

Gustavo  
García Figueroa

### GUSTAVO GARCÍA FIGUEROA

Abogado de la Universidad Sergio Arboleda y especialista en derecho constitucional de la Universidad del Rosario, ha adelantado estudios en filosofía y ciencias políticas. Destacado por su experiencia en el trámite de reformas constitucionales y legislativas, especialmente sobre modificaciones al sistema político, judicial y de gobierno.

Actualmente ejerce la profesión mediante consultorías y asesorías en los sectores público y privado.

Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para cargos de elección popular

# Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para cargos de elección popular.

# Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para cargos de elección popular.

► Gustavo García Figueroa

---





**REGISTRADURÍA  
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**

**JUAN CARLOS GALINDO VÁCHA**

Registrador Nacional del Estado Civil

**JAIME HERNANDO SUÁREZ BAYONA**

Registrador Delegado en lo Electoral

**ALFREDO BERNARDO POSADA VIANA**

Registrador Delegado para el Registro Civil  
y la Identificación

**ERIKA PATRICIA SARQUIS MATTA**

Coordinadora Grupo de Trabajo CEDAE



**GUSTAVO GARCÍA FIGUEROA**

Autor

**ISBN**

978-958-48-7490-0

---

# CONTENIDO

Agradecimientos.....	5
Presentación.....	7
<b>1. Aspectos generales de las inhabilidades e incompatibilidades.....</b>	<b>9</b>
Antecedentes históricos.....	14
Fundamentos constitucionales.....	21
Qué es inhabilidad.....	34
Qué es incompatibilidad.....	38
<b>2. Inhabilidades e incompatibilidades de carácter general.....</b>	<b>41</b>
Doble militancia.....	41
Condena ejecutoriada.....	48
Pérdida de investidura.....	51
Ejercicio de jurisdicción o autoridad.....	62
Doble nacionalidad.....	76
Gestión de negocios ante entidades públicas.....	83
Celebración de contratos estatales.....	86
Anulación electoral.....	88

<b>3. Inhabilidades e incompatibilidades especiales para los cargos.....</b>	<b>93</b>
Presidente y vicepresidente.....	93
Congresistas.....	96
Gobernadores.....	102
Alcaldes.....	105
Diputados.....	111
Concejales.....	114
Junta Administradora Local.....	114
<b>4. Jurisprudencia y casos relevantes.....</b>	<b>119</b>
Bibliografía.....	133

## **AGRADECIMIENTOS**

Por supuesto el agradecimiento más grande en esta ocasión, al igual que cada día, es a mi familia, ese impulso sistólico que llena de ilusión y optimismo cada reto emprendido: mis padres Guillermo y Patricia, mi hermana Conny, mi compañera de luchas y vida Tatiana, y la razón de toda existencia, Sebastián, Camilo y Alejandro llevan la gratitud de deberles mi vida entera.

Al honorable doctor Juan Carlos Galindo Vácha, gracias por su labor ejemplar al frente de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y permitir que a la par de garantizar su funcionamiento, distintas personas podamos aportar un granito de arena en la investigación y desarrollo de temas que fortalecen la conquista más importante de Colombia, ser una sociedad democrática.



# PRESENTACIÓN

## **REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR**

En el proceso histórico y político de la construcción del concepto de Estado social de derecho, su organización y ejercicio se ha cimentado en la función electoral, pues ésta impulsa el funcionamiento de las instituciones de cualquier sociedad contemporánea, garantizando a los ciudadanos el derecho constitucional fundamental de participar en las decisiones del Estado.

En el contexto del derecho constitucional fundamental de participación, principalmente, en cuanto al derecho de elegir y ser elegido<sup>1</sup>, los diversos instrumentos legales y constitucionales construidos y en especial a partir de la Constitución Política promulgada en 1991, han jugado un papel decisivo en la búsqueda de garantizar que la expresión ciudadana y el ejercicio del control político se vean fortalecidos. A su vez, la organización electoral se ha visto fortificada por nuevas instituciones jurídicas y capacidades sancionatorias como las contempladas en el acto legislativo 01 de 2009, la ley 1475, la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y otras.

---

1 Constitución Política de Colombia. Artículo 40.

El sistema jurídico colombiano ha avanzado mucho en la construcción de una democracia sana y transparente, al punto de ser reconocida por su alternancia y por tener uno de los sistemas electorales más eficientes, rápidos y confiables del continente; sin embargo, aún existen distorsiones en el sistema que diversas reformas legales y constitucionales han procurado corregir sin éxito.

En la presente obra, Gustavo García Figueroa, abogado constitucionalista con gran experiencia en reformas constitucionales y legales, adelanta un estudio juicioso de las normas que actualmente gobiernan la capacidad de elegibilidad de los candidatos a los cargos de elección popular, al tiempo que asegura una depuración en la función electoral a fin de precaver nulidades electorales y vacancias que afectan la administración y el derecho de los electores.

Estamos seguros que esta nueva obra enriquece plenamente el debate académico y político alrededor de la incidencia de la Organización Electoral en los procesos democráticos colombianos. Desde la Registraduría Nacional del Estado Civil apoyamos los distintos esfuerzos que conduzcan al fortalecimiento de la democracia colombiana, que aun cuando es cada vez más madura, sigue siendo imperfecta, pero en tránsito de fortalecimiento.

**JUAN CARLOS GALINDO VÁCHA**

**Registrador Nacional del Estado Civil**

# 1. ASPECTOS GENERALES DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

---

Una revisión a la historia de la humanidad permite reconocer diferentes posturas que han asumido los pueblos en torno a cómo se establecen las estructuras y formas de poder. De hecho, la continua interacción entre los seres humanos implica de alguna manera la imposición de los estilos individuales del ejercicio de poder y control, acompañados por las formas ideológicas particulares orientadas a señalar aquello que es lo más beneficioso para la sociedad en general.

De esta manera estaríamos frente a lo que se denomina visión sociopolítica, la cual va a constituir, con el transcurrir del tiempo, un estamento normativo que edificará un sistema jurídico de complejas connotaciones, orientado a conformar un conjunto de normas que permitan un ordenamiento del comportamiento individual frente a las disposiciones de la colectividad.

Con el paso de los años, diferentes disciplinas del saber humano y social tales como la filosofía y el derecho han contribuido a la construcción conceptual de lo que se denomina como Estado, particularmente en la estructuración de las instituciones jurídico-políticas, con miras a juzgar apropiadamente la relación humana que se establece entre gobernante y gobernado.

Este direccionamiento conlleva unos acuerdos mínimos orientados a dirigir los colectivos sociales, cuya finalidad es establecer las acciones que determinen lo bueno para la sociedad. Siendo así, se establece la correlación entre quienes ejercen el poder legal y aquellos sobre quienes recae tanto el ejercicio del poder constituido jurídicamente como la tipificación de la norma, poniendo en marcha una serie de condicionamientos y mecanismos de control al ejercicio despótico del poder<sup>2</sup>.

La acción de aceptar el poder implica un proceso de construcción conceptual y comportamental, en el cual se debe ver implicada la relación entre quienes gobiernan y quienes son gobernados. No obstante, la asimilación (por parte de los subordinados) del ejercicio de poder de quienes gobiernan, genera episodios de contradicción no pacíficos, que desde los planteamientos de León Duguit lo concibe así:

Si los gobernantes son todos lo que dan efectivamente órdenes y son materialmente obedecidos, todo el mundo es a la vez gobernante y gobernado, salvo el presidente de la república en lo alto de la jerarquía y el fontanero en su base, porque todo el mundo recibe órdenes y las da. Si se habla de 'poder' cada vez que una relación humana es desigualitaria, cada vez que un individuo puede obligar a otros a someterse, el poder se encuentra en todas partes y todas las instituciones tienen un carácter político.<sup>3</sup>

A partir de los anteriores planteamientos se establece la relación diferencial entre la ejecución del ejercicio de poder y el obedecimiento bajo la argumentación causal sustentada en fuente superior, o que se desprende de una acción política la cual detenta la potestad de generar esa imposición.

La acción política se ejecuta a través de diferentes medios. Según el profesor Hauriou<sup>4</sup>, se puede destacar la persuasión y la coerción, sustentando sus planteamientos cuando afirma que:

---

2 Andre Hauriou, Jean Gicquel y Patrice Gélard. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. P. 29. "Como son los gobernantes los que detentan la coerción, tienden naturalmente, no solo a usarla, sino a abusar de ella".

3 Ignacio Ara Pinilla. *El fundamento de los límites al poder en la teoría del derecho de León Duguit*. Editorial Dyckinson. Madrid, 2006.

4 Apartes de André Hauriou (et al) en su publicación titulada *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1980.

Se puede influir sobre la voluntad humana, ante todo, por la palabra o por el escrito, demostrando la necesidad, utilidad, interés o atractivo de tal o cual objetivo (...) La palabra es, sin duda, el principal medio de persuasión, pero no siempre va hasta la persuasión, y en otras ocasiones es necesario recurrir a la coerción (...) Cuando se trata, por otra parte, de la conducta de los hombres en el plano del Estado, hay que señalar que siempre, en su trasfondo, se encuentra la coerción, y que a veces es utilizada, puesto que es precisamente el Estado quien tiene el monopolio de la coerción legal en las sociedades modernas. Incluso hay regímenes políticos que hacen o han hecho de las sevicias, de las amenazas, en definitiva, del terror, su principal medio de acción y estos métodos tienden a renacer en distintos puntos del globo.

Es así que, en las relaciones de poder entre gobernantes y gobernados, es común que los primeros recurran en forma indistinta tanto a la persuasión como a la coerción, esto para obtener la obediencia necesaria para lograr sus fines; pero en contraposición, lo gobernados también ejercen los dos medios de acción política, cuando se echa mano de los mecanismos de control para limitar el ejercicio del poder de sus gobernantes.

Siendo así, en el contexto latinoamericano se manifiestan algunos sistemas democráticos caracterizados por formas presidencialistas de gobierno con algunos matices diferenciadores, pero que conservan las características de poder que desde lo teórico fueron definidas por Hauriou y Duguit. No obstante, en la región la percepción de legitimidad tiene un carácter de fluctuación constante la cual tiene como una de sus causas el incremento de las formas de comunicación y el rompimiento de las fronteras, gracias al incremento que se hace de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Entender la coerción en su ejercicio legal implica conocer las múltiples manifestaciones en la cotidianidad, a través de la fuerza física ejercida por instituciones como el ejército o la policía civil, las cuales se constituyen por mandato legal.

En oposición, en algunos estados se conforman grupos armados al margen de la ley que dentro de su dinámica

realizan acciones de constreñimiento y ejercicio de la fuerza tanto a la población civil como también al Estado en sus diferentes instituciones.

En ese orden de ideas, un lugar especial ocupa el poder ejercido por medio de la estructura económica, la cual está íntimamente ligada con la fuerza que se desprende desde la estructura política y se asocia de igual forma a la fuerza física. Se sustenta en la posesión de los medios de producción, que ejerce un poder coercitivo en el individuo o los colectivos, ya que estos, en búsqueda de los medios de subsistencia, deben aceptar el ejercicio de la fuerza y la obediencia desde quien los detenta. Inclusive, la imposición de la obediencia se mediatiza a través de otras instituciones sociales como la familia, la iglesia o la educación lo cual no obliga a la obediencia *per se*, sino que la misma debe ser legitimada mediante la aceptación de la figura de autoridad por parte de los subordinados.

Lo anteriormente señalado tendría una objeción a partir de la aceptación sin crítica de una creencia en torno a la derivación del poder por el solo hecho de desprenderse de una institución social, política o religiosa.

Con fines explicativos nos remitimos a una de las más destacadas formulaciones teóricas de Aristóteles, cuando indicaba que la creencia es la unión entre el pensamiento y el mundo real, lo cual se asume como verdadero y cuya esencia implica una aceptación de la autoridad conjuntamente con la disposición de normas encaminadas a someter a los miembros de la sociedad.

Un papel importante juega el derecho como herramienta de equilibrio, al estructurar el poder legítimo y ejercer un rol conciliador en la desconfianza de los ciudadanos con respecto al uso del poder por parte del Estado. Estos instrumentos de poder se manifiestan en acciones de participación del ciudadano, orientadas a estructurar un sentir legítimo que determina la aceptación y obediencia del poder legalmente constituido.

Llegados a este punto es necesario analizar cómo los estados constituyen su poder político a través de la soberanía popular, la cual se deriva del mandato electoral donde el derecho al sufragio es la piedra angular que materializa un relativo

pluralismo político, y que a su vez garantiza libertades públicas como la libertad de prensa, independencia para la asociación, libertad de autodeterminación y credo, entre otros.

Al mismo tiempo, la convivencia de los derechos y libertades que se desprenden de la función electoral consolida la legitimidad del gobierno y sus instituciones, confiriendo a la actividad político-electoral un papel especial en el desarrollo de la Constitución y la ley en Colombia, pues de su garantía depende la legitimidad de todo el Estado.

Como quiera que sea, la Constitución del 91 alberga todos los principios de las democracias liberales, y se proyecta más allá de sus naturales connotaciones para permitir la entrada en vigencia del llamado Estado Social de Derecho, el cual se fundamenta en “toda una serie de conceptos y valores, como el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de todas las personas y la prevalencia del interés general”<sup>5</sup>. Esto debe ser leído en interpretación armónica e inseparable con el artículo 3 que dispone: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público”.

De tal manera, lo anteriormente expuesto permite afirmar la existencia de la subordinación del poder del Estado a sus electores, en un ejercicio en el cual la Constitución condiciona el ejercicio del poder público a la legitimidad manifestada a través de la aprobación popular y legitimada en los procesos electorales.

Ahora bien, la legitimidad del orden constitucional y legal que deviene en el caso de Colombia (del mandato popular trasladado mediante la elección de la Asamblea Nacional Constituyente), no puede quedar a merced de opiniones falseadas, que confundan a la población y afecten desde sus cimientos a las instituciones.

En Colombia la normativa electoral es reglamentarista; pero a pesar de esta génesis que abarca la consideración de los diferentes fenómenos jurídicos que se enmarcan en la actividad electoral, no existe una definición definitiva y unificada del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

---

5 Rafael Ballén M. *Constitución Política de Colombia, Antecedentes, comentarios y jurisprudencia*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez 1995. P. 234.

Esto ocurre porque se presenta una variedad normativa dispersa y en ocasiones inconexa, lo que da lugar a diversidad de interpretaciones que dificultan la aplicación de las normas. Este es el escenario inicial de la presente investigación.

## **ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

A lo largo de la historia se presentan diversos ejemplos sobre las formas de designación de los gobernantes.

Ya en la antigüedad se definían las condiciones y requisitos que hacían elegible o no a un candidato, ya fuera para ocupar un trono o jefatura. Esto generó la necesidad de darse a sí mismo las herramientas de control en el ejercicio del poder, aún en sistemas de transición.

Este tipo de reglamentación primitiva antecede incluso a la formación del Estado. Así que, desde el derecho romano, la *politas* griega, la Revolución Francesa, el liberalismo inglés y todos los conceptos posteriores y propios de los estados modernos, se ha aportado para la formación del marco jurídico electoral que conocemos hoy en día.

Como contribución al conocimiento de este libro he querido traer a colación lo descrito por mí en publicaciones anteriores<sup>6</sup>, y que trae un análisis modesto pero interesante sobre la formación del vocablo *democracia*, su incidencia frente al desarrollo del concepto de *participación* como derecho fundamental y por supuesto, su particular impacto en el contexto de las limitaciones a este derecho.

Y es que la humanidad, tras siglos y siglos de confrontaciones, luchas y dolor ha avanzado en la conformación del estado moderno, fundado especialmente en el principio de la democracia como esencia de su permanencia en el tiempo más allá de las personas que temporalmente ocupan sus instituciones; pero es indudable que este concepto ha estado sometido históricamente a diferentes contextos y realidades

---

<sup>6</sup> En esta publicación se traerán a colación, inclusive de manera literal, por la importancia del contenido, algunos apartes publicados por Gustavo García Figueroa y Juan Fernando Cristo en su libro *Participación ciudadana y fortalecimiento del sistema de partidos en Colombia*. Editorial CEDAE, 2018.

geopolíticas que no permiten su desarrollo homogéneo, sino que se avienen al concepto de Dahl cuando afirma que no existe una teoría democrática única, sino una variedad de teorías y conceptos democráticos que acercan a distintas poblaciones a valores relacionados con la democracia por los caminos históricos que cada una de esas poblaciones recorren para llegar a ellos.

