

INTERROGANTES A LA INHABILITACIÓN DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. Con el estudio de la inhabilidad predicable de «Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas [...]», el CEDA inicia el estudio de la parte especial de las inhabilidades e incompatibilidades. El escrito contiene, en primer lugar, una afrenta a la posición común y pacífica que interpreta que la causal tiene un contenido sancionatorio o puede clasificarse como una inhabilidad-sanción; luego, analiza la aparente antinomia producida entre la disposición estudiada y los artículos del Código Penal que preceptúan una institución casi idéntica. Finalmente, expone dos problemáticas de menor magnitud: la vigencia temporal de la inhabilidad y la importancia de la consulta de antecedentes judiciales.

Introducción

Superadas las reflexiones generales acerca de las inhabilidades e incompatibilidades, el Grupo de Estudio del CEDA inicia el análisis de cada causal de inhabilidad e incompatibilidad vigentes en el ordenamiento. En esta oportunidad presentamos el sentido, noción y alcance de la inhabilidad dispuesta en la primera parte del literal «d)» del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, predicable de «Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas [...]»³. En consecuencia, en la presente ocasión no se revisa el contenido prescriptivo de la inhabilidad por la imposición de la destitución o la del inciso quinto del artículo 122 constitucional, que también se configura a partir de una decisión jurisdiccional penal 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».

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 27 de febrero de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Cristian Andrés Díaz Díez, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo– sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel III, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

³ En adelante se utilizan indistintamente las expresiones *interdicción* e *inhabilitación*, por razones históricas que luego se advierten.

Los acápites procedentes desarrollan dos problemáticas principales: en primer lugar, enfrenta la posición común y pacífica que interpreta que la causal tiene un contenido sancionatorio o puede clasificarse como una inhabilidad-sanción; luego, analiza la aparente antinomia producida entre la disposición estudiada y los artículos del Código Penal que preceptúan una institución casi idéntica. En último lugar, se exponen dos problemáticas de menor magnitud: la vigencia temporal de la inhabilidad y la importancia de la consulta de antecedentes judiciales. Para iniciar, solo resta mencionar que la inhabilidad se configura sobre las personas naturales, incluso afectando las formas plurales admitidas en la contratación pública⁴. Al margen de esto, en las siguientes líneas el lector encuentra, sino una fuente novedosa alrededor de un aspecto no profundizado conceptualmente, un referente que promueve la discusión en aspectos minuciosos de las inhabilidades e incompatibilidades⁵.

1. Inhabilidades sanción e inhabilidades requisito

Si bien existe un sector de la doctrina que considera que las inhabilidades siempre tienen una naturaleza o carácter *sancionatorio*, y que a partir de esto proponen un criterio de distinción respecto a las incompatibilidades –y eventualmente otra clase de prohibiciones–, actualmente la posición mayoritaria entiende que existen dos clases: las inhabilidades sanción y las inhabilidades requisito⁶. Según la distinción, mientras las primeras existen como consecuencia de procedimientos sancionatorios en los ámbitos penal, disciplinario, de responsabilidad fiscal, electoral, entre otros, las segundas parten de aspectos propios de la persona, y son dispuestas en el ordenamiento para concretar finalidades superiores, como el principio de moralidad administrativa⁷.

⁴ Si bien estudia la causal por el parentesco, nos parece adecuada la posición de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente cuando afirma que las inhabilidades, que en principio son individuales afectan a los consorcios y uniones temporales por el hecho de que estas formas no constituyen personas nuevas (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-273 de 2020. Rad N° 2202013000004015).

⁵ Gran número de los manuales doctrinales no se ocupan de la causal, o si lo hacen no pretenden estudiarla detalladamente (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Reimp. 2a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. pp. 278-279; DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. pp. 164-165. MALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. 2a reimp. 4a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. pp. 191-192; PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8a ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2020. pp. 124-125.)

⁶ Escobar Gil es quien más sostiene la postura según la cual las inhabilidades *siempre* provienen de sanciones (ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Bogotá: Legis, 1999. pp. 102-104).

