor departamental, y, de otra, a cómo se compagina esa limitación con el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y la prohibición constitucional de imponer penas imprescriptibles, del artículo 28 superior.

Cabe destacar, que la Carta Política en su artículo 122 preceptúa como inhabilidad absoluta para el ejercicio de funciones públicas por los servidores públicos, la condena por delitos contra el patrimonio del Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que señale la ley. La finalidad buscada con la norma aludida, fue la de evitar el ingreso a cargos públicos para quienes en cualquier época hubiesen sido condenados por delitos contra el erario público [18], persiguiendo con ello una moralización de la administración pública.” (Subrayas y negrillas de la Sala).

Es más, recordó que el paralelismo de dicha inhabilidad con el manejo de la cosa pública y su razón de existir, ya habían sido validados por la propia Corte, en oportunidad anterior en la sentencia C-038 de 1996, encontrando las bondades de que no estuviera limitada en el tiempo y frente a lo cual ni siquiera era trascendental que el “afectado” con la prohibición tuviera que tener intención de incursionar en ella, como se lee en el siguiente aparte de la decisión de antaño:

“El Constituyente puede erigir en causal de inelegibilidad permanente para ocupar ciertos cargos públicos, hechos y circunstancias muy diversas, inclusive ajenos a la voluntad de las personas, como acontece con la doble nacionalidad y el parentesco en algunos casos.

¹⁸ “Gacetas Constitucionales N°s. 68, 78, 113 y 122 de 1991”.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

No se ve porqué no pueda el Constituyente asociar el presupuesto constitutivo de una causal de inhabilidad, a la expedición de una sentencia condenatoria por la comisión de un delito contra el patrimonio público.

La defraudación previa al erario público (sic), es un precedente que puede legítimamente ser tomado en consideración por la Constitución, para impedir que en lo sucesivo la persona que por ese motivo fue condenada penalmente asuma de nuevo el manejo de la cosa pública. El propósito moralizador que alienta la Constitución no se ha detenido ante las causales de inelegibilidad que por causas idénticas se aplican a los condenados que aspiran a ser Congresistas (...)."
(Destacados fuera de texto).

Dentro de ese contexto, la Corte agregó a todo lo anterior, para decantarse y reforzar su posición sobre la constitucionalidad de la imprescriptibilidad de la inhabilidad, las condiciones especialísimas del cargo a ocupar.

En efecto, enfatizó en qué es un contralor y cuál es la finalidad de sus funciones y atribuciones, dentro del esquema de autoridad de control. Con ello, elevó aún más el rasero con el que deben verse y analizarse las condiciones de elegibilidad de quien aspira a la máxima investidura para dirigir dicha entidad, comoquiera que en sus manos estará la guarda, protección y seguridad de los intereses y dineros públicos, en este caso, los del erario. En esa oportunidad, la Corte indicó:

"...cobran importancia para el caso de los órganos de control, en especial, respecto de los de naturaleza fiscal, de interés para este examen, si se tiene en cuenta que la vigilancia de la gestión sobre los bienes del Estado requiere de la actividad de personas de absoluta confianza para la comunidad, como una forma más de garantizarle un uso eficiente y apropiado de los mismos, evitando su despilfarro y actos que incorporen corrupción administrativa frente a su disposición.

Entonces, el Constituyente de 1991 autorizó al legislador para regular el ejercicio de las funciones públicas (C.P., art. 123 y 150-23) ; - además, determinó para los servidores públicos una inhabilidad que impide su acceso al ejercicio de las mismas cuando en su contra exista una condena por delitos contra el patrimonio del Estado (C.P., art. 122) ; y, - por último, señala los requisitos para el ingreso al cargo de contralor departamental, atinentes a la nacionalidad colombiana por nacimiento, ciudadanía, edad y formación profesional del candidato, la prerrogativa para establecer las demás condiciones requeridas (C.P., art. 272).

(...)

Dichos límites a la definición de causales de inhabilidad para el ejercicio de funciones y cargos públicos, consultan los valores, principios y derechos de la Carta; de ahí, que resulte ajustado a los intereses generales y al propósito del Constituyente de 1991, que si el cumplimiento de sus funciones debe llevarse a cabo con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P., art. 209), los requisitos exigidos de orden personal como profesional a la persona, a quien se encargará de liderar la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, como es el contralor departamental, necesariamente deben encuadrarse dentro de estos parámetros.