Winston Churchill pronunció la más celebre calificación sobre el concepto de la democracia, cuando afirmó que “esta es la peor forma de gobierno, pero es la mejor que tenemos”<sup>7</sup>. Con esta reflexión se recoge una crítica hacia la propensión natural de las formas de gobierno hacia sus perversiones propias (monarquía hacia la tiranía, aristocracia hacia la oligarquía, democracia hacia la demagogia), las cuales en el sentido aristotélico se convierten en formas impuras ‘naturales’ de los sistemas, para lo cual deben existir las limitaciones tanto al sistema como a los gobernantes que encausen nuevamente el gobierno de turno.

Estas reflexiones inician por la lógica de la mutabilidad en los sistemas de cada país o población, es decir, en reconocer que no existe una fórmula mágica o principio perenne que garantice un funcionamiento ‘perfecto’ de cualquier sistema de gobierno.

En torno a la definición de democracia, es claro que su análisis no puede ser abordado sin que en esta discusión se generen problemas sobre lo que las diferentes corrientes de pensamiento han teorizado al respecto, además de los múltiples significados que tal vocablo puede tener desde un punto de vista filosófico y político.

Debe acudir a la filosofía para decantar el concepto de democracia. Desde las escuelas clásicas de pensamiento: por un lado, la que formula Aristóteles desde la premisa de que el hombre es un ser naturalmente sociable que se construye a partir de la interacción con los demás; por otra parte, la planteada por Thomas Hobbes en el contrato social, donde los gobernados aceptan unas condiciones o

---

7 Amartya Sen. *El valor universal de la democracia*. Winston Churchill pronunció hace ya muchos años el cada vez más célebre lema de la democracia. Originalmente publicado en el *Journal of Democracy* de The Johns Hopkins University Press No. 10 vol. 3, bajo el título *Democracy as a Universal Value*.

reglas para lograr una convivencia armónica imponiéndoles derechos y obligaciones.

También dentro del pensamiento clásico, se habló del *homo credens*, lo que eventualmente se desarrolló en el *homo politicus*.

Pero en el período histórico previo a las grandes revoluciones surgieron cuestionamientos a la legitimidad de los soberanos en los estados absolutistas, que derivaban su autoridad en el derecho divino como una gracia otorgada por un dios; esto generaba inquietud en los pensadores y filósofos acerca del origen y las justificaciones de aquella autoridad, más si la misma existencia del dios era cuestionada tanto por el individuo que pretendía gobernar como por los gobernados.

La población gobernada debía confrontar estas figuras de autoridad que detentaban el poder en forma absoluta y que gobernaban con frecuencia para satisfacer sus propios intereses, sin tolerar oposición de ninguna índole. El sentir de esta época se resume en lo expresado por el Rey de Francia Luís XV en sus palabras “El Estado soy yo”, los tintes de absolutismo innegables:

Luchas entre monarcas y barones por el dominio de la autoridad legítima, revueltas campesinas contra el peso de impuestos excesivos y obligaciones sociales; la extensión del intercambio, el comercio y las relaciones de mercado; el florecimiento de la cultura renacentista con su renovado interés por las ideas políticas clásicas (incluyendo la democracia ateniense y el derecho romano); la consolidación en Europa de las monarquías nacionales y del sistema estatal absolutista (especialmente en Inglaterra, Francia y España); luchas religiosas y el cuestionamiento de la pretensión universalista del cristianismo; los conflictos entre la Iglesia y el Estado, cada uno de estos factores jugó su papel. Tan pronto como se relajaron las tradiciones y costumbres feudales, surgieron como preocupaciones del pensamiento político europeo la naturaleza y los límites de la autoridad política, la ley, los derechos y la obediencia. Hasta finales del siglo XVI, el concepto de Estado no pasaría a ser un elemento central del análisis político. (Held, 1991)

En el período de las revoluciones y reformas donde las instituciones fueron confrontadas y sus fundamentos cuestionados, se generaron diversos movimientos en Europa y en América, así como las divisiones y reformas religiosas.

También se dio el escenario para la concurrencia de nuevas corrientes de pensamiento tales como el antropocentrismo, lo que propició las condiciones para el surgimiento del Estado de Derecho donde el poder no era absoluto, sino que estaba regulado por las leyes, creadas por órganos de poder estatal separados e independientes, generando normas para la salvaguarda de los derechos de los individuos.

Estas nuevas corrientes filosóficas y políticas son la génesis de un concepto primario de democracia, que propende porque los estados, aún los regidos por una monarquía, sean democráticos. Sin embargo, no tuvo la aceptación inmediata que se podría pensar ante tal acontecimiento:

La idea de que los seres humanos pueden ser ciudadanos activos del orden público -ciudadanos de su Estado-, y no meros súbditos -sumisos de un soberano-, tuvo pocos abogados desde las primeras asociaciones humanas hasta principios del Renacimiento y la caída del absolutismo. (Held, 1991, p. 52)

Se advierte, ciertamente, que el concepto de democracia no nace de improviso, ni deviene de un autor singular o de una corriente específica de pensamiento; por el contrario, y como ya lo abordé en una anterior publicación<sup>9</sup>, obedece a un desarrollo que se remonta a los pensadores griegos, y se transforma constantemente hasta el siglo XX. Al respecto Giovanni Sartori advierte:

Un tratamiento similar de la democracia no es factible, ya que no existe el autor, único y destacado, de la obra sobre la democracia. La teoría de la democracia consiste, más bien, en una corriente de discurso que se remonta a Platón y Aristóteles. Lo que no obsta para que dicha corriente central proporcionara a la democracia una identidad hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. (Sartori, 1988)

---

9      García, G., et al. Op. cit., p. 7.

Se entiende entonces que el concepto de democracia es dinámico, se forma y se retroalimenta de las diversas experiencias y realidades sociopolíticas. Ya en el siglo XX, fue enfrentado a otras doctrinas como el comunismo y el fascismo, que entraron en oposición, pero que generaron a su vez cambios, de los que aún oímos ecos.

El concepto griego de democracia dista mucho del moderno, en tanto que en la antigüedad solo los hombres libres podían ejercer sus derechos, como fue la norma hasta bien entrado el siglo XX; así que la construcción del concepto moderno de democracia, fue si se quiere, una invención reciente, que va unida a los derechos civiles<sup>10</sup>.

En Colombia, según palabras del filósofo Daniel Herrera Restrepo:

Se llega al siglo XX sin conocer la democracia, sin reconocer la soberanía popular, sin conformar un verdadero Estado ni como árbitro de los conflictos sociales ni como el monopolizador de la fuerza legítima (Weber), tampoco como el regulador del funcionamiento de la sociedad (Durkheim) ni como momento de la producción de la sociedad por ella misma (Lechner). (Restrepo, 1992, p. 17)

En esta larga discusión sobre lo que es considerado concepto de democracia, reflexiona Robert Dahl: “Una de las dificultades a las que debemos enfrentarnos al principio es que no existe una teoría democrática, sólo hay teorías democráticas”. (Dahl, 1988, p. 9)

Se presenta otro problema con el concepto de democracia, y es la posibilidad que la nomenclatura no sea la correcta. Sartori reflexiona si en un temor por no caer en lo antidemocrático, se ha ido al otro extremo y se ha caído en el error de dar esta definición a un concepto que en realidad no lo es. “Vemos, pues, que existe un desfase entre realidad de los hechos y el nombre. Por lo que, si bien democracia posee un significado literal preciso, no por ello entendemos mejor lo que es una democracia real”. (Sartori, 1988, p. 26)

---

10 En las democracias griegas, el demos excluía no sólo a las mujeres, sino también a los no nacidos libres (esclavos), quienes solamente se sumaban a la mayoría de los habitantes de la ciudad.

Resulta claro entonces que esta construcción conceptual no ha concluido, y por lo tanto es necesario evaluarla constantemente, a fin de llegar a su perfeccionamiento (como ya fue expresado por Amartya Sen citando a Churchill), pero la democracia es la mejor de las formas de gobierno, la cual siempre está en riesgo de ser acabada por concentraciones de poder y demás limitaciones. La democracia lleva inmersa no solo al pueblo, a las mayorías, sino unos elementos y procedimientos para que la misma pueda ser realizada<sup>11</sup>.

Los regímenes totalitarios fascistas del siglo XX, que protagonizaron los horrores de la Segunda Guerra Mundial, genocidios y masacres, generan un rechazo total cuando se habla de democracia, creando la obligación para las sociedades actuales de que este tipo de escenarios no se repitan bajo ningún pretexto, haciendo un llamando a generar mecanismos de prevención y protección de los elementos mínimos que deben considerarse en una democracia, tales como la igualdad de los ciudadanos, la libertad y el reconocimiento de derechos socioeconómicos del conglomerado social.

Siguiendo esta línea de análisis y trayendo a colación lo ya presentado por mí en anterior publicación<sup>12</sup>, cabe ahora formularse la pregunta sobre cómo está conformado el *Demos*, considerando el origen etimológico del vocablo, en el griego clásico con el significado “pueblo”. Para Sartori el *Demos* puede llevar, por lo menos, seis interpretaciones: 1. Pueblo significa todo el mundo; 2. Pueblo, un gran número; 3. Pueblo es igual a clase baja; 4. Pueblo como entidad indivisible o totalidad orgánica; 5. Pueblo, mayoría absoluta; 6. Pueblo, mayoría limitada.

De las diferentes acepciones, al hacer un alto en cada una de ellas, se percibe que ninguna presenta una interpretación satisfactoria. Así sobre la primera (todo el mundo), Sartori

---

11 Democracia es casualmente un vocablo transparente, es decir una palabra bien sujeta a un significado originario, literal. De ahí que sea fácil definirla verbalmente. Democracia, literalmente, quiere decir Poder del Pueblo, que el poder pertenece al pueblo. Pero esta no es nada más que una definición vocablo a vocablo que se limita a reproducir en un idioma conocido el significado griego del término. Sin embargo, el término democracia representa algo. La pregunta no es solo ¿qué significa? Sino también, y al mismo tiempo ¿qué es?

12 García, G., et al. Op Cit., p. 19

presenta una oposición, en tanto que existen grupos que no tienen acceso total al ejercicio de sus derechos, tales como los niños o los discapacitados intelectuales. En cuanto a la segunda interpretación, presenta el problema de la imprecisión, pues no logra definirse a qué se refiere con “un gran número”, y al abarcar tan amplio espectro, no se puede definir su alcance real.

Sobre la tercera interpretación (clase baja), presenta la dificultad, que solo considera a un grupo social. Esta posición separa a las demás clases sociales y genera el cuestionamiento: ¿y los individuos que no se encuentran en ella, como la clase media o los ricos, no pueden ser consideradas pueblo? Acerca de la quinta interpretación (la mayoría absoluta), no funciona, en tanto que desconoce al sujeto como una individualidad.

En este quinto escenario el individuo se vuelve intrascendente, no ha de tenerse en cuenta y la pluralidad termina absorbiéndolo; esto ha servido de justificante para los regímenes totalitarios, apartándose de lo que la democracia como concepto ha pretendido proteger; de esta forma se aparta de su concepción original.

Sobre la quinta interpretación (mayoría absoluta) y la sexta interpretación (mayoría limitada), señala Sartori: “La mayoría absoluta explica que solo cuenta la mayoría: el mayor número de una población dada representa a todos y posee un derecho ilimitado (o sea, absoluto) para decidir por todos”. Sartori explica:

A primera vista podría parecer que la solución de traducir Pueblo por el derecho de la mayoría a un gobierno absoluto constituye lo más sencillo. Pero no es así. El establecer el derecho absoluto de la mayoría para imponer su voluntad sobre la minoría, o minorías, equivale a adoptar una norma que funciona, a la larga, en contra del mismo principio que ensalza. Si el primer ganador de una contienda democrática adquiere un poder sin trabas (absoluto), entonces puede autoerigirse en ganador permanente. En este supuesto, una democracia carece de futuro democrático y deja de ser desde el principio una democracia; puesto que el futuro democrático de una democracia depende de la convertibilidad de mayorías en minorías y a la inversa, de minorías en mayorías. (Sartori, 1988, p. 45)

## FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

Al erigirse el Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991, se plantea un profundo cambio en la concepción de la estructura jurídica del país, ya que al traer a la realidad colombiana los postulados de Locke, se traduce en la conformación de un ordenamiento jurídico más garantista de los derechos de los ciudadanos, y donde se presenta la división de poderes y la definición de los derechos fundamentales, los que adquirieron un carácter constitucional, que de alguna forma les brinda una fuerza adicional al momento de ser aplicadas. Sobre este particular, la honorable Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992, que con ponencia del doctor Ciro Angarita Barón, dice:

Por lo tanto, con el surgimiento del Estado en el Estado Social y Democrático de Derecho, a partir de los postulados del estado liberal de derecho y erigido sobre las bases del estado social, de la adopción de las garantías y derechos de rango constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, la vieja distinción entre derechos humanos por generaciones ya no tiene cabida dentro de las teorías actuales del derecho, de la justicia y del constitucionalismo contemporáneo, pues todos los derechos de rango constitucional son derechos fundamentales.

Los cambios sociales y políticos experimentados por el país desde mediados del siglo pasado han generado la necesidad de adoptar un criterio más abierto, que permee toda la institucionalidad incluido el sistema electoral.

La Constitución de 1991, se presenta como resultante del anhelo de cambio de los ciudadanos que participaron en el proceso político, que daría como resultante una nueva normativa constitucional que propusiera las reglas de juego ante la nueva realidad social. Decididamente esto se vio reflejado en el texto de la carta política que le brinda al ciudadano múltiples mecanismos de participación, dándole por primera vez en su historia la oportunidad de involucrarse más allá de escoger un candidato y votar por él.

Esta constitución refleja el ambiente de cambios sociales de la época, cambios que afectaron todas las esferas de la realidad

social, jurídica y política del país, pues el sistema electoral no solo se vio fortalecido con mecanismos de participación, sino que también se incrementaron los controles a los posibles elegibles a los cargos de elección popular.

Este estudio debe iniciar desde el mismo preámbulo constitucional, que desde sus primeras líneas deja entrever el cambio de concepción sobre el que se funda. Es así que, si se realiza un análisis comparativo del texto, con el preámbulo de la Carta Política de 1886, los cambios resultan evidentes:

En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad,

Los Delegatarios de los Estados Colombianos de Antioquía, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, reunidos en Consejo Nacional Constituyente;

Vista la aprobación que impartieron las Municipalidades de Colombia a las bases de Constitución expedidas el día 1.º de diciembre de 1885;

Y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, hemos venido en decretar, como decretamos, la siguiente...

En este momento histórico no solo se invocó la protección de Dios, sino que se pone de manifiesto que la autoridad legítima tenía un origen divino, lo que refleja las corrientes de pensamiento en boga para la época; además enuncia los fines del Estado, y se proponen como tales la unidad, la justicia, la libertad y la paz.

En la constitución actual, el preámbulo enuncia:

#### PREÁMBULO

EL PUEBLO DE COLOMBIA,

en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

En el trabajo comparativo entre los dos textos se destaca que efectivamente el preámbulo de la Constitución de 1991 enuncia no solo los fines del Estado, sino que encuadra los principios que observará el sistema normativo, generando obligaciones a los ciudadanos y constituyéndose como el pilar conceptual sobre el que se desarrollará el organismo constitucional. Se aparta entonces del carácter utópico que el preámbulo de la Constitución de 1886 contenía, donde se plasmaban más bien los anhelos sobre el deber ser de la nación, pero sin mayores connotaciones a nivel normativo.

De esta concepción dan cuenta los pronunciamientos que en su momento hiciera la Corte Suprema de Justicia, en los que como el órgano de protección y guarda constitucional expresó que efectivamente el preámbulo de la constitución de 1886, al momento de ser confrontada y aplicada no pasaba de ser considerada como una compilación de los principios que reflejaban las corrientes de pensamiento sociopolítico en aquel momento, y que fueron plasmados en el documento y así deberían ser considerados.

En cuanto al preámbulo actual se le concede un carácter vital, pues le otorga poder vinculante, y es así que la Corte Constitucional expone en providencia que analiza este aspecto en particular:

Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura, por lo tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.

Cuando se expusieron los razonamientos sobre los que se basa la nueva percepción sobre el Preámbulo, se enuncia en primer lugar que hay una paridad en el trámite del preámbulo y del texto completo de la Constitución y, por lo tanto, debe concedérsele el mismo valor normativo. En segundo lugar, se enuncia que la constitución tiene un claro carácter finalista, de manera que, al darse aplicación a la Carta Política se le dará la misma importancia en su interpretación y aplicación al texto inicial como al resto del articulado. Como consideración final, es claro que en el Preámbulo se encuentran afincados los principios en los que se funda la

efectividad de los mecanismos de control que fueron creados en la actual Carta Política.