⁷ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-239 de 2020. Rad. N° 2202013000002735. pp. 7-9; COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 de 2020.

Pues bien, la inhabilidad que se configura por la imposición de la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas es considerada, sin mayor discusión, como una inhabilidad-sanción. Sin embargo, consideramos que resulta relevante cuestionar esta posición, en la medida en que no se evidencian muchas razones de quienes la reproducen. En otras palabras, y ampliando la discusión a un mayor grupo de causales, consideramos relevante responder la siguiente inquietud: ¿qué significa que una inhabilidad tenga contenido sancionatorio? Barreto Moreno y Pulido Ortiz responden el cuestionamiento argumentando que, con base en tendencias internacionales en contra de la corrupción y en procura de la modernización de los Estados, la experiencia legislativa reciente demuestra que la modificación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades –no solo en lo contractual– es una «*estrategia sancionatoria*», en tanto con ellas se pretende disuadir la comisión de conductas que atentan contra el correcto ejercicio público⁸.

No obstante, planteamientos como el anterior no identifican el contenido sancionatorio de las causales de inhabilidad, ya que no responden por qué deben considerarse en sí mismas como sanciones. En el mismo sentido, quienes argumentan que las causales son sancionatorias porque su supuesto de hecho se compone por las decisiones de procedimientos administrativos sancionatorios o procesos sancionatorios, tampoco responden por qué deben considerarse como *penas*. A estos debemos preguntarles: ¿la inhabilidad es parte de la decisión de la autoridad administrativa o jurisdiccional que concluye el procedimiento disciplinario, de responsabilidad fiscal o el proceso penal? Exceptuando los eventos en que penalmente la inhabilidad constituye una pena principal o accesoria –como lo presentamos en el siguiente acápite–, y aquellos en los que la decisión administrativa incluye la inhabilidad general, realmente la inhabilidad se configura como efecto colateral de la decisión sancionatoria. En otros términos, no en todos los casos el juez penal toma la decisión de inhabilitar, ni en todos los procedimientos disciplinarios o de control fiscal se toman decisiones como la inhabilitación general, lo que permite discutir alrededor de su supuesto contenido sancionatorio.

El panorama se complica con decisiones como la de la Corte Constitucional en la sentencia C-489 de 1996. En la demanda en contra del literal que contiene la inhabilidad que estudiamos, el actor argumentó que, el hecho de que el legislador

Rad. N° 2202013000000181. Pp. 5-7; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-393 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido

⁸ BARRETO-MORENO, Antonio y PULIDO-ORTIZ, Fabio Enrique. El carácter sancionatorio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Revista Jurídicas [En línea], 16 (1), 153-171, enero-junio de 2019 [citado el 21 de febrero de 2021]. Disponible en: < [http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas16\(1\)_10.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas16(1)_10.pdf) >.

dispusiera que como consecuencia de la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se configure la inhabilidad por 5 años, no puede significar más que un doble juzgamiento por una misma acción. Dicho de otra manera, para el actor la inhabilidad tiene un claro contenido sancionatorio, porque la consideró como una consecuencia jurídica ante un supuesto fáctico en el que un actor comete una infracción al orden vigente, de ahí que consideraba que el literal violaba el *non bis in idem*. La Corte declaró exequible la disposición al declarar que la inhabilidad no constituye una nueva pena, en los siguientes términos:

«Cuando se juzga un ilícito no se tienen en cuenta las condiciones o calidades del sujeto imputado para acceder a la contratación pública, sino la antijuricidad del hecho imputado su culpabilidad y la consiguiente responsabilidad, condiciones y calidades que necesariamente se valoran en las operaciones contractuales que realiza el Estado. Por consiguiente, resultan perfectamente diferenciables las sanciones penales de las inhabilidades e incompatibilidades y, en tal virtud, no puede considerarse que la inhabilidad establecida en la ley de contratación implique la existencia de un juzgamiento y de una doble sanción por un mismo hecho. Es más, cuando en un contratista concurre una causal de inhabilidad o incompatibilidad, simplemente se le priva o se le prohíbe [sic] el acceso a la contratación, pero no se le juzga penalmente por un hecho ilícito, ni mucho menos se lo sanciona»⁹.