La ganancia para la sociedad respecto del satisfactorio cumplimiento de los fines del organismo de control fiscal, exigible a su titular, a partir de la certidumbre que el mismo debe ofrecer para el desempeño de sus funciones -tanto en lo que hace referencia a una formación profesional idónea como a una conducta irreprochable en términos de sujeción al ordenamiento jurídico vigente, en desarrollo del principio de moralidad (C.P., art, 209)-, perfectamente pueden concretarse en exigencias para quien va a desempeñar funciones tan delicadas como las de contralor departamental, a fin de que su comportamiento goce de respetabilidad y sus ejecutorias de legitimidad.

De manera que, la causal de inelegibilidad de una persona para el cargo de contralor departamental, por concurrir en ella una condena penal previa a una pena privativa de la libertad por delitos comunes, salvo los políticos y culposos, no configura una restricción exagerada e irracional de los derechos fundamentales que aparecen involucrados con el ejercicio de funciones y cargos públicos, como son los de igualdad, participación política, trabajo, y escogencia y ejercicio de profesión y oficio (C.P., arts. 13, 40, 25 y 26). Negrillas de la Sala Electoral.

Y finalmente, da plena claridad sobre las razones específicas que la llevaron a considerar que la falta o inexistencia de un límite en el tiempo de dicha inhabilidad, sí corresponde a derecho y a la Constitución Política, que se alinea a la previsión constitucional del artículo 122 Superior, a saber:

a) La calidad del aspirante: no se trata de una sanción sino de la protección y garantía de las condiciones personales del candidato que aspira a ser contralor departamental, al punto de calificarla de condición *sine qua non*¹⁹ de confianza y legitimidad frente a la labor principal que dicho cargo conlleva con respecto al manejo del erario.

b) La necesaria inexistencia de tacha conductual: en esa línea, implica e impone que la persona escogida para dicho escaño “*en ningún momento de su vida haya tenido una conducta delictiva que hubiera atentado en contra de un bien jurídicamente protegido*”. Tal exigencia resulta acorde a los fines constitucionales para el desempeño de un cargo de tanta importancia en la arquitectura del Estado y frente al cual se requiere las máximas calificaciones de moralidad, probidad, idoneidad, imparcialidad y eficacia.

c) No puede seguir los parámetros de prescriptibilidad o caducidad de la imposición punitiva o sancionatoria disciplinaria: este constituye un aspecto trascendental en lo que se ha judicializado como contraargumento a la declaratoria de nulidad electoral, por cuanto si bien, es innegable la calidad de pena accesoria que se reputa de la inhabilidad para el ejercicio de funciones

¹⁹ 'sin la cual no' Diccionario de la Real Academia Española.



públicas frente a la condena penal o disciplinaria principal, que podría dar razón a la tesis de límite en el tiempo de la inhabilidad. Lo cierto es que la Corte sale al paso indicando que dicho escollo es viable superarlo porque “una vez determinada la responsabilidad del procesado [penal o disciplinaria], [la prohibición] goza de naturaleza y finalidad distinta a aquella que configura una restricción al ejercicio del derecho político para el ejercicio de un cargo o función pública”.

El punto de inflexión está dado porque en lo penal o disciplinario la situación se encuadra en el derecho punitivo y sancionatorio, mientras que tratándose de la inhabilidad constitucional y/o legal, se enmarca en el cumplimiento de requisitos y condiciones para acceder al cargo.

d) La finalidad perfectamente escindida de ambas imposiciones: al efecto la pena accesoria de procesos penales o disciplinarios tiene un claro propósito compensatorio frente a la sociedad por el perjuicio causado por la afectación de un bien jurídico protegido, mientras que la inhabilidad tiene como pretensión asegurar el ingreso de la persona y el ejercicio de la función pública que va a asumir, en desarrollo de principios de moralidad y eficacia.

Así las cosas, se despeja el debate sobre los elementos temporal y objetivo, como puntos de discusión que el apelante ha traído y contribuye al entendimiento del por qué la certificación de antecedentes de la Procuraduría, no resulta constitutiva de la inhabilidad ni de su cesación o levantamiento, en tanto pende de la prescripción penal e incluso sancionatoria disciplinaria que les es propia, pero que resulta ajena a la inhabilidad analizada prevista en las dos normas citadas. Resulta, en últimas una herramienta útil de verificación, pero no la única y menos cuando se esté frente a las inhabilidades intemporales.

De lo anterior, tampoco podría el juez electoral hacer uso de parámetros penales de dolo o culpa grave o decantarse por exigir que la condena penal así lo hubiera argumentado, si el fundamento constitucional del artículo 122 no lo contempló en esos términos para efectos de la inhabilidad, luego de la reforma con los actos Legislativos 01 de 2004 y 2009.