Quizás el efecto más importante del cambio del Preámbulo de la Constitución es que concede al derecho de participación un protagonismo que no había tenido antes, pues si bien se reconoce e invoca la guía de Dios, así como se reconoce la soberanía popular y la legitimidad del gobierno, todo ello queda supeditado al mandato popular. Es claro que en su desarrollo la Asamblea Nacional Constituyente se preocupó por seguir esta línea conceptual, desarrollando los principios del Preámbulo en el articulado posterior, especialmente en los preceptos iniciales, conformando así un marco dogmático. Es sobre este particular que expone la Corte Constitucional:

El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa constitución aspira realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos<sup>13</sup>.

Este marco normativo puede evidenciarse en lo expresado en el articulado constitucional, ya que se aprecia el desarrollo de los principios fundamentales, expresados desde el Preámbulo:

Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Es en este primer artículo de la actual Constitución, que se presentan los elementos que afectan y forman todo el ordenamiento normativo constitucional, y en consecuencia todo el sistema jurídico colombiano. En pronunciamiento de la Corte Constitucional donde se analiza el artículo 1:

---

13 Sentencia C- 479 de 1992, M.P. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hace coherente y razonable<sup>14</sup>

El primer gran avance de la Constitución Política de 1991, es la definición de Colombia como un Estado Social de Derecho, lo que se constituye en una evolución frente a su antecesora, que la definía como un Estado de Derecho.

La consecuencia más importante de esta evolución normativa es que frente a la anterior concepción de Estado de Derecho se presentaba la garantía de los derechos de los gobernados pero en un término meramente formal, de igual forma se contemplaba la separación de los poderes públicos, pero la normatividad se encontraba por encima de cualquier otra consideración; es así como el principio de legalidad superaba otros principios pues todo quedaba supeditado a la ley, de manera que tanto los gobernados como el Estado en sus tres poderes públicos se encontraban bajo los preceptos legales, supeditando incluso a la constitución, concediéndole un carácter más político que normativo. Sobre este cambio doctrinal la Corte Constitucional expone:

La Constitución define a Colombia como un Estado Social de Derecho. El Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado liberal clásico, **no se limita a reconocer derechos a los individuos, sino que además funda su legitimidad en la eficacia, en la protección y otorgamiento efectivo de los mismos.** Eso significa que los derechos fundamentales, así como también los económicos, sociales, culturales y los colectivos, no se miran como simples facultades o posibilidades a favor de los individuos, **sino que son concebidos como beneficios que de manera imperativa deben ser otorgados a sus titulares.** Por ello la Constitución que nos rige consagró la acción de tutela que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales; y frente a los demás derechos, ya no de rango fundamental sino legal, instauró la acción de cumplimiento, que persigue la realización efectiva de esta clase de prerrogativas que tienen su origen en el desarrollo de la voluntad popular

---

14 Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

en el estado democrático. Por su parte, los derechos colectivos ven garantizada su realización mediante el ejercicio de las acciones colectivas o de grupo. (negrita fuera del texto original)<sup>15</sup>

Y en este desarrollo normativo se fueron dando todos los postulados del Estado Social de Derecho, lo que se hizo desde dos puntos de vista, el cualitativo y el cuantitativo. Esto ha sido abordado tanto desde los conceptos del Estado de Bienestar como del Estado Constitucional democrático, conceptos que, si bien son independientes se complementan. La Corte así lo expone:

a. El Estado Bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales, el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana, y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores y derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y, sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

---

15 Sentencia C-158 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sin lugar a dudas, el más importante aspecto de la transición del Estado de Derecho, al Estado Social de Derecho, es que trasciende la simple enumeración de derechos y eleva a los mismos, otorgando efectividad en su protección, creando mecanismos para lograr este objetivo. De igual forma, se enuncian otros aspectos en el artículo 1° que contribuyen en el desarrollo del concepto de Estado democrático.

Se supera entonces el concepto de que la democracia tenía como única expresión posible el sufragio sin mayores consideraciones, tal como se la concebía en la Constitución de 1886, entendiendo que para poder hablar de democracia se debe fortalecer una serie de instituciones y mecanismos que van más allá de la simple participación electoral, los que fueron incluidos y desarrollados por la Constitución de 1991. Esto fue expuesto por el Doctor Quinche:

Instituciones como la división efectiva de poderes, las libertades públicas, la carta de derechos, los mecanismos de participación ciudadana, los mecanismos de defensa constitucional, las acciones constitucionales o los instrumentos de control de los distintos poderes, además de constituir una novedad en el sistema colombiano, pasan a ser los componentes democráticos centrales, de modo tal, que ni siquiera los poderes constituidos (el Congreso de la República) puedan disponer libremente de ellos, en la medida en que no quedan sometidos a las emociones de las mayorías electorales<sup>16</sup>.

Como se puede observar, el carácter democrático de la Constitución de 1991 reside en el establecimiento de mecanismos efectivos de control a los poderes públicos, por ende, trasciende a la concepción tradicional del ejercicio del voto, el cual también evolucionó en el sentido de darle un sentido programático, donde los funcionarios electos bajo un plan de gobierno deben mantenerse fiel al mismo, so pena de verse inmerso en un proceso de revocatoria del mandato.

En vigencia de la anterior Carta Política se incluía un elemento de participación representativa, donde la única expresión del ciudadano que se le permitía era cuando ejercía su derecho al

---

16 Manuel Quinche, *Derecho Constitucional Colombiano, De la Carta de 1991 y Sus Reformas*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

voto, pero limitándola en otros escenarios. En la Constitución de 1991, se brindan múltiples mecanismos de participación y de protección de los derechos, incluidos los electorales. Sobre este punto específico señala la Corte:

El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades, así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano pueda participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual. La participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el sistema constitucional del Estado colombiano. Esto implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social<sup>17</sup>.

No hay que perder de vista, de igual forma, que la Carta Política tuvo un origen pluralista, dando participación a multitud de movimientos políticos y sociales, así como logró convocar a las minorías que hasta el momento no tenían visibilidad alguna en el escenario político tales como las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales y demás, reconociendo

---

17 Sentencia C-180 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara.

usos, costumbres y lenguas, y otorgando herramientas para su reconocimiento y protección; de igual forma, se reconocen a entes territoriales y a circunscripciones especiales. Estos aspectos deben obligatoriamente tenerse en cuenta en el presente trabajo, toda vez que contribuyeron a la creación y formación de la actual constitución y de un concepto de democracia más maduro, en donde los ciudadanos no solo se encuentren representados, sino que puedan expresarse a través de estos nuevos mecanismos de participación.

Queda claro entonces que la Constitución Política de 1991, instituyó nuevas formas de participación y dio garantías para el ejercicio democrático pluralista e incluyente, pues al garantizar la participación de los ciudadanos lo que se pretendía era fortalecer la democracia, las instituciones electorales y los mecanismos de participación, a fin de que el mayor número de ciudadanos, especialmente los que pertenecían a minorías históricamente discriminadas, tuvieran una participación activa en el ejercicio del poder. No obstante, el ideal de participación pluralista e igualitaria, no ha cumplido con el objetivo propuesto.

Este ideal de participación ciudadana no se ha logrado, por cuanto se han presentado fenómenos que han afectado el sistema electoral y de partidos políticos en Colombia. En primer lugar, con la apertura democrática, producto de unas políticas más laxas para la creación de partidos políticos se aumentó el número de movimientos, en desmedro del sistema de partidos, pues si bien se incrementó el número se hizo a expensas del celo en la formación y dirección interna de los mismos.

Lo anterior se presenta como una expresión del deseo de cambiar el sistema bipartidista que era la norma en vigencia de la anterior constitución, pero que no ha tenido el resultado esperado. Con posterioridad, se ha intentado darles un nuevo cariz a los partidos políticos con varias reformas constitucionales, fortaleciéndolos y proporcionando herramientas que contribuyan en la óptima organización interna. Sobre este particular los Doctores Uprimny y Sánchez reflexionan:

Por el contrario, la democracia representativa tendió más bien a deteriorarse, en especial debido a la manera

cómo las organizaciones criminales, y en especial los grupos paramilitares, lograron no solo interferir el sistema electoral sino incluso cooptar, por vías electorales, parcelas importantes del Estado colombiano, en especial a nivel local<sup>18</sup>.

Se suma a lo anterior, que los mecanismos participativos no han logrado el impacto deseado en términos de participación de los ciudadanos, pues a pesar de que se crearon normas que desde la teoría garantizarían el acceso a los mecanismos de participación, lo que se verificó en este ejercicio electoral es que muy pocas veces se logra llegar a un proceso efectivo donde se alcance el concurso del electorado o que supere las diversas etapas de trámite para su propuesta, y esto es más que evidente en las iniciativas de nivel nacional. Los Doctores Uprimny y Sánchez, reflexionaron sobre esta realidad:

Hasta la fecha (agosto de 2012), la eficacia de estos dispositivos ha sido poca pues la mayoría de las iniciativas ciudadanas emprendidas no han logrado superar todas las etapas previstas en la ley para llegar a concretarse. Esta situación es particularmente clara en el caso de los mecanismos que operan en el nivel nacional. Así, de los siete referendos que se han intentado promover, solo uno -precisamente el único de estos que no fue de iniciativa popular sino gubernamental- logró llegar hasta las urnas para que fuera votado por la ciudadanía. Los otros, o bien no lograron reunir la cantidad de firmas necesarias para tramitar la ley de convocatoria al referendo, o fueron hundidos durante el trámite por falta de respaldo en el Congreso, o declarados inconstitucionales por vicios de procedimiento. Algo similar sucede con la iniciativa legislativa: de las once emprendidas solo tres lograron llegar al Congreso, sin que hasta la fecha alguna se haya convertido en ley.<sup>19</sup>

En los territorios se ha logrado un grado un poco más alto de efectividad, sin llegar desde luego a cumplir con los objetivos propuestos con la Constitución en forma ideal. Se puede vislumbrar que los mecanismos de participación

---

18 Rodrigo Uprimny, Luz María Sánchez Duque, *Cahiers Des Amériques Latines, Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después*. Agosto de 2012.

19 Ibidem

como las consultas populares han logrado aceptación y una participación considerable, pero sigue siendo más la excepción que la regla, pues continúa alto el porcentaje de los procesos participativos que no logran el umbral necesario para validarlas.

En el caso de los procesos de revocatoria de mandato sucede un fenómeno similar, pues son realmente un porcentaje mínimo los que cumplen con los requisitos, ya sea de votos necesarios para lograr el umbral requerido o los que cumplen con la totalidad de requisitos legales para su aprobación, de manera que han sido un número muy limitado las que han llegado realmente a las urnas y solo existe un caso, del año 2018, que concluyó con la revocatoria del mandato del alcalde, promovida por el voto popular.<sup>20</sup>

Se han identificado los factores por los cuales se presentan estas dificultades en el desarrollo de los procesos participativos, siendo uno de ellos el exceso de requisitos que impiden que estas iniciativas superen el trámite legal para su aprobación. Uprimny y Sánchez, respecto de los demás factores a tener en cuenta para establecer las causas de las dificultades que enfrentan estos procesos señalan:

Al menos tres rasgos característicos del contexto social y político colombiano dificultan el entronque de la democracia participativa con la sociedad: el clientelismo, la precariedad de las condiciones de vida de muchos colombianos y colombianas, y el conflicto armado.

(...)

Pese a que existen algunas experiencias locales en las cuales la participación ciudadana ha logrado empezar a romper el entramado de las relaciones clientelistas entre el Estado, los partidos políticos y la ciudadanía, no se trata de experiencias generalizadas. Aunque la participación tiene la potencialidad de transformar las prácticas políticas, no se trata de una tarea fácil pues implica enfrentarse a una cultura política desfavorable y a redes de clientela que la obstaculizan. De otro lado, la situación de pobreza en la que permanece una gran parte

---

20 Registraduría Nacional del Estado Civil, <https://www.registraduria.gov.co/-Historico,427-.html>

de la población ha impedido también la extensión de la democracia participativa, pues la pobreza constituye un factor de exclusión social que limita el acceso a información, así como la adquisición de ciertas destrezas que resultan necesarias para actuar en la esfera pública. Y finalmente la situación de violencia, que en algunos casos ha motivado experiencias comunitarias de resistencia y dispositivos de participación “desde abajo”, en general ha limitado la participación, bien a través de la intimidación por la vía armada o del control de los escenarios sociales de participación.

Al evaluar la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana y tomando las consideraciones realizadas anteriormente, resulta claro que aún se encuentra lejos la meta propuesta de lograr una democracia participativa, pluralista e inclusiva, tal y como se encuentra consignado en los principios de la Constitución Política; además, la institucionalidad no ha logrado ser garante de los mismos a pesar de los esfuerzos por corregir este rumbo, especialmente con las reformas que se han adelantado.

Se llega a la conclusión que, si bien existe la legislación que otorga unas reglas claras y que se han hecho intentos por parte de los ciudadanos de poner en marcha los mecanismos participativos, deben enfrentarse diversas circunstancias que no siempre favorecen la transparencia de los mecanismos, por ello las inhabilidades e incompatibilidades, más allá de constituir limitaciones al ejercicio democrático individual deben ser comprendidas como una garantía al derecho constitucional colectivo de la ciudadanía.

No obstante, nos encontramos en un momento histórico, que evoca de algún modo lo que se vivía en el momento en que se originó el movimiento de la Séptima Papeleta, pues la ciudadanía levanta su voz y se ha logrado superar en alguna forma la apatía por procesos participativos. Se valida esta afirmación con la numerosa votación que lograron alcanzar procesos como el Referendo Aprobatorio del Acuerdo Final y la Consulta Anticorrupción.

Es claro que el abuso de la laxitud de las reformas a las condiciones y políticas electorales en cuanto a la formación de los partidos políticos, la organización y el gobierno interno tanto de los partidos políticos ‘tradicionales’ como de los nuevos movimientos, la ausencia de disciplina partidaria, entre otros factores, se han intentado corregir con diferentes reformas a la Constitución, sin embargo al día de hoy existen diversos fenómenos propios del sistema que aún no decantan las malas prácticas o abuso del mismo, razón por la cual se exige cada día con más vigor la profundización de las reformas, el fortalecimiento de la organización electoral y la definición de normas y sistemas prácticos para garantizar el libre ejercicio democrático.

A este respecto se trae a colación lo ya expresado por el autor sobre las dificultades que se presentaron al interior de los partidos y movimientos políticos, y que han generado los obstáculos ya mencionados:

... en lo que respecta al pluralismo y apertura democrática, es claro que los instrumentos establecidos en la Carta no obtuvieron los resultados deseados: el aumento ostensible de pequeños partidos, la ausencia de disciplina partidaria y de elementos democráticos internos, la falta de responsabilidad de los partidos frente a las personas que postulaban, la postulación de candidatos con cuestionables antecedentes, la carencia de postulados ideológicos fuertes que permitan la adhesión de nuevos miembros, y el abuso de las candidaturas obtenidas por firmas, entre otras circunstancias, llevaron al debilitamiento de los partidos políticos y por ende la fractura del sistema democrático. Situación que ha sido atendida mediante el trámite de varias reformas Constitucionales de las cuales se hará referencia posteriormente, y que buscan por un lado garantizar los postulados pluralistas democráticos y participativos de la constitución, y por el otro fortalecer el sistema de partidos como garantes de dichos elementos definitorios de la Constitución<sup>21</sup>.

---

21 Gustavo García y Juan Fernando Cristo. *Participación ciudadana y fortalecimiento del sistema de partidos en Colombia*. Editorial CEDAE 2018. P. 67

## ¿QUÉ ES INHABILIDAD?

Sobre el particular qué mejor que recurrir a la jurisprudencia colombiana, con el propósito de dilucidar su concepto y alcances, y de esta manera señaló la Corte Suprema de Justicia la definición de inhabilidad:

“... aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros.”<sup>22</sup>

Por su parte, La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido en varias sentencias lo siguiente:

“Las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos. Así las cosas, las inhabilidades son de distinta índole, v.gr. generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; específicas, para una determinada entidad o rama del poder, limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc. Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público.”<sup>23</sup>

“Las Inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo

---

22 Sentencia junio 9 de 1988. M.P. Fabio Morón Díaz.

23 Corte Constitucional en la Sentencia No. C-546 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objeto primordial lograr la moralización, idoneidad probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos”.<sup>24</sup>

“Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo Cfr. Corte Constitucional”<sup>25</sup>

De lo anterior, puede establecerse que la jurisprudencia ha establecido en varios de sus fallos, algunos elementos comunes que nos brindan la posibilidad de establecer un acercamiento al concepto de inhabilidad.