En principio, el razonamiento de la corporación resulta convincente, porque es claro que la inhabilidad existe en el contexto de la contratación pública y la pena se impone en el ámbito del proceso penal, pero desprecia la relación estrecha entre la causal y la sanción. En efecto, la relación causal entre una y otra es indiscutible, lo que implica que argumentar que la inhabilidad no es una consecuencia jurídica a un reproche no sea absolutamente concluyente. Por demás, la Corte ha mantenido una mediana coherencia en sus pronunciamientos, argumentando que la garantía del *non bis in idem* no se desconoce cuando se imponen varias sanciones por un mismo hecho, sino que la garantía está en que por cada responsabilidad – incluso por cada sanción– y por cada procedimiento sancionatorio no se investigue más de una vez, luego de haberse dado una decisión en uno inicial¹⁰.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-489 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ La Corte usualmente realiza resúmenes de sus pronunciamientos en el tiempo, y en ocasión reciente indicó: «Precisamente, al analizar el alcance del citado artículo 29 de la Carta, este Tribunal señaló que el ámbito de protección del referido principio no se dirige a prohibir únicamente la doble sanción, pues no existe justificación válida para someter a una persona a juicios sucesivos soportados en una misma conducta» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-164 de 2019. C.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Como corolario de lo anterior, la posición según la cual existen inhabilidades sancionatorias no implica que deban asumirse como *sanciones*, sino que simplemente se hace referencia a que se sujetan a la contingencia condenatoria de un procedimiento o proceso de naturaleza sancionatoria. A pesar de que no compartamos suficientemente este planteamiento, debido a que consideramos desproporcionado el hecho de que por una conducta se impongan una cantidad ilimitada de sanciones –porque esa es la consecuencia lógica del mismo–, el hecho es que conforme a la sentencia de constitucionalidad la inhabilidad por la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas no puede considerarse como una pena adicional. De modo que, aunque consideremos que la inhabilidad no es más que una consecuencia jurídica perjudicial para quien realiza una conducta contraria al ordenamiento, debe interpretarse que es una simple limitación en la contratación estatal con finalidades moralizantes.

2. ¿Ley 80 o Código Penal?: solución de la antinomia entre la inhabilidad del EGCAP y de la inhabilitación penal

La teoría general del derecho ha propuesto que una «*antinomia normativa*» se produce cuando dos disposiciones tienen un supuesto de hecho común y una consecuencia disímil¹¹. Dicho de otra manera, una antinomia es una contradicción de un ordenamiento jurídico, en la medida en que prescribe en sentidos *diferentes* –usualmente contrarios– ante eventos *iguales*. De hecho, este fenómeno lingüístico se presenta al contrastar la lectura entre el literal «d)» del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 56 de esta¹² y del 43 del Código Penal¹³. En efecto, mientras el contenido prescriptivo del primero ya lo conocemos, el segundo establece que para efectos penales se considera que el contratista cumple funciones públicas y el tercero prescribe que la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas impide ejercer cualquier función pública.

En ese sentido, ante el evento de la imposición jurisdiccional de una pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas –supuesto de hecho–, se activan

¹¹ GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 117.

¹² El artículo dispone: «Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos».