4.1. Elemento temporal

Ha de recordarse que en este factor, la discusión tiene origen en que mientras la decisión judicial apelada se afina en la intemporalidad de la inhabilidad, la parte demandada manifiesta su desacuerdo, al considerar que está conexas y no puede ir más allá del término fijado por el fallo para la interdicción de derechos y funciones públicas, que abarcó treinta y seis (36) meses, plazo que fue cumplido por el accionado mucho tiempo antes de inscribirse en la convocatoria para la elección al cargo de Contralor de Guainía. En esto, se sustenta la parte



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

recurrente (demandado), para acusar al Tribunal de incurrir en indebida valoración de la prueba documental, comoquiera que el fallo penal condenatorio de 16 de agosto de 2012, estableció expresamente dicho término. Esta la razón por la cual el apelante planteó como yerro de la decisión de primera instancia, la aplicación intemporal de la inhabilidad constitucional.

Dentro del recurso de alzada, es donde el memorialista indica que el fallo ya está en firme y que tiene todas las condiciones de reputarse cosa juzgada, la que le otorga inmutabilidad frente a cualquiera otra autoridad judicial.

En este punto, se itera lo indicado en el capítulo anterior, bajo el entendido que precisamente se respeta la figura de la cosa juzgada, que es a partir de la decisión penal en firme que se ha dado alcance a que dentro del marco del mandato constitucional 122 Superior y del literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996, la condena penal de la que fue sujeto el accionado ciertamente dio apertura a que encuadrara dentro de la imposibilidad de acceder al cargo de contralor departamental, por incumplir la condición de inelegibilidad devenida de la inhabilidad por condena penal.

Más aún porque el artículo 122 Superior, emplea la expresión “en cualquier tiempo” y la Ley 330 de 1996 “en cualquier época”, con lo cual el Constituyente y Legislador resultan inamovibles en el propósito de darle la connotación de la intemporalidad, sin que penda del tiempo o plazo de la condena ni de la pena accesoria.

Utilizar expresiones que no denotan límite en el tiempo, evidencian que si bien la cualificación del asunto inició, se tramitó, cursó y terminó en una condena penal, la inhabilidad que se desencadena a partir de la previsión constitucional del artículo 122 y de la Ley 330 de 1996, no pende de la prescripción del hecho punible ni de su carácter accesorio, como tampoco del término o plazo que el juez penal fijó para la sanción de interdicción de derechos y funciones públicas, por las razones ya vistas.

Esa escisión que se hace entre el alcance y la finalidad de la sanción punitiva con respecto a la inhabilidad, tiene como propósito limitar el acceso de aspirantes que no contengan las condiciones de probidad, transparencia y eficiencia, y lleva a la Sala Electoral a no encontrar de recibo el planteamiento del apelante de aplicar la prescripción penal y el cumplimiento de la sanción punitiva como enervantes o exonerantes de la inhabilidad para aspirar al cargo de contralor departamental de Guainía.

Ahora bien, dentro de un método de interpretación histórico, valga recordar que fue el Constituyente derivado del 2004 quien introdujo al mandato 122 Superior, la expresión “*en cualquier tiempo*”, lo cual desmarcó a la inhabilidad de la



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

prescripción penal, tanto en los términos o plazos de imposición y dejó de lado que se trataba de condenas punitivas.

Pero ello tuvo su causa en la voluntad del Constituyente primario, a partir del referendo constitucional al que fue convocado el país y que se contiene en la Ley 796 de 2003. Nada diferente se advierte de que la intemporalidad de la causal partió del clamor colectivo y mayoritario del pueblo, como máximo ejercicio de la voluntad democrática, como se lee a continuación de la pregunta que se sometió a consideración:

“1. ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?

El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

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.

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

SI [] NO []”. (Destacado fuera de texto).

En ese contexto, la Corte Constitucional en sentencia C-551 de 9 de julio de 2003, lo encontró acorde a la Carta, sobre todo en cuanto a validar que el Constituyente puede elevar a canon constitucional, aquellos mandatos o prohibiciones legales, sin que ello desnaturalice el trámite de la reforma constitucional y aunque la materia hubiera sido objeto de regulación en la ley, la ciudadanía puede elevarlo a norma constitucional.