- Las Inhabilidades son de origen Constitucional o Legal. Este elemento presupone la existencia de restricciones claramente establecidas y taxativamente consagradas, de tal suerte que son de restrictiva interpretación.
- Restringen el ingreso para ejercer a una función pública, de tal suerte que las restricciones claramente definidas, están dirigidas a impedir el acceso de una persona a algún cargo.
- Su fin es garantizar el cumplimiento de valores constitucionales, entre ellos la moralidad, idoneidad, probidad, imparcialidad, igualdad y transparencia.

También, desde el aspecto individual es menester reiterar la tutela constitucional contenida en el artículo 40 de la carta, que se cita a continuación:

---

24 Corte Constitucional Sentencia C- 329 de julio 27 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

25 Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería.

ARTICULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

El contenido de esta disposición constitucional es complejo y de ardua interpretación, es la médula del sistema democrático colombiano y además incide de manera positiva y negativa en la definición, conformación y alcance de las inhabilidades electorales. En su enunciado el Constituyente dotó a todos los ciudadanos (en ejercicio, esto es sin suspensión de sus derechos y habiendo cumplido la habilitación por mayoría de edad) de herramientas precisas para participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

En primer lugar, dispuso la posibilidad de elegir y ser elegido, este juego de apenas cuatro palabras comporta una carga ideológica resultado de siglos de lucha, y constituye la esencia

de las democracias liberales, dado que la extensión de estos derechos es reciente incluso en países como Colombia, en el cual apenas a mediados del siglo pasado se habilitó este derecho para las mujeres.

Para retomar el hilo de las inhabilidades entendidas como una obligación de no hacer, o como una prohibición condicional frente al individuo, es necesario recabar sobre la posibilidad de ser elegido, ya que los candidatos además de cumplir los requisitos positivos tales como edad, nacionalidad o condicionamientos propios del cargo y las calidades de la persona, deben cuidar de no incurrir en las causales precisas que la Constitución y la ley determinen como inhabilidades, so pena de sufrir anulación de su inscripción, de su elección o incluso verse inmiscuidos en sanciones permanentes y personales como la pérdida de la investidura, que se abordará más adelante.

Lo anterior quiere decir que el derecho a ser elegido no es un derecho absoluto, y aunque su tutela constitucional es indiscutible, esta se da en el marco de precisas prohibiciones desarrolladas por la misma carta política y la ley. Así las cosas, se deriva de lo dicho, que las inhabilidades constituyen una restricción a un derecho constitucional fundamental, frente a la ponderación de otros derechos de índole colectiva y derivados de la importancia de la *res publicae* que el constituyente consagra como elemento esencial del Estado social de derecho, visible en su artículo 3 en el que determina que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, y continúa, del cual emana el poder público.

Estas dos frases justifican de manera fehaciente la cesión del derecho individual en el ejercicio de ponderación frente a los derechos colectivos derivados de la soberanía popular ya que el mismo artículo especifica que los servidores públicos son “representantes” del pueblo, es decir, el contenido de su poder es justificado solamente en la medida que es acorde y garantiza los derechos de quienes lo facultan para ejercerlo y será restringido en la medida en que los contraríe.

Del contenido de este capítulo se entiende que las inhabilidades son, en sí mismas, circunstancias, situaciones o hechos calificantes de una persona que impiden su acceso a participar en un proceso electoral determinado, ya sea por

su contenido individual, como es el ejemplo del artículo 126 constitucional, o derivados de un acto sancionatorio del poder del Estado.

Así mismo la honorable Corte Constitucional dispuso en su sentencia C-133 de 1993:

De la anterior transcripción (refiriéndose al artículo 128 de la Constitución) se deduce que la disposición establece una incompatibilidad, no una inhabilidad.

Las causales de inhabilidad son conductas anteriores a la elección que vician la misma, porque así lo considera la ley, mientras que las incompatibilidades son aquellas actuaciones que no pueden realizarse durante el desempeño de un cargo.

Por razón de su naturaleza excepcional tanto las incompatibilidades como las inhabilidades son taxativas y no admiten aplicación extensiva o por analogía.

La norma constitucional establece que quien se desempeñe en un empleo público, no puede aceptar otro, ni devengar a la vez dos salarios provenientes del Tesoro Público.

Como se ha dicho reiteradamente, las incompatibilidades no pueden aducirse como fundamento de nulidad de una elección sin que haya una norma que así lo señale.

## **¿QUÉ ES INCOMPATIBILIDAD?**

Por otra parte, es menester definir qué significa la incompatibilidad como fenómeno relevante para el ámbito jurídico, pues en no pocos casos, como el ocurrido con la reciente expedición del nuevo Código Disciplinario Único, se presentan confusiones en la interpretación de lo que significa inhabilidad y lo que implica por su parte una incompatibilidad.

Su justificación puede ser ilustrada concretamente en la sentencia C-426 de 1996 con ponencia del honorable magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara:

De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública”.

Las incompatibilidades se definen como la imposibilidad jurídica de la coexistencia de dos situaciones predicadas de una misma persona en determinadas condiciones de tiempo y lugar, en el sentido literal de su significado el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española relaciona su antecedente etimológico del latín *incompatibilitas- atis*, y su definición es:

1. F. Repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí.
2. Impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez.

De la lectura de estas definiciones se mira con claridad la diferencia, mientras a las inhabilidades, como se vio en capítulos anteriores, se les da el significado de circunstancias, situaciones o hechos calificantes de una persona que impiden su acceso a participar en un proceso electoral determinado, ya sea por su contenido individual, como es el ejemplo del artículo 126 constitucional, o derivados de un acto sancionatorio del poder del Estado, a las incompatibilidades se las ha definido tradicionalmente como la imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades, es decir, que en el derecho colombiano se les ha dotado a algunas incompatibilidades de cierta pervivencia en el tiempo más allá de la ocupación propia de un cargo, con lo cual se desfigura un poco el concepto, y en algunos casos, las convierte en verdaderas inhabilidades pues terminan por impedir las aspiraciones de candidatos más allá del tiempo que ocuparon uno u otro cargo.

A modo de conclusión debe consultarse la sentencia C- 903 de 2008 de la Corte Constitucional que dice<sup>26</sup>:

---

26 Corte Constitucional, sentencia C- 903 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Así mismo, la Corte Constitucional ha indicado que las inhabilidades son “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (...) y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos”, y que las mismas pueden tener naturaleza sancionatoria, en materia penal, contravencional, disciplinaria, correccional y de punición por indignidad política; en los demás casos no tienen dicha naturaleza.

De igual modo, ha manifestado que las incompatibilidades consisten en “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”.

## 2. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE CARÁCTER GENERAL

---

### **DOBLE MILITANCIA**

Al tener los ciudadanos el derecho constitucional de crear y a su vez hacer parte activa de una organización llamada partido o movimiento político, el legislador consideró necesario establecer ciertos límites que permitan fortalecer la estructura de dichas organizaciones sociales y a su vez garantizar el correcto funcionamiento del sistema democrático. Es así como mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, se modificó el artículo 107 de la Constitución Política, en el sentido de adicionar una prohibición a quienes hagan parte de dichos partidos o movimientos, la cual se denominó doble militancia y fue definida en los siguientes términos:

Artículo 107. Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento políticos con personería jurídica.

Los partidos y movimientos políticos se organizarán democráticamente. Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos podrán celebrar consultas populares o internas que coincidan o no con

las elecciones a corporaciones públicas, de acuerdo con lo previsto en sus estatutos. En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y participar en eventos políticos.<sup>27</sup>

En virtud de lo anterior, se puede decir que de alguna forma el legislador busca con dicha prohibición que los ciudadanos que decidan pertenecer a las organizaciones creadas con un fin político deben asumir el compromiso de representar a su partido, consolidando así la creación del mismo con su inscripción, cumplimiento de los estatutos internos y la participación democrática que se asuma; sin embargo, dado que como se pudo observar de la norma constitucional citada el derecho de pertenecer a un partido o retirarse de él es una decisión libre del ciudadano, frente a lo cual la Corte Constitucional ha dicho:

La doble militancia, en ese orden de ideas, es una limitación, de raigambre constitucional, al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de partidos, movimientos y agrupaciones políticas (Art. 40-3 C.P.). Ello en el entendido que dicha libertad debe armonizarse con la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector en determinado plan de acción política, no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o cargo de elección popular.<sup>28</sup>

Ahora bien, la restricción propuesta de no pertenecer simultáneamente a dos partidos debía ser clara en el sentido de especificar los casos en los cuales no dar cumplimiento a dicho hecho derivaría en un resultado desfavorable

---

27 Constitución Política de Colombia. Artículo 107.

28 Corte Constitucional, sentencia C-490 de 2011.

para el infractor, en este caso una inhabilidad para ejercer determinado cargo público de elección popular o la nulidad del mismo. Es por ello que el Acto Legislativo 01 de 2009, establece nuevamente dicha prohibición adicionando un término límite para que el aspirante a un cargo de elección popular no incurra en doble militancia o quien participe de un proceso electoral interpartidista:

Artículo 107. Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos.

Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley.

En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. **Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.** El resultado de las consultas será obligatorio (Negrilla fuera de texto).

Los directivos de los Partidos y Movimientos Políticos deberán propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas.

(...)

Los directivos de los partidos a quienes se demuestre que no han procedido con el debido cuidado y diligencia en el ejercicio de los derechos y obligaciones que les confiere Personería Jurídica también estarán sujetos a las sanciones que determine la ley.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, **deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones** (Negrilla fuera de texto).

(...)

Parágrafo transitorio 2°. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1° de agosto de 2009, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle este artículo.<sup>29</sup>

Del párrafo transitorio No. 2 del artículo en cita, se desarrolló la ley Estatutaria 1475 de 2011, la cual amplía el concepto y prohibición de doble militancia en los siguientes términos:

Artículo 2. Prohibición de doble militancia. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren

---

29 Acto Legislativo 01 de 2009. Artículo 1.

afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción.

Parágrafo. Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia.<sup>30</sup>

Definida en la ley estatutaria el significado de la doble militancia así como las reglas impuestas para su prohibición, las cuales entre otros ya no solo se hace alusión al ciudadano en general inscrito en un partido político sino que determinan de manera específica el cargo, aspiración ya sea electoral o apoyo a candidatos y los términos para poder renunciar al partido con antelación a los comicios electorales de los cuales desea hacer parte activa, adicionalmente frente a lo contemplado en las reformas constitucionales en estudio, se encuentra que ya no se contempla como requisito que los partidos o movimientos políticos deban contar con personería jurídica, lo cual amplía el rango de aplicación de la sanción para quienes incumplan la norma.

---

30 Ley Estatutaria 1475 de 2011.

## Frente a los destinatarios de la prohibición, la Corte Constitucional ha establecido:

A efectos de aplicar la prohibición de doble militancia es necesario distinguir entre los distintos destinatarios del precepto. De un lado están los ciudadanos, titulares de derechos políticos y quienes frente al sistema de partidos se encuadran exclusivamente en el ejercicio del derecho al sufragio. De otro, están los miembros de partidos o movimientos, también denominados militantes, quienes hacen parte de la estructura institucional de esas agrupaciones y, por ende, están cobijados por algunos de los derechos y deberes que las normas estatutarias internas le imponen, en especial la posibilidad de participar en sus mecanismos democráticos internos. Finalmente, están los integrantes de los partidos o movimientos, quienes además de pertenecer a la agrupación política, ejercen cargos de elección popular, bien sea uninominales o corporativos. Estos ciudadanos están vinculados jurídicamente tanto con la totalidad de las normas estatutarias del partido, como con los preceptos constitucionales y legales que establecen las distintas esferas de la disciplina de partidos, en especial el régimen de bancadas, aplicables a los integrantes de corporaciones públicas.

Para la Corte, son los integrantes de los partidos los destinatarios particulares de la prohibición de doble militancia, puesto que (i) una concepción diferente configuraría una interdicción desproporcionada al derecho político al voto libre; y (ii) son esos integrantes, en virtud del régimen jurídico que les es aplicable, quienes tienen un deber más específico y de mayor peso en lo que refiere a la disciplina de partido. Ello en el entendido que la vinculación con los objetivos programáticos, principios ideológicos y decisiones políticas internas democráticamente adoptadas, tiene una mayor vinculación para los servidores elegidos como parte de listas avaladas por partidos y movimientos políticos que se definen –y obtienen respaldo electoral entre los ciudadanos-, en razón de su adscripción a tales parámetros. Igualmente, vistas las condiciones deliberativas que impone el régimen de bancadas,

la vocación de permanencia en un solo partido o movimiento político es un presupuesto ineludible para el normal funcionamiento de las corporaciones públicas y, en últimas, para el ejercicio ordenado y eficiente de la democracia participativa en dichas instancias de decisión política (...).<sup>31</sup>

Aunado a lo anterior, la ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en su artículo 275 numeral 8 contempla como causal de anulación electoral la doble militancia en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política

(...)

Esta redacción del CPACA, convirtió a la doble militancia, que otrora no constituía una inhabilidad en sí misma, en una verdadera causa de inelegibilidad, ya que se acompañó de la facultad revocatoria entregada a la organización electoral que el acto legislativo 01 de 2009 en su artículo 12 (que modificó el artículo constitucional 265) y en su numeral 12 consagró:

**ARTÍCULO 12.** El artículo 265 de la Constitución Política quedará así:

12. Decidir la revocatoria de la inscripción de candidatos a Corporaciones Públicas o cargos de elección popular, cuando exista plena prueba de que aquellos están incurso en causal de inhabilidad prevista en la Constitución y la ley. En ningún caso podrá declarar la elección de dichos candidatos.

## CONDENA EJECUTORIADA

La fuente de esta inhabilidad es el artículo 122 de la Constitución Política, el cual reza el siguiente tenor:

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.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

(Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente) 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.

Así, en el artículo transcrito se aprecia una prohibición de carácter general, que como señala la doctora Ana Carolina Osorio Calderín, se extiende en la ley prevista para cada cargo de elección popular más allá de los bienes tutelados jurídicamente por la Constitución, lo que implica una dicotomía normativa que la autora disipa mediante la cita

de dos fragmentos de la honorable Corte Constitucional que traemos desde su libro<sup>32</sup>:

Sentencia C-952 de 2001:

Si bien es cierto que esta disposición constitucional hace mención específica a una clase de delitos, como son los relacionados con el patrimonio del Estado, también, lo es que el objetivo de esa especificación se dirige, exclusivamente, a intensificar la protección del patrimonio público, pero no a impedir que la misma causal sea referida a otra clase de delitos, cuando la propia Constitución en varias situaciones la hace extensiva a todos los delitos, como ocurre frente a la posible elección de los congresistas (CP, art. 179-1), del Presidente de la República (CP, art. 197) y del Contralor General de la República (CP, art. 267)

Sentencia C-209 de 2000.

Con la previsión contenida en el referido artículo 122, lo que quiso el constituyente fue destacar y reforzar la protección del patrimonio público, sin pretender limitar la inhabilidad a ese sólo aspecto. De ahí que, por una parte, sea la propia norma la que disponga su aplicación 'sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley' y, por la otra, existan otros dispositivos constitucionales que hacen extensiva la misma inhabilidad por sentencia condenatoria a todos los delitos excepto los políticos o culposos (A.P. arts. 179-1, 197 y 267)

En este punto vale la pena traer a colación la recientemente sancionada ley 1952 de 2019, que, aunque está en suspenso por efectos de la ley 1955, contempla en su artículo 42:

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

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

---

32 Osorio, Ana Carolina. *Manual de inhabilidades electorales*. Ibañez. Bogotá: 2012.

La integración de esta inhabilidad de carácter legal, resulta particular no solamente por estar contenida en un estatuto de carácter disciplinario, esto es que se dirige a la conducta de funcionarios en vigor de sus facultades, sino porque exceptúa únicamente la calificación de político y no la de culposo, esto es, incrementa el rigor previsto en el régimen constitucional.