¹³ El artículo preceptúa: «La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales».

tanto la inhabilidad de la Ley 80 como la «*inhabilitación*» del Código Penal, pero en este caso por la ampliación de la expresión «*funciones públicas*» que hace el artículo 56 del EGCAP. Este aspecto merece una precisión: puede argumentarse que como el literal «d)» hace referencia a *interdicción* no tiene relación con la *inhabilitación* del Código Penal. En realidad, esto tiene una explicación histórica, en tanto aquella expresión era la utilizada por el Código Penal anterior y el Código del 2000 la modificó¹⁴. Siendo estrictos con la interpretación restrictiva, no habría forma de aplicar el literal de la Ley 80 actualmente, lo cual no es más que un absurdo. Siendo estrictos con la interpretación restrictiva solo podríamos aplicar algunas inhabilidades a los contratistas seleccionados por licitación, de conformidad con el numeral 1° del artículo 8, y esto sencillamente es inaceptable para la mayoría de operadores. En conclusión, si bien la interpretación restrictiva debe ser el parámetro preferencial para el acercamiento a esta materia, su aplicación no puede funcionar para dejar sin efecto lo dispuesto por el legislador, porque claramente esta postura también contradice distintos principios constitucionales, como el democrático.

Como lo indicamos, la antinomia se genera porque las disposiciones comparten el supuesto de hecho y definen consecuencias jurídicas diferentes: por un lado, el inciso segundo del literal «i)» del numeral «1°» de la Ley 80 ordena que el término de la inhabilidad es de 5 años desde la sentencia que impuso la pena¹⁵; y en cambio, los primeros dos incisos del artículo 51¹⁶ y el inciso 3 del artículo 52¹⁷ disponen que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

¹⁴ El artículo 50 del Decreto Ley 100 de 1980 prescribía: «La interdicción de derechos y funciones públicas priva de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública u oficial y dignidades que confieren las entidades oficiales e incapacita para pertenecer a los cuerpos armados de la República. Esta pena inhabilita así mismo para adquirir cualquiera de los derechos, empleos, oficios o calidades de que trata el inciso anterior».

¹⁵ El inciso establece: «Las inhabilidades a que se refieren los literales c), **d)** e i) **se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha** de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o **de la sentencia que impuso la pena**, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma» (negrita adicional).

¹⁶ Los incisos consagran: «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».

¹⁷ El inciso prescribe: «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 2 del artículo 51».

dura de 5 a 20 años, a menos de que la principal sea una privativa de la libertad en establecimiento carcelario, caso en el cual siempre debe imponerse como accesoria con una duración igual a la principal y hasta una tercera parte más de esta.

Para ejemplificar lo anterior, impuesta la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, y de conformidad con la causal de inhabilitación del EGCAP, la inhabilitación solo se extiende hasta los 5 años siguientes a la fecha en que se impuso la pena. En contraste, las disposiciones del Código Penal establecen dos intervalos diferentes: i) si se presenta el evento de que se condene a alguien a pena de prisión, la inhabilitación se extenderá por el mismo tiempo de la reclusión y hasta por una tercera parte adicional –dependiendo de lo que el juez en su momento defina como proporcional–; y ii) si se establece como principal, o como pena accesoria de una principal distinta a la pena de prisión, puede durar hasta 20 años.

Pero, ¿cuándo la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas puede imponerse como principal y cuándo como accesoria? La parte especial del Código define qué tipos tienen esa pena principal, como sucede con los delitos de falsedad ideológica en documento público¹⁸, concusión¹⁹, homicidio en persona protegida²⁰, prevaricato por acción²¹, entre otros. De manera que el juez, al determinar si esta pena debe imponerse como principal o accesoria, debe sujetarse a la estructura punitiva de cada tipo. Ahora, para aplicarla como pena accesoria, el artículo 52 del Código preceptúa que en su motivación para la individualización de la pena, el juez debe tener en cuenta si los derechos o funciones que inhabilitará tienen relación directa con la realización de la conducta estudiada o si imponerla contribuye a la prevención de conductas similares²².

¹⁸ «En cuanto hace relación a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se advierte que está establecida como pena principal para los delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público y en calidad de accesoria respecto de la conducta delictiva de concierto para delinquir» (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de junio de 2020. Prov. N° SP2171-2020. Rad. N° 50.294. M.P. Jaime Humberto Moreno Acero).

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de julio de 2020. Prov. N° SP3353-2020. Rad. N° 56.600. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de mayo de 2020. Prov. N°. SP1119-2020. Rad. N° 46.953. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de diciembre de 2019. Prov. N° SP5496-2019. Rad N° 52.071. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

²² El artículo 52 del Código Penal consagra: «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 [...]».