La Corte en esa oportunidad concluyó:

“(…) Nótese entonces que conforme a la Convención Interamericana, la reglamentación, y con mayor razón la privación, de los derechos políticos, no puede hacerse por una condena en un proceso que no sea de naturaleza penal, mientras que la reforma propuesta parecería plantear la pérdida de los derechos políticos de ciertos servidores públicos que no fueron penalmente condenados. Así las cosas, argumentan estos intervinientes, esa reforma constitucional, de ser aprobada, implicaría una violación del artículo 23 de la Convención Interamericana.

El argumento de los ciudadanos de que este numeral podría llegar a ser interpretado como incompatible con el artículo 23 del Pacto de San José, a primera vista, parece acertado, pues la segunda frase del numeral no parece referirse a condenas penales, por la comisión de hechos punibles, ya que la



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

primera parte de la pregunta del inciso propuesto regula la hipótesis de la condena por delitos que afecten el patrimonio del Estado.

Por ende, esta segunda parte, para que tenga una eficacia normativa propia, parecería referirse a sentencias ejecutoriadas en procesos que no son penales. Sin embargo, ello no es obligatoriamente así, puesto que la primera frase hace referencia exclusivamente a ciertos delitos, esto es, a aquellos que “afecten el patrimonio del Estado”, por lo cual bien puede entenderse que la segunda parte del numeral hace referencia a otros hechos punibles, por los que puede resultar condenado el Estado a una reparación patrimonial.

Para ello basta pensar en el evento en que un servidor público, dotado de un arma oficial, lesiona a una persona. Sin lugar a dudas, el Estado puede resultar condenado a reparar patrimonialmente al afectado, por haber ocasionado un daño antijurídico (CP art. 90), y la conducta del servidor público puede ser delictiva, si éste actuó con dolo o culpa. Por ende, esta segunda frase del numeral 1° puede ser armonizada con la Convención Interamericana, si se entiende que también hace referencia a sentencias en procesos de naturaleza penal. Y como, en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia.

Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro hominem*, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona.

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

Al existir diversas interpretaciones plausibles de la disposición cuestionada, el legislador tiene un margen para desarrollarla, en caso de ser aprobada por el pueblo, de una manera armónica con los compromisos internacionales adquiridos por Colombia y, claro está, el Estado de Colombia puede acudir a los procedimientos idóneos para conocer la interpretación que de la Convención Interamericana efectúen los órganos interamericanos competentes para fijar con autoridad el sentido del Pacto de San José.”.

Como se advierte, el Constituyente no tuvo en mente restringir el factor temporal de la inhabilidad, como tampoco dejarlo circunscrito al plazo de la pena accesoria impuesta por el juez penal, sino darle máxima apertura sin condicionarlo, comoquiera que se enfocó en constitucionalizar el aspecto objetivo de la existencia de la condena penal como génesis del impedimento,



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

abstrayendo el dispositivo constitucional del límite prescriptivo de la condena principal ni conexa de la interdicción de derechos y ejercicio de funciones públicas.

No debe perderse de vista que el propósito de tal previsión era dar herramientas para combatir los niveles de corrupción y garantizar la probidad de las personas que aspiren a los cargos públicos.

Dentro de ese contexto, debe tenerse claro que el alcance del mandato en cita se vio fortalecido con el entendimiento de la intemporalidad de la inhabilidad constitucional, la cual aunque tiene como punto de partida un hecho punible que es objeto de condena por un juez penal, el constituyente logra escindirla y separarla del proceso punitivo en cuanto a los términos prescriptivos del tipo penal, quedándose solo con el presupuesto objetivo de que se contenga en una decisión de un juez penal sin ninguna otra condición o plazo, de ahí la expresión “*en cualquier tiempo*”, respetando así que se trate de una condena impuesta por la autoridad judicial penal.

Retomando el punto del factor temporal de la causal, de ilustración resulta, indicar que incluso el Consejo de Estado, ha tenido claro desde tiempo atrás que la inhabilidad por condena penal es intemporal, al decantarse por la consideración de que dicho impedimento no es de carácter sancionatorio “*sino un mecanismo para garantizar que las personas que accedan a esos cargos públicos hayan tenido en su vida una conducta intachable e íntegra frente al ordenamiento jurídico*”²⁰, en reconocimiento del efecto depurador y moralizador y a la probidad moral y ética que debe reputarse de quien aspira a ejercer una investidura pública. Esta posición quedó apuntalada con mayor fortaleza con las modificaciones que se hicieron al mandato constitucional en cita.