En el análisis de la inhabilidad en cuestión resulta muy importante citar el artículo 28 de la Constitución Política que dice:

Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

La naturaleza, evidentemente imprescriptible de la inhabilidad deriva en la lógica pregunta acerca de si constituye o no una violación a algunos derechos constitucionales fundamentales como lo es el de elegir y ser elegido, pues su afectación permanente puede verse como que deriva en un injusto jurídico que va contra los principios de proporcionalidad y resocialización de la pena, al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

“(...) las normas que prohíben el ejercicio de cargos públicos a quienes han sido condenados a penas privativas de la libertad sin límite de tiempo -lo ha dicho la Corte-, antes que juzgarse a partir de la sanción impuesta al ciudadano, deben evaluarse desde la perspectiva de la exigencia que se impone al ejercicio del cargo, pues de este modo no sólo se logra conservar incólume

a idoneidad del servidor público en lo que toca con el desarrollo y ejecución de sus funciones, sino también permite transmitirle a la comunidad un cierto grado de confianza en lo relativo al manejo de los asuntos de interés general pues hace suponer que éstos se encuentran a cargo de personas aptas cuyo comportamiento no ha sido objeto de reproche jurídico alguno”.<sup>33</sup>

En este punto, es de criterio del autor, que se requiere avanzar de una mejor manera en la calificación de las conductas, pues no existe un punto de comparación razonable que cubra de manera uniforme la inmensa arena de la psicología criminal como para determinar de manera unánime y perenne una sanción, si bien es menester del ordenamiento jurídico la protección de los intereses colectivos, el ejercicio de absoluta prevención que contempla la inelegibilidad permanente puede tener aristas que merecerían considerarse de manera diferente, por ejemplo, no es lo mismo pensar en un reproche derivado de un delito como lesiones personales a una sentencia judicial con ocasión de un peculado por apropiación.

## **PÉRDIDA DE INVESTIDURA**

La investidura se entiende como el evento mediante el cual un ciudadano asume la responsabilidad de representar al pueblo a través del acto de posesión en un cargo público, integrándose a su vez a un órgano de autoridad estatal.

Esto conlleva a que sus actuaciones deben estar revestidas de comportamientos éticos que dignifiquen el cargo que ejerce como resultado de la democracia participativa.

Este hecho motivó al constituyente a que, en aras de preservar la confianza depositada por el pueblo, la moralidad de la actividad de los funcionarios públicos y el cumplimiento de los deberes establecidos para dicho fin, estableciera como sanción a la infracción de dichas normas la pérdida de autoridad endilgada al ciudadano en función de su cargo, es decir de investidura. Al respecto el Consejo de Estado ha señalado:

---

33 Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 2005.

El proceso de pérdida de investidura es un juicio sancionatorio de estirpe constitucional, que puede culminar con la imposición de un castigo de carácter jurisdiccional, por la transgresión del código de conducta que la Constitución Política consagra para los congresistas.

El artículo 1 de la ley 1881 de 2018 lo define como un proceso sancionatorio de responsabilidad subjetiva que puede ejercerse “en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución”.

Así, el carácter sancionatorio que reviste la pérdida de investidura implica una excepción al principio de la capacidad electoral, en cuanto todo ciudadano puede ser elegido mientras no exista norma expresa que limite su derecho. Las causales que la legislación consagra para decretarla son taxativas y, por lo tanto, no pueden extenderse a otras conductas, aun cuando con éstas se incumplan los deberes como congresista o se incurra en prohibiciones o, incluso, en la comisión de delitos.

El artículo 183 de la Constitución Política señala que los congresistas perderán su investidura cuando incurran en violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades o al régimen de conflicto de intereses, en el incumplimiento de algunos de los deberes inherentes a la dignidad del cargo en los casos taxativamente dispuestos por la norma, o cuando resulten responsables por la indebida destinación de dineros públicos o por el tráfico de influencias debidamente comprobado; además, el artículo 109 (inciso séptimo) ibídem, modificado por el acto legislativo 1 de 2009, dispuso que “la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de la investidura o del cargo”.

La acción de pérdida de investidura, ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, obedece “al empeño del constituyente de ordenar la gestión de los intereses públicos” y a la necesidad de contar con un mecanismo que permita preservar la dignidad que implica ser miembro de la más alta Corporación de la

democracia participativa dentro del Estado de derecho y a la cual corresponde ejercer, fundamentalmente, la labor legislativa, razón por la cual el ejercicio de dicha acción está radicado en cabeza de cualquier persona.

Se trata -como se dijo- de un proceso judicial especial, de raigambre constitucional, de carácter sancionatorio, que conlleva, en caso de hallarse configurada alguna de las infracciones anotadas en precedencia, a la drástica sanción de separación del cargo, esto es, de la pérdida definitiva de la calidad de congresista, en los casos en que se demuestre que éste actuó de manera dolosa o culposa, con lo cual se configura una inhabilidad permanente para acceder a los cargos públicos que señalan la Constitución y la ley.<sup>34</sup>

Ahora bien, dado que la figura de pérdida de investidura es de rango constitucional, se hace necesario citar los artículos en los cuales se encuentran establecidos tanto las causales de configuración de la falta como la autoridad competente para decretarla.

Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

PARÁGRAFO. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

Artículo 184. La pérdida de la investidura será decretada

por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.

Corresponde al Consejo de Estado declarar la pérdida de la investidura.

Respecto a la importancia de la introducción de la norma por el constituyente y la discusión frente a la competencia para dirimir dicha falta, la Corte Constitucional ha hecho una ilustración respecto al desarrollo de la norma los siguientes términos:

Es indiscutible que una de las reformas más importantes efectuadas por el Constituyente de 1991 relacionadas con el Congreso de la República, fue la de la creación de la institución de la pérdida de la investidura, consagrada en el artículo 183 de la Carta Política, con el propósito de dignificar la posición de Congresista, enaltecer sus responsabilidades y funciones, con la posibilidad de que, frente a la inobservancia del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o el surgimiento del conflicto de intereses por parte de los mismos, así como de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, se pudiese sancionar a quien incurra en la violación de las causales previstas en dicha disposición con la pérdida de la investidura, sin que esta decisión dependiera de un previo pronunciamiento judicial.

En efecto, en la Asamblea Nacional Constituyente el tema comenzó a ser debatido en la Comisión Tercera, con ponencia original del Constituyente Luis Guillermo Nieto Roa. Luego se discutió sobre la base del proyecto presentado por la Comisión nombrada como ponente colectivo, integrada por los Delegatarios Alfonso Palacios Rudas, Hernando Yepes Arcila, Álvaro Echeverry Uruburu, Antonio Galán y otros, según consta en el medio oficial de publicación de la Asamblea.

El planteamiento general de los proponentes de la iniciativa se fundamentó en el altísimo nivel que supone la categoría de Congresista. De ahí que las consecuencias de la violación de los deberes, funciones y responsabilidades inherentes al cargo debieran

corresponderse con una sanción igualmente drástica. La subcomisión encargada de articular la propuesta, al considerar la regulación de la institución pretendió, pues, recuperar el prestigio del Congreso.

El criterio de la comisión fue unánime en cuanto a que el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la pérdida de la investidura como condigna sanción. Fue también el parecer unánime de la comisión que, dada la alta posición del Congresista, la violación de este régimen no podía acarrear una sanción inferior a la pérdida de la investidura. Así fue propuesto por esta, con la obligación de que la ley estableciera un procedimiento abreviado mediante el cual la Corte Suprema de Justicia decidiera en un plazo no superior a veinte días.

En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente la controversia central giró en torno a la Corporación a la cual adscribir la competencia para conocer del proceso de pérdida de investidura.

Al respecto se plantearon tres tesis:

La primera sostenía que la Corte Suprema de Justicia debía ser la Corporación encargada de conocer de la pérdida de la investidura, pues, afirmaban sus proponentes, en estricto sentido se trataba de un litigio si no penal, por lo menos equivalente a un enjuiciamiento.

Los defensores de la segunda concepción eran partidarios de que el conocimiento de la pérdida de la investidura se asignara a la Corte Constitucional, tal como lo propusieron en su momento el Gobierno Nacional y el Constituyente Echeverry Uruburu.

Una última corriente propendía porque la competencia correspondiese al Consejo de Estado ya que, en opinión de sus adherentes, la pérdida de la investidura tiene naturaleza administrativa. Para los partidarios de esta alternativa, no resultaba conveniente que la Corte Constitucional conociera de la pérdida de la investidura, por cuanto la conformación de esa alta corporación estaba dada por la elección que efectuara el Senado de la República. Por ello, sostenían, se aseguraba una

mayor independencia e imparcialidad en el juzgamiento si este se encargaba al Consejo de Estado, Corporación que no dependía en su integración del Congreso de la República.

Los Constituyentes que avalaban esta tesis sostenían, además, que la pérdida de la investidura, en cuanto sanciona al Congresista que incumple sus deberes o que incurre en unas determinadas faltas, es en esencia un proceso disciplinario del cual debe conocer el Consejo de Estado, comoquiera que esta Corporación conoce de las demandas electorales. Esta fue la propuesta finalmente acogida y así quedó consignada en los artículos 183 y 184 de la Constitución Nacional.

Debe anotarse al respecto, asimismo, que la figura constitucional de la pérdida de la investidura de los Congresistas, encuentra como antecedente el Acto Legislativo Número 1 de 1979. Ciertamente, fue la reforma constitucional de 1979 la que instituyó, por primera vez en el país la pérdida de la investidura, y contempló que de ésta sería competente para decretarla el Consejo de Estado.

De manera semejante a la regulación normativa que se consagraba en el artículo 13 del Acto Legislativo Número 1 de 1979, el artículo 183 de la Constitución de 1991 contempla como causales que acarrear la pérdida de la investidura, la violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades y el surgimiento de conflicto de interés; igualmente, prevé que la inasistencia injustificada da lugar a esta sanción, aun cuando disminuye a seis el número de sesiones plenarias de las que el Congresista debe haber ausentado; finalmente, agrega las causales configuradas por la indebida destinación de dineros públicos y el tráfico de influencias debidamente comprobado.

Al tenor del artículo 184 de la Constitución Nacional, hay dos mecanismos para que el Consejo de Estado, como organismo judicial competente, inicie un proceso de pérdida de la investidura de un Congresista: bien, por solicitud que en tal sentido formule la Mesa

Directiva de la Cámara correspondiente, o que ante dicha Corporación presente cualquier ciudadano.<sup>35</sup>

Ahora bien, respecto a las particularidades de la figura de pérdida de investidura, el Consejo de Estado resalta los siguientes aspectos:

En ese orden de ideas, es posible delimitar el medio de control y el proceso pérdida de investidura a partir de las siguientes características:

i. Es de naturaleza sancionatoria, pues hace parte del *ius puniendi* del Estado y, a diferencia de los procesos sancionatorios administrativos, la competencia para tramitarlo y decidirlo corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en el procedimiento previamente establecido por el legislador, con estricto apego a todos y cada uno de los subprincipios y subreglas que integran el derecho al debido proceso, contenidos en el artículo 29 de la Carta Política, incluido el de favorabilidad.

ii. El objeto del proceso es de carácter ético, en tanto las causales establecidas por el Constituyente reflejan un código positivizado de conducta, que tiene por objeto reprochar y sancionar comportamientos contrarios a la dignidad del cargo que ejercen los representantes del pueblo. Dignidad que surge con el voto ciudadano y el principio de representación democrática.

A partir de la tipificación de las conductas objeto de reproche, ha de entenderse que el juez de la pérdida de la investidura debe juzgar si determinada conducta, acto o acción de quien ostenta la representación popular se ajusta a lo que el Constituyente y el legislador esperan de él.

Entonces, el juez de la pérdida de investidura debe determinar si el demandado, con su conducta, lesionó la dignidad del cargo que ostenta y el principio de representación, a partir del análisis de las específicas causales que fijó el Constituyente. Son causales que imponen deberes y restricciones comportamentales

---

35 Corte Constitucional. Sentencia No. C-319 de 1994.

a los aspirantes (inhabilidades) y a los integrantes (incompatibilidades y otras prohibiciones) de las corporaciones de elección popular.

En suma, el juicio de pérdida de investidura recae sobre el comportamiento ético de los congresistas y, en caso de acreditarse la configuración de la causal, se generan consecuencias jurídicas y políticas, en tanto la Carta Política impide que la persona vuelva a participar de los cuerpos colegiados de representación popular.

iii. El proceso de pérdida de investidura es de carácter o naturaleza jurisdiccional, que genera un impacto directo sobre los derechos políticos de quien resulta sancionado, en tanto si se remueve la investidura del congresista, se produce una inhabilidad para ocupar cargos de elección popular.

iv. La sanción de desinvestidura no es redimible y, por el contrario, es de carácter permanente. Pese a que uno de los principios axiales de la Constitución Política de 1991 es la inexistencia de penas imprescriptibles, según el artículo 28 superior, en este caso la sanción conlleva a que la persona declarada indigna no pueda aspirar nuevamente a cargos de elección popular. Esta aparente antinomia o contradicción se explica y justifica porque la pérdida de investidura busca amparar y hacer prevalecer el principio democrático, que identifica y define al Estado Colombiano, de modo que el derecho a ser elegido tiene que ceder, frente al respeto de la democracia, impidiendo que quien ha defraudado ese principio vuelva a ser depositario de la confianza del elector:

En atención a la altísima dignidad que supone el cargo de Congresista y a la significación del Congreso dentro de un Estado democrático, la Constitución ha previsto una sanción particularmente drástica para las infracciones anotadas, puesto que la pérdida de la investidura implica no solo que el congresista pierde su calidad de tal, sino que, además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista.

Los miembros de las corporaciones públicas deben mantener incólume la dignidad que ostentan como representantes del pueblo. Eso es valioso para la

democracia representativa. En efecto, el carácter de los representantes del pueblo, su comportamiento ético, es definitivo pues de ellos se espera, más que un conocimiento especializado en determinados temas, los más altos criterios de decencia, pulcritud, rectitud y honestidad.

Por consiguiente, la pérdida de investidura no indaga y emite juicios de valor sobre el criterio moral de los congresistas –su opinión y su voto–; *contrario sensu*, una verdadera democracia debería garantizar una representación variada de los diferentes sectores, culturas, comunidades, religiones, etnias y pensamientos de la sociedad, desde los mayoritarios hasta los minoritarios. Sin embargo, la pérdida de investidura sí juzga la condición de la conducta, del acto o de la acción de un congresista, porque valora su relación con el mundo exterior, sus inhabilidades, sus impedimentos, las prohibiciones a ciertos actos, así como el conflicto de intereses.

El instrumento de la pérdida de investidura es valioso porque permite valorar el comportamiento de los representantes elegidos por el pueblo, se efectúa de esta forma un control judicial de actos de corrupción de los parlamentarios. En este punto, es preciso recordar que por corrupción no solo debe entenderse la compra, venta, gestión o influencia sobre una persona para la obtención de beneficios otorgados a favor de alguien, sino que constituye, en términos políticos, “todo acto que tiene como finalidad desviar al actor político de la función que le corresponde, de la responsabilidad que debe ejecutar en virtud de su cargo”. El acto de corrupción, es aquel consistente en desviar o evadir las funciones y responsabilidades propias del cargo y, por tanto, puede ser un ejercicio unipersonal en el que no intervengan otras personas, sino simplemente el servidor público que ejecuta el acto de corrupción.

La institución de la pérdida de investidura no contempla graduación alguna ni frente a las causales ni frente a las sanciones. Todas las causales son lo suficientemente graves para imponer la pena consistente en la pérdida definitiva del derecho a continuar ostentando la investidura y a volver a ser elegido como miembro de una corporación de elección popular.

De ese modo, la Constitución envía un mensaje claro: la dignidad de ser representante del pueblo es un valor tan alto y delicado que cualquiera de las causales de pérdida de investidura es suficiente para expulsar definitivamente de la vida política a quien resulte responsable de la afectación de la dignidad del Congreso, por incurrir en alguna de las conductas previstas como causal de pérdida de investidura.

Sin embargo, no hay lugar a adelantar dicha acción cuando se ha producido el deceso del acusado, pues la responsabilidad sancionatoria es personalísima.

v. Es un medio de control o acción pública y, por tanto, tiene una amplia legitimación por activa, en tanto cualquier ciudadano puede formular dicha solicitud, además de la atribución otorgada a la mesa directiva de cada una de las cámaras que integran el Congreso de la República, en los precisos términos de la ley 5 de 1992, artículo 41, numeral 7, y artículo 4º de la ley 1881 de 2018.

La facultad que tiene todo ciudadano para impetrar esta acción, materializa, como lo ha reconocido esta Sala, el ejercicio democrático y el control ciudadano al que están sometidos los poderes públicos.