Por consiguiente, mientras en el delito de falsedad ideológica en documento público la inhabilitación de derechos y funciones públicas puede ser de 80 a 180 meses –entre 6 y 15 años, aproximadamente–, en el delito de uso de documento falso puede ser de 4 a 12 años y hasta una tercera parte más de la pena finalmente impuesta –es decir, hasta un total de 16 años–, porque en este tipo penal solo puede ser impuesta como pena accesoria y su determinación temporal debe ser conforme al tercer inciso del artículo 52 –transcrito con anterioridad–. Este ejemplo tiene una particularidad que consiste en que la única pena principal de este delito es la de prisión, lo que implica que *siempre* tendrá como pena accesoria la inhabilitación de derechos y funciones públicas. Esta situación no se presenta cuando el delito tiene únicamente la multa como pena principal, como en la supresión de signo de anulación de efecto oficial –art. 283–, en la circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado –art. 281– y en la falsedad para obtener prueba de hecho verdadero –art. 295–, tipos en los cuales al juez le corresponde analizar la necesidad de la imposición de la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas. En caso de que considere que la pena accesoria es viable, la definición temporal de la pena accesoria es la del primer inciso del artículo 51 del Código, esto es, de 5 a 20 años.

En suma, existen como mínimo cuatro consecuencias jurídicas temporales que nos confirman la antinomia generada por la imposición de la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas: *i)* la del EGCAP, por un término de 5 años contados desde la fecha de la sentencia que impuso la pena; *ii)* la de los delitos que la contemplan como pena principal, evento en que el término depende de cada tipo; *iii)* como accesoria de la pena principal de prisión, en donde el término será el mismo que aquella y puede aumentarse hasta una tercera parte; y *iv)* como accesoria de la pena principal de multa, situación en la que el término es de 5 a 20 años. Si bien entre las últimas tres no parece que se presente contradicción alguna, en la medida en que el Código da un tratamiento claro para el concurso de delitos, y por ende para el *ex ante* concurso de penas; entre estas y la primera sí existe contradicción, como lo indicamos desde el inicio.

Entonces, ¿cómo se soluciona la antinomia? Existen varias posibilidades: por un lado, simplemente se puede acudir al criterio cronológico según el cual la norma posterior deroga la norma anterior, lo que significa que en el presente caso la expedición del Código Penal dejó sin efectos la disposición del EGCAP²³. Dicho de otro modo, de acuerdo a esta postura el término de la inhabilitación no sería hasta

²³ Recuérdense que el criterio cronológico de solución de antinomias está positivizado en el artículo 2 de la Ley 153 de 1887, en los siguientes términos: «La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á [sic] otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicarán la ley posterior».

5 años sino hasta 20, dependiendo de la manera en que se imponga la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

No obstante, existe otra opción, conforme a la cual la inhabilitación en lo contractual solo se configura si existe un condenado a la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones. Esta posición presupone que el Estatuto rige para lo contractual y el Código Penal para lo penal –pese a lo redundante–, de modo que si se condena a alguien a la pena accesoria deja de leerse el Código y se lee el EGCAP. En otras palabras, esta posición no es más que una expresión del criterio de identificación del derecho administrativo como *derogatorio del derecho común*, pues considera que el régimen de los particulares pierde efectos ante la regulación especial relacionada con la Administración, en esta ocasión en su dimensión contractual.

Así, para esta posición la única manera en que se puede considerar que existe inhabilitación es cuando se impone la pena de manera accesoria, y esta se extiende por el término de 5 años. De otro modo, es decir, imponiéndose como pena principal no existe inhabilitación para contratar, por el hecho de que no fue un evento comprendido por el literal «d)» del numeral 1° del artículo 8. Por demás, esta posición resulta altamente atractiva, ya que podría darse la situación en que alguien que aún cumple su pena principal de prisión, culmina su pena accesoria en 5 años y puede celebrar contratos con el Estado. De suerte que, con base en esta, la contratación estatal podría presentarse eventualmente como un instrumento que permitiría la resocialización de los condenados, además de satisfacer las necesidades del colectivo y alcanzar las finalidades de los entes públicos.