En época más reciente, la Sección Quinta ha tenido la oportunidad de abordar el tema de la inhabilidad por sentencia penal condenatoria, como se lee en los siguientes antecedentes jurisprudenciales:

En el caso de la nulidad electoral del entonces Gobernador del Chocó contra el acto de su designación adiada el 20 de diciembre de 2011, quien había sido condenado penalmente por el delito de peculado por aplicación oficial diferente en el año de 1997. En esa oportunidad se anuló el acto demandado y si bien, se armonizaba la norma constitucional del artículo 122 Superior con la norma

²⁰ Sentencia de 22 de abril de 2009. Radicado: 25000-23-15-000-2008-00132-01(PI). Actor: Yeny Carolina Peña Luengas. Demandado: José Prado Bardal (Diputado del Amazonas). M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

propia de los burgomaestres seccionales, esto es el artículo 30.1²¹ de la Ley 617 de 2000, la Sala frente al mandato Superior citado indicó:

“...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... 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 este último no ha previsto”²².

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala ahondó en aspectos teleológicos propios de la inhabilidad, a fin de reforzar su entendimiento sobre la inexistencia de límite en el tiempo de la inhabilidad constitucional, atribuyéndolos a principios más altos y trascendentales, como la reivindicación del principio de representación, la probidad en la administración pública y la protección de intereses colectivos.

Se atribuyó la amplitud temporal de la inhabilidad al hecho de que la condena penal emerge porque se lesionaron intereses que eran relevantes para la sociedad y, por ende, esa transgresión “*impide a quien así actuó, desempeñar la función pública desde cargos que impliquen el ejercicio de la confianza... precisamente, por el hecho de haber actuado en contravía de los intereses que el Estado busca proteger a través del régimen penal*”. Indicó así mismo que la inhabilidad en cuestión tiene como propósito asegurar que quien llega a esa dignidad, no tenga tacha en su conducta, para enaltecer el ejercicio de las funciones del cargo. Y concluyó:

“...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 ciudadanos, la probidad en la administración pública y la protección de los intereses colectivos”²³.

En esa línea, la Sala Electoral de tiempo atrás se ha decantado por la intemporalidad de la inhabilidad del artículo 122 constitucional.

²¹ “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 se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas”.

²² Sección Quinta. Fallo de 26 de junio de 2013. Radicación 27001-23-31-000-2012-00024-02. Demandante: Andrea Carolina Duran Movilla y otros. Demandado: Gobernador del Departamento del Chocó. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

²³ *Ibidem* nota al pie 21. Fallo 2012-00024-02. M.P. Yepes Barreiro.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Posteriormente, años después, la sentencia de 18 de febrero de 2021²⁴, al declarar la nulidad de un concejal municipal, quien fue procesado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y condenado a una pena privativa de la libertad de 32 meses, mediante sentencia proferida en agosto de 2003 por un juez penal. En esa oportunidad, se abordó el entendimiento de la inhabilidad intemporal prevista en el artículo 43.1 de la Ley 136 de 1994, frente a la posible transgresión del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto, por cuanto para el actor el carente límite en el tiempo del impedimento incide en los derechos fundamentales y políticos. Con fundamento en ello, solicitó se realizara el control de convencionalidad por vía de excepción a la permanencia de la inhabilidad.

La Sala asumió el estudio desde la hermenéutica del referido artículo 23 y sus presupuestos de la legalidad de la medida restrictiva, la finalidad de la misma y la necesidad y proporcionalidad. Explicó que debía tenerse en cuenta que la legislación nacional tenía en su derecho positivo la inhabilidad intemporal y que conforme a la sentencia C-209 de 2000, se declaró exequible frente a los estatutos del artículo 43.1 de la Ley 136 de 1994 (mod. Ley 617 de 2002).

Sobre la finalidad del impedimento sin límite temporal, la Alta Corporación en el fallo en cita consideró que se cumplía con la justa exigencia del buen común de la sociedad democrática, en los términos del artículo 32 de la Convención, desde la siguiente *ratio*:

“...encuentra la Sala que la inhabilidad intemporal establecida en las normas antes citadas, tienen una finalidad legítima en un sistema democrático: impedir que quien ha lesionado de manera dolosa un bien jurídicamente tutelado por el ordenamiento penal pueda ejercer la representación política en ciertos cargos de especial preponderancia social y representatividad política; la cual es una aspiración válida en una sociedad que lucha contra las distintas formas de criminalidad y violencia que la aquejan hace décadas.”

Finalmente, respecto de la necesidad y proporcionalidad de la medida de inhabilidad intemporal se analizó que el objetivo que se persigue es el aseguramiento de la moralidad y la probidad del aspirante al cargo, pues lo que se espera es que esta persona no haya quebrantado de manera dolosa el ordenamiento jurídico, lesionando bienes que para la sociedad son fundamentales, “*lo que se traduce en el sometimiento del interés particular del ciudadano-candidato al interés general*”²⁵.