En conclusión, la pérdida de la investidura es una acción pública, que da origen a un proceso de carácter jurisdiccional y sancionatorio de propósito ético, con consecuencias políticas, en el sentido específico de restar en parte los derechos políticos de los ciudadanos; que castiga la violación de un régimen especial creado para los congresistas y los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, el cual tiene por fundamento la protección y la preservación del principio de representación y de la dignidad en el ejercicio del cargo que confiere el voto popular.

vi. El proceso sancionatorio de pérdida de responsabilidad subjetiva, ya que es preciso que investidura es un juicio de se verifique que la conducta del congresista o excongresista demandado, al incurrir en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la

Constitución, fue dolosa o culposa tal como lo establece el artículo 1º de la ley 1881 de 2018 y la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional.

Mediante sentencia SU-424 de 2016, la Corte Constitucional dejó sin efectos dos sentencias proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. El fundamento constitucional en que se hizo consistir la vía de hecho, por defecto sustantivo, fue el haber dejado de realizarse el juicio de responsabilidad subjetivo o culpabilístico de los congresistas. En tal virtud, para la Corte es indispensable que, en todo proceso de pérdida de investidura, trátase o no de las anteriormente llamadas causales objetivas (v.gr. no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras) subjetivas (v.gr. tráfico de influencias o indebida destinación de dineros públicos) se efectúe un juicio de reproche al comportamiento del congresista demandado.

De conformidad con lo anterior, para el tribunal constitucional es indispensable que en el proceso de pérdida de investidura se respeten no solo todas las garantías del principio-derecho al debido proceso, contenidas en el artículo 29 de la Constitución Política, sino que, igualmente, se efectúe un análisis de culpabilidad. La Corte Constitucional puntualizó:

Entonces, dentro de los elementos que se deben valorar en los procesos de pérdida de investidura se destaca la culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión, aspecto que implica verificar si se está ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.

Como se indicó, la Sala Plena de esta Corporación acogió el anterior razonamiento en sentencia del 27 de septiembre de 2016, oportunidad en la que, en términos muy similares a los de la Corte Constitucional, se insistió en la distinción entre el medio de control de nulidad electoral respecto del de pérdida de investidura,

en cuanto este último supone el juzgamiento del comportamiento humano y su censura o reproche.<sup>36</sup>

## **EJERCICIO DE JURISDICCIÓN O AUTORIDAD**

Se trata de una inhabilidad dispuesta para cargos del orden territorial la cual, según el desarrollo jurisprudencial y en atención del espíritu de las inhabilidades, busca el cumplimiento de los principios de la función pública, y en especial evitar la cooptación por parte de antiguos servidores públicos, que en ejercicio de sus cargos puedan influir en el elector en su favor, para acceder a algún cargo de elección popular.

Es así como en el ordenamiento jurídico colombiano se impuso dicha inhabilidad conforme la disposición territorial de la circunscripción en la cual se cuentan los votos para elegir a la respectiva autoridad. Es así que se ejemplificará concretamente en los casos que se relatan a continuación:

El régimen de inhabilidades para ser gobernador ha sido consagrado en el artículo 30 de la ley 617 de 2000, que a la letra indica:

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

(...)

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

---

36 Consejo de Estado. Sentencia 3883 de 2019.

(...)

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

6. Quien haya desempeñado el cargo de contralor departamental o procurador delegado en el respectivo departamento durante un período de doce (12) meses antes de la elección de gobernador.

7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional.

De conformidad con la norma citada, no podrá ser inscrito como candidato para la gobernación, quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, así mismo, quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

La inhabilidad en este caso también se configura frente a quien dentro de los 12 meses antes de la elección hubiera ejercido el cargo de contralor departamental o procurador delegado.

A su vez, en el caso de las alcaldías se dispuso, en el artículo 95, modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000 que las inhabilidades para ser alcalde, son:

Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

(...)

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección.

Como puede observarse, la misma inhabilidad se hace extensiva a quienes desean ocupar el cargo de Alcalde Municipal.

Ahora bien, en cuanto a los miembros de corporaciones públicas del orden territorial el ordenamiento jurídico establece, por ejemplo, lo contemplado en el artículo 33 de la ley 617 de 2000:

Artículo 33. De las inhabilidades de los diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

(...)

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o

militar, en el respectivo departamento, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

(...)

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.

A su vez, el artículo 43 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000 de las inhabilidades para ser concejal, son:

Artículo 40. De las inhabilidades de los concejales. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración

de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

(...)

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha.

En virtud de las normas anteriormente descritas las cuales son comunes a los cargos señalados, es necesario proporcionar el alcance de la norma, es decir, al carácter taxativo de dichos preceptos. Así pues, las inhabilidades deben estar consignadas en una norma constitucional o legal, y las interpretaciones jurídicas que de ellas se hagan no pueden deducirse por analogía, por extensión o por la autoridad judicial o administrativa.

La Corte Constitucional<sup>37</sup> explica el carácter taxativo y la forma expresa, por medio de la cual se deben aplicar e interpretar mediante un criterio restrictivo las inhabilidades e incompatibilidades, señalando entonces lo siguiente:

Ha señalado esta corporación que, por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por ende, con exclusión de un criterio extensivo.

---

37 Corte Constitucional. Sentencia C-903 de 2008.

Por razón del interés general, la Constitución establece en forma expresa y excepcional, causales de inhabilidad e incompatibilidad en relación con los servidores públicos, y específicamente respecto de algunos de ellos, como los miembros del Congreso de la República, el presidente de la República, los diputados y los concejales.

Las causales constitucionales de inhabilidad e incompatibilidad tienen en unos casos carácter taxativo; en los demás casos pueden ser establecidas o ampliadas por el legislador, por disposición expresa del constituyente o en virtud de la cláusula general de regulación de la función pública.

Así pues, para que se estructure la causal de inhabilidad de que tratan los numerales antes citados (en la ley 617 del 2000), debe precisarse que ella requiere la demostración de los siguientes elementos concurrentes, presentes en las resoluciones del Consejo Nacional Electoral:

- i) Que quien aspire a ser elegido o haya sido elegido como Gobernador, Diputado, alcalde o Concejal Municipal o Distrital, hubiese tenido el carácter de empleado público.
- ii) Que ello haya sido dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección.
- iii) Que, en desarrollo del empleo público, hubiere ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar.
- iv) Que las anteriores situaciones tuvieran lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la elección, esto es, en el respectivo municipio o departamento.

Ahora bien, lo relevante para que se configure esta inhabilidad no es la calidad en la que se ejerce la función, sino la potencialidad que se tiene de ejercer funciones que impliquen ejercicio de autoridad. Así se ha dicho al señalar el tratamiento de la jurisprudencia a la inhabilidad configurada en una situación administrativa de encargo.

A diferencia de los demás elementos configurativos de la causal, este, ha sido objeto de particular interpretación por la parte demandada. Primero, porque a manera

de comentario general consideran que se trata de una situación precaria que no conlleva ni traslada al funcionario encargado, la totalidad de las atribuciones y responsabilidades derivadas de las funciones ahora a su cargo.

También insisten en que la circunstancia de que la esposa del demandado fuere funcionaria de carrera administrativa marca la diferencia, ya que, para ella, so pena de verse afectada la prestación del servicio o estar incurso en causal de retiro forzoso por incumplimiento grave de sus funciones, el referido encargo era de forzosa aceptación.

La situación del encargo está consagrada en el artículo 25 de la ley 909 de 2004. Pues bien, según lo dicho por esta Sección, se concluye que dicha situación administrativa sí puede configurar la causal de inhabilidad alegada.

Esta Sala sobre el particular concluyó:

“En contraposición a la anterior tesis, esta Sala sostiene que, con el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no solo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como, por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo.

(...)

El concepto de encargo trae implícito el desempeño de funciones constitucionales y legales asignadas al titular, como lo ha afirmado esta Corporación en forma reiterada. Así se pronunció al respecto:

“El encargo implica de por sí para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido el encargo, en forma parcial o total de las mencionadas funciones, según lo señale el acto administrativo que lo confiere sin que se requiera por dicha razón, de una delegación de funciones. Ha de entenderse, asimismo, que si el acto que confiere el encargo no establece expresamente qué clase de funciones puede ejercer la persona en el empleo para

el cual ha sido encargada, ella está en capacidad de cumplir todas aquellas funciones propias o inherentes del cargo que se va a desempeñar temporalmente.

De esta manera, si bien la situación en la que se encontraba la señora Jaramillo Hurtado, especialmente por la categoría del cargo que ocupaba con antelación a su encargo, pudiera no coincidir exactamente con la de la situación fáctica de la sentencia citada atrás, lo relevante de las conclusiones a las que en su oportunidad llegó la Sección es que para efectos de la configuración de la causal resulta irrelevante el título jurídico con el que se detenta la función o el cargo, de forma que, “a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no solo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo”.

Sobre la configuración del segundo elemento de prosperidad de esta inhabilidad, ha referido el Consejo de Estado:

“Frente a este punto, el numeral 5 del artículo 30 de la ley 617 de 2000 es claro en su redacción y establece que, para efectos de la configuración de la causal de inhabilidad, es necesario que la persona con la cual se tenga el vínculo al que nos hemos referido en el numeral anterior, haya ejercido autoridad dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha en la que tuvo lugar la elección.

Pues bien, como las elecciones territoriales en las que se eligieron a gobernadores, alcaldes, diputados y concejales se realizaron el pasado 30 de octubre de 2011, ha de concluirse que el periodo inhabilitante en el *sub judice* terminó ese día y empezó el 30 de octubre de 2010.

Sobre el tercer requisito de estructuración de la causal de inelegibilidad en estudio, se ha dicho:

Ahora bien, sobre el elemento territorial consagrado en el artículo 30 numeral 5 de la ley 617 de 2000, se

encuentra que sólo es necesario que la autoridad se “ejerza” al interior del territorio al que se refiere la causal de manera que no es requerimiento que la autoridad se ostente respecto de todo el departamento, sino que basta que tal circunstancia se presente dentro o al interior de éste, así, con claridad esta Sección ha dicho que:

“Como elemento territorial, el numeral 5° del artículo 30 de la ley 617 de 2000 establece que el funcionario inhabilitante debió ejercer autoridad en el respectivo departamento (...).

“(...) la norma legal que establece la inhabilidad no exige que el funcionario haya ejercido la autoridad mediante el desempeño de un cargo del orden departamental, en forma tal que los servicios se hayan prestado de manera exclusiva en el departamento, como lo plantea el apoderado del demandado. En realidad, se exige que el funcionario haya ejercido autoridad en el respectivo departamento, lo cual significa que esa autoridad puede provenir del desempeño de un cargo del orden nacional, como en este caso.

En efecto, el numeral 5° del artículo 30 de la ley 617 de 2000 señala que la inhabilidad se establece respecto de funcionarios que “... hayan ejercido autoridad en el respectivo departamento ...”, lo cual permite afirmar que sólo indica el territorio en el que los funcionarios deben haber ejercido la autoridad para que se conviertan en inhabilitantes para su pariente, cónyuge o compañero permanente que sea candidato o hubiere resultado elegido gobernador, más no señala el cargo que se debe desempeñar ni el orden a que pertenezca.

Con la misma lógica de la sentencia en cita, y atendiendo al alcance del concepto jurídico de territorio, concluye la Sala que para que se configure el elemento espacial del caso objeto de estudio es preciso que, la autoridad se ejerza al interior del departamento de Caldas, del cual, por supuesto, hacen parte todos sus municipios, incluida su Capital.

Sobre el punto, la Sala Plena del Consejo de Estado al revisar el alcance de esta causal en lo que respecta aún a Representantes a la Cámara, cuya circunscripción

electoral, al igual que la de los gobernadores, es del orden departamental ha concluido que: “De esta manera, es claro que en el departamento de Risaralda la circunscripción, para efectos electorales de la elección de Representantes a la Cámara, está conformada por el departamento, que desde luego alude a todo el territorio, con las entidades territoriales que lo componen. De este criterio ha sido la Sala Plena, quien manifestó al respecto -en un caso idéntico- sentencia del 28 de mayo de 2002 -exps. acumulados PI-033 y PI-034- que:

De acuerdo con el artículo 176 de la Constitución la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales. Para la elección de Representantes a la Cámara cada departamento y el distrito capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. En consecuencia, los municipios que integran un departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial y por ello está inhabilitado para inscribirse como representante a la Cámara quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente, o parentesco, en los términos señalados por la ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en municipios del mismo departamento por el cual se inscribe”.

El anterior criterio recientemente fue ratificado el año pasado, por la Sala Plena de esta Corporación, cuando resolvió varias demandas electorales y de pérdida de investidura con fundamento en la causal de ejercicio de autoridad por parte de pariente.

En el contexto antes descrito, es claro, que el requisito espacial a que hace referencia la inhabilidad atribuida al gobernador demandado, según el cual el ejercicio de autoridad por parte de pariente debe tener lugar “en el respectivo departamento”, debe ser entendido bajo el concepto de territorio antes descrito”.<sup>38</sup>

---

38 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Fallo del seis (06) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación No. 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado). Demandante: Pilar Rosario Ruíz Castaño y otro. Demandado: Guido Echeverry Piedrahíta.

Teniendo en cuenta los elementos constitutivos de la causal de inhabilidad, debe entonces precisarse los conceptos de Autoridad Civil, Autoridad Política y Autoridad Administrativa, los cuales fueron establecidos en los artículos 188, 189 y 190 de la ley 136 de 1994 de la siguiente manera:

Autoridad Civil: Para efectos de lo previsto en esta ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.
3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

Autoridad Política: Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.

Dirección Administrativa: Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer

horas extras, vincular personal supernumerario, fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.

El Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, en las cuales ha establecido los lineamientos y diferencias entre los conceptos anteriormente señalados. Es así como en fallo reciente ha establecido:

Evidentemente, existe una definición legal orientadora que establece el alcance y contenido del concepto de autoridad administrativa y desde el cual la propia Jurisprudencia ha elaborado su casuística para cada evento en particular. Aquel atiende al pluricitado artículo 190 de la ley 136 que establece claramente dos criterios: El orgánico según el cual, al margen de las labores que efectivamente lleguen a desarrollar, son considerados *per sé* servidores públicos con autoridad administrativa el alcalde, los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, los jefes de las unidades administrativas especiales como superiores de los correspondientes servicios municipales y los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno.

Y el funcional según el cual, también ejercen autoridad administrativa sin ser necesariamente los antes mencionados, aquellos empleados autorizados para celebrar contratos o convenios, ordenar gastos con cargo a fondos municipales, conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; de igual forma la tienen los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.<sup>39</sup>

---

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 20 de octubre de 2017. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

De lo expuesto por el Consejo de Estado claramente se establecen dos criterios aplicables, en razón a la inhabilidad en cuestión: en primer término, el criterio orgánico el cual se configura en aquel servidor público, por la naturaleza del cargo detentado; por su parte el criterio funcional se extiende a algunos funcionarios autorizados o delegados para ejercer cierta clase de acto como autoridad administrativa sin perjuicio de la naturaleza propia de su cargo.

Ahora bien, en el presente capítulo, también se incluyó dentro de la normativa descrita, la inhabilidad común de los familiares de aquel servidor público que ejerza como autoridad administrativa, autoridad civil o autoridad política.

Esto es respecto del Gobernador, el artículo 30 de la ley 617 de 2000 establece:

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

(...)

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

Respecto de la Alcaldía, el artículo 37 de la ley 617 de 2000 dispone sobre el particular:

Artículo 37. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

En lo que respecta a las Asambleas, el artículo 33 de la ley 617 de 2000 establece:

Artículo 33. De las inhabilidades de los Diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

(...)

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.

Para finalizar, para los Concejos Municipales, la ley 617 de 2000 dispone sobre la inhabilidad en comento:

Artículo 40. De las inhabilidades de los concejales. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha.

Del recuento normativo realizado, teniendo en cuenta la conceptualización previamente realizada sobre los conceptos legales de autoridad civil, autoridad administrativa y autoridad política, aunado a los cuatro requisitos para la configuración de la inhabilidad, los cuales fueron previamente expuestos, entonces debe señalarse que la ley hace extensiva la inhabilidad a ciertas personas por su relación directa frente al funcionario en los grados expresamente señalados.

En efecto, como puede observarse, quien fuera cónyuge o compañero o compañera permanente, quien se encuentre en el segundo grado de consanguinidad (tercer grado para el caso de Diputados), quien se encuentre en primer grado de afinidad o único civil, con un funcionario que dentro de los doce meses anteriores a la elección haya ejercido como autoridad civil, administrativa, política o militar, en su respectiva jurisdicción, se encontrarán en causal de inhabilidad.