El problema de esta interpretación es que olvida que el artículo 56 de la Ley 80 produce efectos jurídicos, ampliando la responsabilidad de los contratistas en términos penales por considerar que cumplen funciones públicas. De ahí que cuando el artículo 44 del Código Penal define que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas consiste en que –como su denominación lo indica– se impide que se ejerzan funciones públicas, para el EGCAP lo que debe leerse es que un contratista condenado no puede volver a cumplir las funciones públicas de contratista. Pudiera replicarse esta idea en el sentido de que el artículo 56 aplica a los *contratistas* y no a los *oferentes*, quienes son finalmente los primeros afectados por las inhabilitaciones; pero esta réplica resulta insuficiente si se tiene en cuenta que lo que le interesa a un oferente es alcanzar la posición de contratista, lo que hace que, dándose el efecto jurídico del Código Penal junto al artículo 56 de la Ley 80, un oferente inhabilitado no puede ser contratista, dejando sin sentido su participación en un proceso de selección.

Ahora, la primera interpretación también resulta inadecuada, en la medida en que existe una posibilidad interpretativa en la que no existe la antinomia, por

lo que hace innecesaria la aplicación del criterio cronológico. Al respecto, Guastini afirma: «En primer lugar, una antinomia puede (tal vez no siempre, pero seguramente en muchos casos) evitarse, o prevenirse, por medio de oportunas precauciones interpretativas. [sic] En el sentido que puede interpretarse que los textos normativos expresan normas entre ellas compatibles, de manera que no se presente ninguna antinomia»²⁴. Precisamente, lo advertido por el autor puede presentarse en la discusión, porque bien puede interpretarse que si se impone la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas de manera *accesoria* se activa la consecuencia jurídica del EGCAP, es decir, que el impedimento para contratar se extiende por 5 años. Esto no quiere decir que los artículos del Código Penal sean absolutamente ineficaces, porque siguen produciendo efectos para el ejercicio de otras funciones públicas, e incluso para derechos políticos.

Adicionalmente, y en este aspecto es que esta posición soluciona el problema de la segunda, en caso de que la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas se imponga como pena *principal*, la inhabilitación para contratar sí existe, por el término que cada tipo penal lo prescriba. En consecuencia, si alguien es condenado por homicidio la inhabilitación para contratar no será hasta por 20 años –límite máximo de la pena accesoria–, si no solo de 5 años. Del mismo modo, condenado alguien por el delito de aceptación indebida de honores –art. 462–, y encontrando el juez que a su vez resultaba necesaria una pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, la inhabilitación para contratar con el Estado solo será de 5 años, mientras que para ejercer derechos políticos u otras funciones públicas será mínimo 5 y hasta por 20 años. En contraste, si se condena por financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas –art. 396A–, la inhabilitación para contratar con el Estado será de 4 y hasta 8 años, debido a que este es el término de la inhabilitación como pena principal.

Insistimos: esta posición interpretativa permite que se apliquen tanto las disposiciones del EGCAP como las del Código Penal, generando inhabilitaciones respecto a supuestos de hecho diferentes. De esta manera se evita la aparente antinomia, dejando sin necesidad la aplicación de criterios que no hacen más que suprimir la eficacia de lo dispuesto por el legislador –pese a que no nos guste su trabajo o nos parezca contradictorio–. Se reconoce que el problema de la interpretación se presenta al encontrar que delitos que nada tienen que ver con la Administración pública, mucho menos con tener la calidad de contratista, produzcan la inhabilitación. Sin embargo, esto se genera incluso sin aceptar la posibilidad interpretativa que presentamos, lo que expone las incoherencias del legislador más que de nuestra propuesta. Ahora, respecto a la diferencia notable entre los efectos temporales de configurarse la inhabilitación en uno y otro cuerpo normativo, cabe advertir que la jurisprudencia penal ha admitido la disminución

²⁴ GUASTINI. Op. cit., p. 123.

de la inhabilidad, conforme a principios como la favorabilidad –por encontrar aplicable el término del Código de 1980– o la proporcionalidad –entre penas principales y accesorias–²⁵.