Agregó la consideración de que es in medio idóneo para el cumplimiento del objetivo legítimo para la sociedad democrática como es asegurar la integridad

²⁴ Nulidad electoral. Radicado 19001-23-33-000-2019-00370-01. Actor: Gustavo Adolfo Castrillo Arrieta. Demandado: Concejal de Popayán. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

²⁵ *Ibidem* nota al pie 23. Fallo 2019-00370-01. M.P. Álvarez Parra.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

de los servidores en cargos públicos y así evitar que los infractores de la ley penal o que han defraudado el erario, accedan a los cargos.

Sobre que la medida sea proporcional explicó que en efecto lo es, por cuanto lo que se restringe es el acceso a ciertos cargos importantes dentro del andamiaje democrático.

Destacó que la Corte IDH no ha censurado la facultad del legislador de establecer inhabilidades intemporales o permanentes, más aún cuando estas devengan de una sanción impuesta por un juez penal (art. 23.2 de la Convención).

Finalmente, en sentencia de 6 de mayo de 2021²⁶, en la que se denegó la declaratoria de nulidad electoral contra el entonces alcalde del municipio de Bello, en tanto se consideró que la inhabilidad constitucional del artículo 122, conforme al contenido regulado solo puede devenir de una sentencia debidamente ejecutoriada en la que se prive de la libertad al condenado. Las circunstancias fácticas comprobadas daban cuenta que las medidas impuestas dentro de un posible delito de peculado por apropiación había llegado a la orden de uso de brazalete electrónico y la restricción de la participación en política, mas no a la decisión condenatoria penal definitiva.

Todo lo anterior, permite concluir que para efectos de la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Constitución Política, esta responde al carácter intemporal que quiso darle el Constituyente primario, al introducir la expresión “*en cualquier tiempo*”, razón por la cual no se advierte que el Tribunal *a quo* haya dejado de valorar el término de la pena accesoria impuesta por el juez penal, sino que por presupuesto sustancial de la inhabilidad en cita, ésta no pende ni de dicho término ni de que el condenado haya cumplido la pena, dada la necesidad de no permitir que personas que afectaron el patrimonio público puedan aspirar a ejercer funciones públicas y, por ende, que como lo alegó el accionado hubiera omitido valorar la prueba documental que daba cuenta del término de 36 meses como pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Por contera, el argumento de apelación sustentado en el factor temporal de la inhabilidad no resulta de recibo, por cuanto conforme a lo antes considerado ni el tiempo de la condena ni de la pena accesoria logran enervarla, como tampoco el hecho de que la persona haya cumplido aquellas.

Decantarse por depender de la prescripción de sanción, implicaría que quien fuera condenado sin pena accesoria de interdicción de derechos y ejercicio de

²⁶ Nulidad electoral. Radicado 05001-23-33-000-2019-02938-01, 2019-02936-01, 2019-02890-01 y 2019-03152-01 Acums. Actor: John Fredy Hernández Rodríguez y otros. Demandado: Alcalde de Bello. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

funciones públicas quedara por fuera de la inhabilidad constitucional y se aleja del contenido normativo que solo indica que se trate de condena penal por delito que afecte el patrimonio del Estado.

Valga recordar que la teleología de la previsión constitucional buscó otorgar herramientas para combatir los niveles de corrupción y garantizar la probidad de las personas que aspiren a los cargos públicos.

En esa línea, tal entendimiento y alcance fue el tenido en cuenta por la regulación penal, al consagrar en el artículo 51 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) cuál es la duración de las penas privativas de los derechos, pero enseguida aludir expresamente al numeral 5 del artículo 122 constitucional.

Esa escisión entre el derecho punitivo y la constitucionalización de la inhabilidad en cita, implica que el paso del tiempo o el cumplimiento de la condena penal (principal y accesoria) no conlleven la desaparición de la la inhabilidad constitucional del artículo 122 y legal del literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996, comoquiera que al deslindarse del ámbito penal y sancionatorio disciplinario y cobrar existencia independiente a aquel. Por ende, la prescriptibilidad y/o la sanción cumplida no tienen incidencia en el evento del impeditivo constitucional y legal de acceso al cargo.

4.2. Elemento objetivo

El apelante insiste en que la condena penal no recae en delito contra el patrimonio del Estado sino que el hecho punible imputado corresponde al título de delitos contra la Administración Pública, pues se trata de la omisión del agente retenedor o recaudador previsto en el artículo 402 del Código Penal.