## **DOBLE NACIONALIDAD**

En atención a esta inhabilidad debemos establecer dos situaciones especiales: en primer término, la inhabilidad general para ocupar cargos públicos establecida en la ley 43 de 1993, en virtud de la cual el legislador estableció una

restricción para acceder a algunos cargos específicos. En efecto los artículos 28 y 29 de la ley en comento establece la inhabilidad de la siguiente manera:

Artículo 28. Restricciones para ocupar ciertos cargos. Los colombianos por adopción no podrán acceder al desempeño de los siguientes cargos públicos:

1. Presidente o Vicepresidente de la República (artículos 192 y 204 C.N.)
2. Senadores de la República (artículo 172 C.N.)
3. Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de Judicatura (artículos 232 y 255 C.N.)
4. Fiscal General de la Nación (artículo 267 C.N.)
5. Miembros del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil (artículos 264 y 266 C.N.)
6. Contralor General de la República. (artículo 26 C.N.)
7. Procurador General de la Nación (artículo 280 C.N.)
8. Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro de Defensa Nacional.
9. Miembro de las Fuerzas Armadas en calidad de oficiales y suboficiales.
10. Directores de los organismos de inteligencia y de seguridad.
11. Los que determine la ley.

Artículo 29. limitaciones a los nacionales colombianos por adopción que tengan doble nacionalidad. Los nacionales colombianos por adopción que tengan doble nacionalidad, no

podrán acceder al desempeño de las siguientes funciones o cargos públicos:

1. Los referentes en el artículo anterior
2. Los Congresistas (artículo 179, numeral 7o. C.N.)
3. Los Ministros y directores de Departamentos Administrativos

En virtud de la normativa señalada, se enuncian algunos cargos que por su naturaleza no pueden ser ejercidos por colombianos por adopción o colombianos por adopción que tengan doble nacionalidad respectivamente.

Sin perjuicio de lo anterior, existen constitucional y legalmente otras restricciones para acceder a ciertos cargos específicos, los cuales poseen un carácter electoral, y son los que nos ocuparemos de manera específica en el siguiente documento.

Señala la Carta Política referente la inhabilidad de quien aspire al cargo de presidente o vicepresidente de la República:

Artículo 197. No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente.

No podrá ser elegido presidente de la República o vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya tenido la investidura de vicepresidente o ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación,

Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Auditor General de la República, Director General de la Policía, Gobernador de departamento o alcalde.

El precepto Constitucional citado, claramente establece una remisión a la norma constitucional establecida en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, la cual establece:

Artículo 179. No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.
3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.
4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.
5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.
6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.
7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente. La renuncia a alguno de ellos no elimina la inhabilidad.

En virtud de lo anterior, es claro que tanto para el cargo de presidente, vicepresidente y para los congresistas, se establece la inhabilidad en función de la doble nacionalidad, con excepción de los colombianos por nacimiento.

Por su parte en el régimen territorial, el régimen de inhabilidades frente a la doble nacionalidad, para ser gobernador ha sido consagrado en el artículo 30 de la ley 617 de 2000 que a la letra indica:

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

(...)

2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

De igual manera frente al régimen de inhabilidades de los diputados, el artículo 33 de la ley 617 de 2000 contempla en lo que respecta a la restricción por doble nacionalidad lo siguiente:

Artículo 33. De las inhabilidades de los Diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

De las normas relacionadas previamente debe manifestarse que si bien, en vigencia de la Constitución de 1991, inicialmente se expidió la ley 136 de 1994 por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, la cual establecía:

Artículo 95. Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

(...)

7. Tenga doble nacionalidad, con excepción a los colombianos por nacimiento.

La norma fue modificada por el artículo 37 de la ley 617 del año 2000, excluyendo expresamente la restricción para quienes opten por el cargo de alcalde, en tanto que, respecto a los concejales, en vigencia de la Constitución de 1991 no ha existido dicha inhabilidad.

Ahora bien, de la normatividad vigente que se ha hecho recuento, puede observarse que tanto para los cargos de presidente, vicepresidente, congresistas, gobernadores y diputados hay inhabilidad y por consiguiente no podrá ser elegido como tal quien “Tenga doble nacionalidad, con excepción a los colombianos por nacimiento.”

Así pues, se hace necesario analizar la restricción establecida para comprender su rango, en especial los criterios de nacionalidad, tanto por nacimiento como por adopción:

Sea lo primero establecer que la Carta Política establece la distinción entre los dos preceptos señalados de la siguiente manera:

Artículo 96. Son nacionales colombianos:

**1. Por nacimiento:**

a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;

b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

**2. Por adopción:**

a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;

b) Los Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento

domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron, y;

c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción. Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley.

En la Norma Constitucional relacionada, se establece claramente que son considerados nacionales colombianos ya sea por nacimiento o por adopción. Sobre el particular la Corte Constitucional ha manifestado:

La Constitución distingue entonces entre naturales de Colombia, cuya nacionalidad se determina por los sistemas del *jus sanguinis* y del *jus soli*, en algunos casos combinados con el *jus domicilii*, y, aquellos cuya nacionalidad se adquiere por integración secundaria -adopción-, fundamentada en la expedición del Acto administrativo que la otorga (art. 4o. ley 43 de 1993) bajo una de las siguientes modalidades: (1) la carta de naturalización, para los extranjeros en general; (2) la inscripción para los latinoamericanos y caribeños, condicionada esta última al “principio de reciprocidad” y (3) la incorporación adoptiva a la nacionalidad colombiana para los miembros de pueblos indígenas que comparten territorio fronterizo, condicionado igualmente por el “principio de reciprocidad según tratados públicos”.<sup>40</sup>

Así pues, en palabras de la Corte, en Colombia se establecen dos mecanismos para ser considerado nacional colombiano, por nacimiento, el cual en principio orientaría a que son colombianos quienes hubiesen nacido dentro del territorio; sin

---

40 Corte Constitucional Sentencia C-151 de 1997, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

embargo, la jurisprudencia, la doctrina y el ordenamiento jurídico han especificado los alcances de la acepción “por nacimiento.”

De tal suerte que, serán colombianos por nacimiento quienes: fueren hijos de padres colombianos (*ius sanguinis*) así se encuentren por fuera del territorio colombiano, o siendo hijos de extranjeros uno de ellos estuviera domiciliado en Colombia, en el momento de nacimiento (*ius domicilii*)

Por su parte, colombiano por adopción en virtud de un acto administrativo que le otorga, esto es por carta de naturalización, por inscripción fundamentada en principio de reciprocidad (para latinoamericanos y caribeños) o incorporación adoptiva de la nacionalidad, para pueblos indígenas quienes comparte zona fronteriza. En estos casos, la nacionalidad colombiana se accede por adopción.

Teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia señalada, es posible brindar el alcance de la inhabilidad por doble nacionalidad, y es que la misma se refiere a que no podrán acceder a los cargos de presidente, vicepresidente, congresista, gobernador y diputado quienes tuvieran doble nacionalidad exceptuando a quienes fueran colombianos por nacimiento.

Lo anterior, se reitera no significa que solo quien naciera dentro del territorio colombiano esta exceptuado de la regla, ya que la acepción “por nacimiento” trasciende al territorio y amplifica el concepto, en virtud de los principios “*ius soli*” “*ius Domicilii*” y “*Ius Sanguinii*”.

Así pues, la restricción contenida en las normas señaladas se circunscribe a quienes tengan doble nacionalidad y la nacionalidad colombiana se haya adquirido por adopción.

## **GESTIÓN DE NEGOCIOS ANTE ENTIDADES PÚBLICAS**

A la luz de la ley 1952 del 28 de enero de 2019, Artículo 5° que reza lo siguiente:

La sanción disciplinaria tiene finalidad preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados

internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.<sup>41</sup>

Esta causal de inhabilidad toma justificación en el acercamiento al imperioso propósito de prevención de que un candidato participe o tome parte de la gestión de negocios ante entidades públicas, y surge para evitar una o más situaciones preferentes ante los demás candidatos, luego que hay una inobservancia del equilibrio electoral y a su vez, una alteración del principio de imparcialidad.

Lo anterior tiene que ver con el espíritu general de la inhabilidad. No obstante, con igual importancia, este subtema hace caso a la exhortación gramatical de las palabras *gestión* y *negocio*. La Real Academia Española (2019) indica que: *gestión*, nace etimológicamente del latín *gestio-onis*, acción y efecto de gestionar; y *negocio*, del latín *negotium*, ofreciendo varios significados. Sin embargo, los de mayor pertinencia son los siguientes: aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés, o utilidad o interés que se logra en lo que se trata, comercia o pretende.

Con las citadas referencias conceptuales, cabe entender que el verbo gestionar es la acción de hacer actividades direccionadas a generar un objetivo, objetivo no clasificado y la palabra negocio, aborda un concepto más allá de lo económico, puesto que habla de obtener un interés o utilidad en lo que se está realizando, se permite una abierta lectura de negocio, la cual aborda cualquier clase de interés o utilidad.

Entonces, es dable proponer esta hipótesis, si un candidato de elección popular gestiona un negocio con una entidad pública y obtiene un beneficio que no implica el ganar un lucro, más si uno de clase extrapatrimonial, estaría incurriendo dentro de la causal, porque la formulación de la inhabilidad no precisa o cerca sobre qué clase de negocios son los que dan pie al nacimiento de la inhabilidad.

Cabe adicionar que esta exposición cobra valor en el artículo 27 del Código Civil Colombiano: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una

---

41 Ley 1952 de 2019. Artículo 5.

expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

La acepción de negocio amerita que se deriven muchos beneficios objeto de ser causal de inhabilidad; el candidato ha de tocar con guantes de seda los negocios de su gestión, toda vez que el universo casuístico (la realidad en sí misma) ha mostrado que la comunidad que está *ad portas* de elegir puede estar vendada por un telar de injerencias como los efectos positivos, llámese avances sociales, construcción de edificaciones, crecimiento económico entre otros, como frutos de la gestión de la persona que se postula al cargo. Así, dicho grupo votante está supeditado por el efecto de una gestión, y simultáneamente el candidato y los votantes se subsumen en las implicaciones de una gestión como argumento que valide su voto, echando de menos el plan de gobierno autónomo a esas actuaciones.

A tener en cuenta que, aunque sea una gestión de negocio con una entidad pública, no es óbice para que esa misma gestión actúe en representación del sector público, la bandera de campaña obedece a unas propuestas independientes de esta clase de gestión.

Igualmente, el good will, status, condición, fruto de ese gestionar, origina ventajosas oportunidades como candidato, puesto que es apremiado como un gran negociador, o con la posición de un gran líder, gestor, negociador de las necesidades del pueblo, y muchas más consideraciones que la ciudadanía le acredite. En este orden de ideas, ser intermediario en la ejecución de un proyecto para tiempos previos o post electorales, comporta la intensificación del ángulo mesiánico y no técnico hacia el candidato, dejando sin función el tenor constitucional y de derecho por el que debería estar conducido.

Con el norte que se le ha dado a esta temática, es oportuno considerar los debates que se han suscitado en torno a la gestión de negocios y celebración de contratos, por cuanto para muchos estas dos acciones son una sola, gozando del mismo significado. Sin embargo, muy bien la norma de normas de 1991 ratifica la independencia de estos accionares, y por este motivo es una errónea equiparación de términos.

Del mismo modo, es inválido considerar el pronunciar la existencia de un contrato como prerequisite en la gestión de negocios. La mera gestión, diligencia, actividad dentro de los negocios ante entidades públicas opera en la configuración de esta causal, eso sí, con el examen que cada caso amerite.

Entonces, es perceptible que esta causal de inhabilidad, se instale en las formulaciones de prevención, debido a que los candidatos en contienda, han de estar en un escenario lineal, sin intervención de jerarquía o preeminencias que desatiendan los postulados de igualdad.

Conforme con todo lo anterior, el Consejo de Estado indico:

La igualdad en materia electoral puede entenderse desde dos perspectivas a saber, la primera de ellas a nivel formal la cual garantiza que todo aquel que quiera hacer parte del proceso democrático pueda participar libremente, ya sea como elector o como representante de la voluntad popular en los cargos que se hayan dispuesto para tal fin” y “la segunda perspectiva de la igualdad, es decir, la igualdad material garantiza que los contendores compitan sin ventajas o ayudas, de forma tal que la persona que resulte electa lo sea gracias a un capital electoral propio, no trasladado o heredado y como resultado de una campaña política limpia, autónoma en la que todos hayan competido en igualdad de condiciones.<sup>42</sup>

## **CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES**

Estimar esta inhabilidad requiere de una importante remisión, a lo determinado en la ley 80 de 1993, en cuanto a la definición de los contratos estatales establecido en el artículo 32:

Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere

---

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro. Radicación No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulados).

el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo...

Con esta precisión conceptual, se distingue el umbral de contratos estatales y no de negocios ante entidades públicas.

De este modo, partiendo del significado de contrato estatal se resalta el efecto vinculante que este genera (contrato sinalagmático perfecto), en virtud que la obligatoriedad proporciona una marcada responsabilidad para el sujeto contratante como para el contratista.

Para efectos de seguir con la metodología y explicación en términos de precisión, se centrará atención en el contratista, por cuanto si hipotéticamente quien ostenta la calidad de contratista, y a la vez siendo candidato de elección popular celebra un contrato de carácter estatal, estará inhabilitado.

Igualmente, la contratación con el Estado se ajusta a los parámetros que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que en el artículo 39 condiciona mencionando formalidades que exclusivamente son propias de la contratación estatal.

Esta delimitación tiene fuerza para hacer la diferencia entre un contrato estatal con otra clasificación de otra naturaleza. La inhabilidad que se está trabajando, habla únicamente de contratos estatales. Además de esta cita jurídica, a través de la ley 1150 de 2007, mediante la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993, señala en el artículo segundo los medios de selección del contratista, especificando las modalidades y sus correspondientes reglas.

Con base en estas consideraciones, la celebración de contratos estatales, en voz del artículo 41 de la ley 80 de 1993, comunica que el perfeccionamiento del contrato se da bajo la configuración de estos elementos: a) acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, b) elevación a escrito. Adicionalmente la norma agrega que para la ejecución se exige del aval de la garantía y que haya una disponibilidad en el presupuesto, con sus correspondientes salvedades.

De conformidad con las pautas para la existencia de un contrato estatal, hay que detenerse en la celebración de este,

pues en palabras de la Corte Suprema de Justicia: “Celebrarlo significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales”.<sup>43</sup>

Y es que celebrar contratos de esta solemnidad, integra la relación entre un acuerdo de voluntades orientadas al cumplimiento de un objeto y de sus requisitos legales, en estricto sentido, si el candidato realiza una acción desviada de estos requisitos, generaría distintas clases de responsabilidad tanto disciplinario como penal.

Con todo lo dicho, el alma de esta prohibición responde a la salvaguardia del orden del gasto, en concordancia con la Constitución política, como el Estatuto General de Contratación, que de acuerdo con la estipulación de un pliego de condiciones restringen taxativamente a un contratista inobservante de tal condición a efectos de determinar su participación en el acuerdo de voluntades. En el ejemplo de haber incurrido en esta inhabilidad, el contrato es objeto de nulidad. Hay una dualidad de afectación, por una variante la afectación al posible cargo del candidato, como para el contrato celebrado.

El artículo 2 de la ley 1150 de 2007, como se señaló previamente, dispone las modalidades de celebración de los contratos estatales; sin embargo, es menester trazar la relación con lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la ley 80 de 1993, en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación estatal; por ejemplo, el funcionario que haya producido las causales constitutivas de caducidad entendida como la paralización del objeto contractual, no podrá celebrar contratos con el Estado dentro de los 5 años siguientes contados a partir de la firmeza del acto administrativo que la disponga. En tal sentido, las inhabilidades se entronizan como un régimen prohibitivo cuya teleología busca la garantía de la transparencia y selección objetiva.

---

43 Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, Sentencia No. SP712-2017, del 25 /01/2017.

## ANULACIÓN ELECTORAL

La ley 1437 de 2011 señala un procedimiento contencioso administrativo específico en materia de nulidad y en materia electoral; diferente al previsto para los actos administrativos generales (artículo 137) y para los actos administrativos de contenido particular y concreto (artículo 138); estableciendo las causales en el artículo 275 de la siguiente manera:

Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.

El constreñimiento al sufragante se encuentra previsto en el artículo 387 del Código Penal, y establece como verbos rectores dentro de sus supuestos de hecho, la amenaza o las presiones al elector.

De tal manera que la anulación del acto electoral por esta causal se deriva de la fuerza como forma a través de la cual se vicia el consentimiento.