3. Aspectos problemáticos finales: temporalidad de la inhabilidad y registro de antecedentes judiciales

Existe una problemática adicional que se deriva de la lectura del inciso segundo del literal «i)» del artículo 8, pues no queda absolutamente claro si el término de la inhabilidad se contabiliza desde que se expide la sentencia o desde que está ejecutoriada. El problema se soluciona sencillamente con la literalidad del inciso, cuando dispone: «[...] contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución». Si bien puede interpretarse de que la palabra «*ejecutoria*» solo se refiere al acto que declara la caducidad, nos parece que no debe haber mucha discusión en que la palabra se refiere también a los dos eventos siguientes, a la sentencia que impone la pena o al acto que dispone la destitución. Esto no puede ser de otra forma, en tanto una sentencia –incluso acto administrativo– no ejecutoriada implica que una decisión puede ser modificada en etapas o ante actos procesales posteriores, como la definición de un recurso²⁶. En otros términos, la inhabilidad producto de la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas solo puede configurarse si la imposición no admite una discusión procesal adicional y ha hecho tránsito a cosa juzgada. Solo de esta forma se puede asegurar que medidas restrictivas tan fuertes produzcan efectos con evidentes justificaciones.

Existe un aspecto final que debemos cuestionar: teniendo en cuenta que existen penas tan fuertes como la del delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, por el cual puede condenarse a alguien por un poco más de 5 y hasta 27 años de prisión, parece importante identificar las posibilidades que tiene un servidor público de detectar que en una persona se produjo la inhabilidad por la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas²⁷. Esta preocupación tiene sentido

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de julio de 2013. Rad. N° 40.634. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad. N° 23.825. M.P. Javier Zapata Ortiz; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de septiembre de 2000. Rad. N° 11.497. M.P. Carlos E. Mejía Escobar.

²⁶ Recuérdese que el artículo 302 del Código General del Proceso define lo que debe entenderse por una providencia ejecutoriada.

²⁷ La descripción del tipo mencionado demuestra la amplitud de las conductas que lo componen: «Artículo 408. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o

porque parece que no da lugar a mayor discusión el hecho de que las decisiones producto de un proceso penal son generalmente complejas, en el sentido de que se requiere una experticia jurídica para determinar su sentido y alcance. Además, la conformación de registros donde reposa esta información exigiría una constante actualización, con el fin de no violentar derechos de condenados²⁸.

De conformidad con el artículo 99 del Decreto Ley 19 de 2012, los antecedentes judiciales de una persona pueden ser consultados en el servicio de consulta que prestan el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional²⁹. En todo caso, el artículo sujetó la administración de la información a los lineamientos de la ley estatutaria de protección de datos personales –Ley 1581 de 2012–. Por consiguiente, todos los servidores que tramiten la selección de contratistas deben acercarse a este registro en línea con el fin de identificar si alguno está inhabilitado por la imposición de la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, y especialmente por cuál delito y por cuánto tiempo. De otra manera, difícilmente un servidor podría analizar el alcance de la inhabilitación, tal como lo expusimos en líneas anteriores. Así, el sistema de consulta debería referir prácticamente las decisiones textuales del juez penal, porque es la única manera como podemos identificar si se impuso la inhabilitación como pena principal o como pena accesoria.

Actualmente no existe reglamentación del Decreto Ley Antitrámites en esta materia, a diferencia de otros registros como el de medidas correctivas, desarrollado en el Decreto 1070 de 2015 –Único Reglamentario del Sector Defensa–. De ahí que se compartan las preocupaciones de quienes consideran que esto puede dar lugar a desconocer derechos fundamentales de la población que ha cumplido su pena y pretende resocializarse mediante la prestación personal de un servicio, como puede darse en el ámbito de la contratación estatal³⁰. Sin perjuicio

a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses». El aumento de la pena a 27 años puede darse por el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011.