Es innegable que en la Ley 599 de 2000 no existe un título denominado “Delitos contra el patrimonio del Estado”, pero tampoco se advierte que la norma constitucional haya aludido a un grupo de hechos punibles con nombre propio o que correspondan a un determinado título de los enlistados en el Código Penal.

Al respecto, la Sala observa que la demanda está sustentada en dos pilares, uno constitucional en el ya referido artículo 122 Superior y otro, legal, el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996, que como tal no se advierte derogado por norma posterior, más aun cuando se recuerda que el argumento del apelante buscó introducir la previsión del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, como norma derogatoria de aquella, fue planteado tan solo en el recurso de apelación, aunado a que no fue fundamento del fallo de primera instancia.

Sin embargo, la Sala no advierte los aires de derogatoria que el apelante esbozó y, menos cuando se itera por la Sala Electoral, la inhabilidad aunque detona su hecho de creación en la condena penal, su permanencia y vigencia



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

se aparta de ella, por las razones antes expuestas y que fueron relacionadas al detenerse en la sentencia C-507 de 1997.

No debe pasarse por alto que la Ley 330 de 1996 tiene un margen amplio de delitos que conllevan pena privativa de la libertad. Sin perjuicio de lo anterior, frente al artículo 122 Constitucional, en efecto en la legislación penal no existe un título autónomo de delitos contra el patrimonio del Estado, pero no por ello puede considerarse que está vaciado de contenido, no por lo menos en cuanto hace a la inhabilidad que afecta a quien aspira a ser contralor.

Valga recordar que la condena impuesta al accionado se soportó en el artículo 402 del Código Penal, atinente al delito de omisión del agente retenedor o recaudador es objeto de pena principal privativa de la libertad y sanciones accesorias tanto de interdicción de derechos y funciones públicas como de multa.

Ahora bien, el alcance del mandato constitucional debe ser interpretado no como la mención a un grupo de tipos penales, sino dentro del contexto de la afectación al interés tutelado, pues se refiere a la producción de un daño al erario.

Se afirma de ese modo porque conforme a las normas tributarias y de presupuesto, el Estado se sostiene, entre otras muchas fuentes, con los impuestos, dentro de los cuales está la llamada retención en la fuente, la cual entra a los ingresos del Estado a través de un recaudador.

Descendiendo a los supuestos fácticos concretos, es claro que probatoriamente para el caso sub examine, está demostrada la condena del accionado, como se lee en la copia de una de las providencias penales, que se adosó con la demanda, en la que se lee que el supuesto fáctico versó sobre una conducta que se le imputó en términos de “...*en su condición de representante legal de la empresa..., no cumplió con la obligación de consignar \$217.850.000,00 a la DIAN, por concepto de los impuestos recaudados de retención en la fuente durante los períodos 10, 11 y 12 de 2004*”.

Frente a este tópico y en aras de contextualizar el asunto, se impone recordar que la retención en la fuente está definida fiscalmente como uno de los mecanismos de recaudo anticipado de un determinado impuesto, por eso el artículo 367 del Estatuto Tributario, al consagrar su objeto lo hace en términos de “*conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause*”.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

De tal suerte, que resulta evidente que si se trata del recaudo de impuestos, ello incide indefectiblemente y en forma directa en el patrimonio del Estado, incluso tomando como referente la definición tributaria que los estatuye como la principal fuente de ingresos públicos, lo que conlleva a que el incumplimiento del recaudador en la utilización de la herramienta o método de retención de los recursos y traspaso de éstos a la autoridad tributaria, en este caso la DIAN, produce daño al erario al patrimonio público, pues se trata de los haberes fiscales del país, impactando así las finanzas con las que el país se sostiene y cubre los gastos y la inversión.

Con ello se tiene claro que ese tercero intermediario recoge esos recursos públicos que debe transferirlos a su real dueño que es el Estado. Conforme a los conceptos fiscales, la retención en la fuente está concebida conforme al Estatuto Tributario como:

“Artículo 365. Facultad para establecerlas. Modificado por el artículo 125 de la Ley 1819 de 2016. El Gobierno nacional podrá establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto sobre la renta y sus complementarios, y determinará los porcentajes tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y las tarifas del impuesto vigentes, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dichas tarifas, las cuales serán tenidas como buena cuenta o anticipo.

La DIAN podrá establecer un sistema de pagos mensuales provisionales por parte de los contribuyentes del Impuesto de Renta, como un régimen exceptivo al sistema de retención en la fuente establecido en este artículo.