²⁸ En el régimen anterior del manejo de esta información se presentaron inconvenientes que dieron lugar a la Sentencia SU-458 de 2012, porque el DAS –autoridad que lo administraba– expedía certificados de antecedentes judiciales de manera errónea (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-458 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango).

²⁹ Actualmente lo hacen en el siguiente –bien conocido– enlace: <https://antecedentes.policia.gov.co:7005/WebJudicial/>

³⁰ La ausencia normativa también produce ausencias doctrinales, lo que implica que poco se haya discutido alrededor de este tema (URÁN BUITRAGO, Luisa María. Régimen de antecedentes penales en Colombia. Monografía para optar al título de abogada. Medellín: Universidad Eafit Escuela de Derecho, 2018. pp. 57-59.)

de lo anterior, la Policía en su portal donde responde preguntas frecuentes sobre la consulta de antecedentes expresa que la información no tiene vigencia, en tanto «[...] diariamente se actualiza la información de acuerdo a las providencias judiciales allegadas por las autoridades competentes»³¹.

Aun cuando aceptamos que en la realidad pueden darse situaciones que por fuerza mayor impidan la actualización oportuna de esta información, solo una gestión ordenada y constante puede evitar que se violen derechos y garantías constitucionales, así como evitar que entidades contraten con inhábiles. Lo anterior no exime que los servidores que tramitan contratos deban consultar prácticamente diario este sistema, porque siendo consecuentes con las respuestas de la Policía, diariamente puede actualizarse la información penal de una persona, lo que significa que la inhabilidad puede conocerse en el trámite de la selección, adjudicación, celebración y ejecución del contrato estatal. Advertido esto, no queda más que confiar en que, en los casos en que la acción punitiva del Estado se presente a título de imputación de «violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades», los jueces reconozcan la cantidad de aspectos a los que se somete un servidor que se desempeña en el ámbito contractual, porque solo de esta forma puede hacerse un reproche razonable a su conducta.

Bibliografía

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-489 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-458 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-164 de 2019. C.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-393 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de septiembre de 2000. Rad. N° 11.497. M.P. Carlos E. Mejía Escobar.

³¹ POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA. Consulta de antecedentes judiciales. Preguntas frecuentes [En línea]. Disponible en [consultado el 24 de febrero de 2021]: <<https://antecedentes.policia.gov.co:7005/WebJudicial/preguntas.xhtml>>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad. N° 23.825. M.P. Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de julio de 2013. Rad. N° 40.634. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de diciembre de 2019. Prov. N° SP5496-2019. Rad N° 52.071. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de mayo de 2020. Prov. N°. SP1119-2020. Rad. N° 46.953. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de junio de 2020. Prov. N° SP2171-2020. Rad. N° 50.294. M.P. Jaime Humberto Moreno Acero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de julio de 2020. Prov. N° SP3353-2020. Rad. N° 56.600. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Conceptos

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 de 2020. Rad. N° 2202013000000181.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-239 de 2020. Rad. N° 2202013000002735.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-273 de 2020. Rad N° 2202013000004015.

Doctrina

BARRETO-MORENO, Antonio y PULIDO-ORTIZ, Fabio Enrique. El carácter sancionatorio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Revista Jurídicas [En línea], 16 (1), 153-171, enero-junio de 2019 [citado el 21 de febrero de 2021]. Disponible en: [http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas16\(1\)_10.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas16(1)_10.pdf).

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Reimp. 2a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Bogotá: Legis, 1999.

GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. 2a reimp. 4a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8a ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2020.

URÁN BUITRAGO, Luisa María. Régimen de antecedentes penales en Colombia. Monografía para optar al título de abogada. Medellín: Universidad Eafit Escuela de Derecho, 2018.