Para efectos de la determinación de este sistema se tendrá en cuenta para su estimación las utilidades y los ingresos brutos del período gravable inmediatamente anterior.

PARÁGRAFO 1o. Los porcentajes de retención por otros ingresos tributarios será del máximo cuatro punto cinco por ciento (4.5%) del respectivo pago o abono en cuenta. El Gobierno nacional podrá establecer para estos conceptos un porcentaje de retención inferior.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno nacional establecerá un sistema de autorretención en la fuente a título del impuesto sobre la renta y complementarios, el cual no excluye la posibilidad de que los autorretenedores sean sujetos de retención en la fuente.”.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Es una forma o mecanismo de recaudo anticipado del impuesto sobre la renta, de tal suerte que corresponde a los ingresos del Estado y en palabras de la Corte Constitucional, en sentencia C-883-2011²⁷, se indicó:

“...la retención en la fuente, desde el punto de vista impositivo [es] “la acción o el efecto de detener, conservar, guardar una cantidad que la ley ha determinado se retenga a título de impuesto en el mismo momento del origen del ingreso. Así, este mecanismo le permite al Estado recibir los impuestos a que tiene derecho en el mismo momento en que el contribuyente obtiene el ingreso susceptible de ser gravado, y como tal, sujeto a retención”. (Subrayas fuera de texto).

En relación con las finalidades, en ese mismo fallo²⁸:

“...el objetivo más importante de la retención en la fuente “es el recaudo simultáneo del impuesto en el momento de obtener los ingresos, lo cual ofrece múltiples ventajas pues

- i) simplifica el trabajo de la administración tributaria, ya que se la libera de la tarea de recaudo al trasladarla a los particulares;
- ii) mejora el flujo de dineros para la tesorería pública, pues permite escalar la percepción de los ingresos acelerando su recaudación;
- iii) opera como instrumento de control a la evasión fiscal, por cuanto facilita la identificación de contribuyentes que podrían permanecer ocultos o que son difíciles de ubicar directamente, como es el caso de los residentes en el exterior o quienes ejercen actividades económicas en forma temporal y
- iv) fortalece la efectividad automática del impuesto como instrumento anti - inflacionario asegurándole al Estado su participación en el producto creciente de la economía.”

En últimas, si la retención en la fuente se fundamenta en el recaudo de recursos que son del Estado porque provienen del pago anticipado del impuesto a la renta y complementarios, es claro que el retenedor que no transfiere al Estado esos dineros pagados por los contribuyentes, afecta el patrimonio de aquel. Esto, por cuanto los impuestos son una de las fuentes de financiación de la Nación, tendiente a permitir suplir las necesidades básicas de la población.

²⁷ Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Referencia: expediente D-8570. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) de la Ley 1430 de 2010 ‘por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad’. Actoras: Lorena del Castillo Ortega, Tatiana Beltrán Sierra y Laura Velosa Blanco. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ C-883-2011.



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

Las anteriores consideraciones se refuerzan con lo expuesto en la sentencia C-290 de 2019 –incluso referenciada por en sus alegatos por el demandante–, en la que la Corte establece claros criterios que vinculan el delito de “omisión de agente retenedor” con el patrimonio del Estado.

En esa sentencia, se dice claramente:

“De manera que, la tipificación de la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador atiende a diversas finalidades relacionadas principalmente con la protección del patrimonio público y con la oportuna disposición del mismo por parte del Estado para el cumplimiento de sus funciones.”

Así las cosas, no resulta necesario extenderse en mayores argumentaciones, pues la armonía de los contenidos de la Constitución y el Código Penal en el entendimiento de la causal de inhabilidad por condena judicial reivindican el alcance que el Constituyente, a partir de 2004, imprimió a dicho impedimento, con la innovación en la ampliación del sujeto activo (“quienes hayan sido condenados”) y en la intemporalidad (“en cualquier tiempo”).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en uso de sus facultades constitucionales y legales,

3. FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo de 30 de junio de 2022 proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, que declaró la nulidad de la elección del señor Jhon Jairo Escobar Escobar, en calidad de contralor del departamento de Guainía (2022-2025), contenida en el Acta 002 de 13 de enero de 2022 expedida por la Asamblea del ente territorial.

SEGUNDO. DEVOLVER el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente



Demandante: Aura Luz Vargas Guío
Demandado: Jhon Jairo Escobar Escobar (Contralor de Guainía)
Radicado: 50001-23-33-000-2022-00027-02

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado

Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>".