2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.

La causal de anulación electoral a diferencia de la establecida en el numeral anterior, se determina frente a su procedencia con respecto a los elementos o documentos electorales, es decir, los formatos entre otros E14, E16 y E17 diseñados por la Registraduría Nacional del Estado Civil y no frente los actores o autoridades electorales que se interrelacionen en el sistema electoral.

3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.

La procedencia de esta causal opera en cuanto a la falsedad documental de corte material dentro de los formatos electorales con el objetivo de modificar el resultado de los comicios, a efectos de favorecer o perjudicar a un candidato en específico; lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal que haya a lugar.

4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.

Tanto el régimen político previsto en la ley 4 de 1913 como en el Código electoral y la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional han determinado que el sistema constitucional legalmente establecido para el reparto de curules, es a través del sistema denominado “cifra repartidora”, la cual determina una interrelación entre los conceptos cociente electoral y umbral, a efectos de distinguir que para los partidos y movimientos políticos, les corresponde un determinado número de vacantes, de acuerdo al porcentaje de votos obtenidos en la respectiva elección; de tal forma que el desconocimiento a tal sistema genera anulación de plano de la elección.

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad.

Cada cargo público de elección popular de forma individualmente considerada, posee una serie de requisitos para que una persona pueda acceder a él. De igual manera, normatividad tal como: la ley 5 de 1992, la ley 134 de 1994 y la ley 617 de 2000 determinan causales especiales y específicas que hacen inelegible a una persona que aspira a acceder a un cargo de elección popular; es así, como en caso de ser elegido, bien sea, un candidato que no acredite el pleno de requisitos legales o se encuentre en situación de inelegibilidad generará nulidad de su acto administrativo de nombramiento.

6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.

En aras de garantizar la transparencia del sistema electoral colombiano, el legislador consideró loable la existencia de una disposición normativa que permita la imparcialidad en el ejercicio de la función constitucional y legalmente transitoria a los jurados de votación y a los miembros de comisiones escrutadoras para evitar relaciones de parentesco con candidatos en el proceso electoral. De presentarse tal situación, genera nulidad del acto de elección.

7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.

La transhumancia como fenómeno electoral es aquel que implica el denominado trasteo de votos de personas no residentes en una circunscripción electoral a efectos de favorecer o elevar el caudal electoral de una persona en específico, situación que se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, en aplicación, del principio de territorialidad de las elecciones distintas a las de presidente, vicepresidente y congresista de la República.

8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política.

El transfuguismo es el hecho de índole electoral a través del cual, un candidato que se encontraba afiliado como militante de un determinado partido o movimiento político decide trasladarse a otro, sin el lleno de los requisitos legales y disposiciones estatutarias internas, diseñadas para tal fin, de tal manera que el candidato que incurra en tal situación, se verá avocado a la nulidad de su elección.



# 3. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ESPECIALES PARA LOS CARGOS

---

Aquí se desarrollarán de manera puntual las circunstancias de inelegibilidad que respecto de ciertos cargos los candidatos, la autoridad electoral, los partidos y los electores deben tener en cuenta a la hora de una postulación.

## **PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE**

La mayoría de países de América Latina desde los años ochenta, y en mayor medida en los noventa, han registrado una profunda etapa de cambios constitucionales, implicando la adopción de nuevas cartas políticas o la realización de considerables reformas constitucionales.

Es así que Colombia, el 4 de julio de 1991, promulgó una Constitución con un abanico de garantías, que en palabras del académico Carlos Ariel Sánchez Torres:

Ha tenido como eje central del debate político los derechos económicos, sociales y culturales sin que preocupara mucho por la necesidad de garantizarle al ejecutivo la “governabilidad”. Una vez cumplidos 15 años de vigencia de la Constitución Política de 1.991, el eje de las reformas a la Constitución ha sido virado hacia garantizar y fortalecer al ejecutivo la “governabilidad” como mecanismo necesario de fortalecimiento del poder presidencial<sup>44</sup>

---

44 Carlos Ariel Sánchez Torres. *Impacto de la reelección presidencial y la reforma política en las últimas elecciones*. Universidad Sergio Arboleda. P 2.

Bajo esta premisa, el Acto Legislativo 02 del 2004 representó un nuevo paradigma constitucional, al introducir en el artículo 197 superior, un párrafo transitorio que abría la posibilidad para la reelección presidencial, que años atrás se constituía como prohibición, de la siguiente manera:

Parágrafo transitorio: “Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial”

Con estos escenarios normativos se da nacimiento a un régimen presidencial fortalecido, pero que simultáneamente impartía notorios cambios en el sistema de checks and balances, el ejecutivo ocupaba una mayor participación de decisión y a toda luz sería un causal de desequilibrio en los poderes públicos y en el ejercicio. Tal y como cita Sánchez Torres:

En la medida que la reelección presidencial inmediata altera tanto la relación de poderes, la reforma equivale a una nueva constitución y mucho más si se considera que la Asamblea Constituyente de 1.991 fue celosa de los excesos de poder presidencial. Este cambio afecta la igualdad y la posibilidad de acceso de fuerzas diferentes a las del presidente al poder por la excesiva preminencia que adquiere el ejecutivo<sup>45</sup>

En atención a las modificaciones introducidas a la figura de la reelección presidencial, y en búsqueda de establecer unos parámetros de igualdad en el ejercicio del poder, para el año siguiente se aprueba el Acto Legislativo 02 del 2005, el cual reviste al artículo 197 de un carácter restrictivo a una futura reelección.

Es así, que avanzar conforme a los presupuestos democráticos y garantistas, era un elemento inaplazable para conservar el espíritu de la Constitución, implicando que un segundo periodo presidencial debilitaría la democracia y meta a la igualdad de condiciones electorales para los candidatos a la presidencia o vicepresidente con aspiraciones a presidente de la República.

La fórmula de la igualdad y participación representativa, reaparece en el artículo 197, al excluir la aplicación de la

---

45 Ibidem

reelección presidencial, en ejercicio del derecho a la igualdad, entre otros.

Una democracia constitucional auténtica reconoce al menos tres tipos de derechos constitucionales: derechos de defensa contra el Estado, que amparan la autonomía de la persona y la protegen contra un gobierno arbitrario; derechos a la igual participación política o de ciudadanía política, que tienen su expresión más clara en la universalidad del voto; y garantías materiales, que configuran una suerte de ciudadanía social, pues sólo con ellas existirán verdaderamente ciudadanos libres e iguales.<sup>46</sup>

Posteriormente y en atención a la modificación antedicha, el entonces presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, gobernó por un segundo periodo constitucional consecutivo (2006-2010); e inclusive hubo un intento de realización de un referendo a efectos de permitir un tercer periodo presidencial, el cual no fue avalado por la Corte Constitucional al generarse un tránsito peligroso hacia un presidencialismo exacerbado, además que implicaría una sustitución. En palabras de este Alto Tribunal:

Si a causa de la segunda reelección el sistema presidencial corre el riesgo de degenerar en el presidencialismo, si, además, el pluralismo, la participación y la noción de pueblo prohijada constitucionalmente sucumben ante la permanencia en el gobierno de una mayoría y si, por último, los elementos que configuran el modelo republicano se desvirtúan, ello quiere decir que la Constitución de 1991 no sería reconocible en la que llegara a surgir de la autorización de una segunda reelección presidencial.<sup>47</sup>

Así las cosas, en razón de lo considerado, una segunda reelección presidencial sustituye ejes estructurales de la Constitución Política y, por lo tanto, la ley 1354 de 2009 que busca hacer posible una reforma constitucional que la instituya vulnera la Carta y fue declarada inconstitucional.

---

46 Rodrigo Uprimny. *Separación de poderes y forma de gobierno en Colombia*. Revista de economía 2001. P 162.

47 Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010.

Visto lo anterior, tenemos que entre los años 2010 y 2014 (primer gobierno del presidente Juan Manuel Santos Calderón), el escenario en cuanto al presidente de la República este exclusivamente solo podía ser reelegido por un periodo adicional.

Sin embargo, en la segunda administración de Juan Manuel Santos, se profirió el Acto Legislativo 02 de 2015, el cual limitó la posibilidad de la reelección presidencial, a cualquier título:

No podrá ser elegido presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente.<sup>48</sup>

En conclusión, el panorama actual es que una persona solo puede ejercer la Presidencia de la República por una sola vez.

## **CONGRESISTAS**

Conducidos por una perspectiva explicativa sobre las inhabilidades de los congresistas, primero se ha optado por una remisión conceptual de la Institución del Congreso, concentrada en el artículo 133 de la ley de leyes, del cual se resalta el carácter de representación popular y la responsabilidad política como social que deriva su investidura.

Tal norma, responde al objetivo primordial de garantizar el cumplimiento de las funciones que el pueblo, la ley y Constitución les han conferido, pues su cargo está al servicio del bien común.

Como vimos, el Congreso lleva en primer renglón la representación del pueblo, por lo tal, la responsabilidad encomendada contiene una serie de inhabilidades que aseguran esta finalidad. Sentido que se puede ubicar en la Sentencia C-037/18:

---

48 Acto Legislativo 02 de 2015, artículo 9.

La finalidad de las inhabilidades, responde a la inaplazable necesidad de purificar los procesos de acceso a la función pública, entendidas aquellas, como hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en los términos de la respectiva norma, impiden a la persona acceder a la función pública.<sup>49</sup>

Tenemos en ese orden de ideas que las inhabilidades de los congresistas se encuentran reguladas en el artículo 179 del ordenamiento constitucional.

Si se observa el numeral 1: “Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”, ante esta clase de inhabilidades de componente sancionatorio, la Corte Constitucional en Sentencia C-1062 de 2003 ha manifestado que existen:

Dos tipos de inhabilidades atendiendo al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación: una primera clase agrupa los casos en que se establecen limitaciones para acceder a cargos públicos con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el inhabilitado; al paso que en la segunda clase la limitación para acceder a un cargo no se vincula con ninguna conducta previa de quienes resultan inhabilitados, sino que aquí simplemente se consagran requisitos que persiguen lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales. Dentro de la primera categoría se encuentran, por ejemplo, las inhabilidades por la comisión anterior de delitos y dentro de la segunda las inhabilidades por vínculos familiares”.<sup>50</sup>

Debido a la generalidad que la norma exhibe, las altas cortes, en aras de aplicar los parámetros de aplicación e interpretación que den lugar a conceptos menos oscuros o con lecturas improcedentes, se pronuncia reiterativamente precisando que la sentencia condenatoria con pretensión de limitar el derecho del elegido es válida en tanto haya sido debidamente notificada y ejecutoriada. Dado que, al retomar los principios de publicidad, cada uno de los sujetos

---

49 Sentencia C- 037 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

50 Corte Constitucional en Sentencia C-1062 de 2003.

procesales tiene el derecho a ser notificado de la decisión, o para el caso de la presentación de recursos y que aún no se le ha emitido respuesta, no hay una sentencia aplicable para la inhabilidad, ya que no está en firme. Cabe traer el expresar del Consejo de Estado en Decisión No. 2001-00098 de 2001 donde refirió que exclusivamente las condenas proferidas de manera definitiva se distinguirán como antecedentes penales y contravencionales.

A su vez, para los casos de delitos políticos, la norma de normas ofrece variadas disposiciones enfocadas en reiterar la aplicabilidad de las instituciones de amnistía e indulto, como salvedades para acceder al cargo de congresista. Sin embargo, esta excepción no es absoluta conforme a la ley 782 de 2002 y la ley 733 del mismo año.

Con el interés de dar continuación al contexto que enmarca las inhabilidades de los congresistas, se procede a dar estudio al numeral 2° “Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección”, un articulado basado en la garantía del derecho a la igualdad.

La ley 136 de 1994 por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios, parte desde el artículo 188 al 191 para desarrollar las definiciones de autoridad civil, administrativa y militar.

Además de estas estipulaciones, acudiendo al Consejo de Estado a través de Consulta 413 de 1991 se afirma que los cargos de autoridad política son los que de forma disyuntiva corresponden al manejo del Estado, (presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos).

A su vez, la misma corporación en el año 2000, por medio de sentencia de 1 de febrero, con el expediente AC7974 definió la autoridad civil desde la facultad de mando, de imposición, de dirección que recae sobre un grupo de personas.

Entendiéndose de múltiples maneras, como competencias de carácter reglamentario, de designación o hasta de remoción del personal a su cargo, así como también en facultades de direccionamiento, disciplinarias o de corrección o supervisión que impliquen el dominio sobre los funcionarios y actos que

deriven de sus funciones.

Con las anteriores aclaraciones, es prudente concebir que en un mismo empleado público converja una autoridad administrativa y civil, simultáneamente puede adelantarlas, al estar estrechamente relacionadas.

En relación con la autoridad civil, simplificada se ampara en el campo ejercido en las Fuerzas Militares, y con las particularidades que bien las determina el artículo 191 de la ley 136 de 1994.

Las citadas definiciones terminológicas hacen parte del espíritu protector del electorado, pues el congresista electo no debe hallarse atado a injerencias de los cargos precedidos, dada que su condición estaba directamente relacionada con el Estado y con representativa repercusión en ciertos conjuntos de personas, utilizando su actual investidura para beneficios particulares o de agentes externos.

Por otra parte, el siguiente numeral (3) cuando dice “Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas...”, la sentencia del 6 de marzo de 2003, expediente 3064, manifestó que esta inhabilidad ha de ser comprendida “como la realización de diligencias para la consecución de algo que pueda derivar lucro”.

Entonces, podría entenderse que la celebración de contratos con entidades públicas está acogida por terminología de gestión de negocios; sin embargo, este segundo aparte se contempla a los ojos de la jurisprudencia (Consejo de Estado, sentencia del 3 de febrero del 2006, expediente 003-02974-01), siendo autónoma, independencia que se justifica en la imperiosa necesidad de la celebración de un contrato, a diferencia de la gestión de negocios que no necesariamente se traduce en la consecuencia de un contrato.

Con lo expuesto, se ratifica el porqué de esta inhabilidad, anclando bases en el llamado constitucional de prevención para que aspirantes al Congreso de la República desempeñen arbitrariamente un cargo que involucre el poder de asuntos y sobre personas que ponga en desventaja la igualdad electoral que bien prevé el articulado constitucional.

Es claro que el objetivo de un negocio o contrato, no exclusivamente está ligado a la obtención de un lucro, sino que también subsume lograr una utilidad o interés de otra clase,

pero que sí afecta positivamente el status de su candidatura. A modo de ejemplo, si un candidato simultáneamente es contratista del Estado y cuenta con dineros de éste, puede darse la situación en que haga usos de dichos dineros para fines de campaña, desvirtuando el objeto de su contrato y yendo en contravía de la destinación que estos han de tener.

Eminentemente, el candidato guiado por los principios de transparencia e igualdad, dentro de los seis meses previos a su elección, no le está permitido hacer parte en actividades dirigidas a las instituciones públicas con el interés de obtener un indebido provecho o utilización de beneficios para colocar en situación de inferioridad a lo demás candidatos.

Por su parte, el haber perdido la investidura de congresista también está suscrita en la ley 5 de 1992, artículo 280, numeral 4°, que entra en el grupo de sanciones graves que puede atribuirse a un congresista, ante la dualidad de haber cometido una falta que desconoce en mandato conferido y que, a su vez, innegablemente afecta a la institucionalidad del Senado y a los derechos del conglomerado social en general.

Sobre esta base, la pérdida de investidura predica una interpretación conforme a los postulados del debido proceso del artículo 29 de la carta magna y con la aplicación que cada caso en particular presupuesta. Estos procesos son de conocimiento del Consejo de Estado, quien decide en única instancia, a petición de cualquier ciudadano o de la mesa directiva de la cámara a lugar.

Es así como la ley 144 de 1994 estructura el procedimiento especial que se le atribuye a esta falta de máxima gravedad.

Ahora, al examinar el numeral 5 de artículo objeto de estudio, resulta claro la íntima cercanía con el numeral 2, dado que los aspirantes a ser congresistas no podrán ser “Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política”.

En esta medida, taxativamente se prohíbe que como fruto de un vínculo de parentesco o afinidad que bien lo define este numeral con los funcionarios que denoten autoridad de índole

civil o política sean elegibles para pertenecer al Congreso. La autoridad civil requiere consolidarse en el sentido de que nace en las acciones que imparten poder y mando.

En términos de la Corte constitucional en Sala plena, en la sentencia 40662 después de analizar exhaustivamente los requisitos que expresa esta inhabilidad, previó que la autoridad civil llevada a cabo por el pariente tenga alcance donde se efectúe la elección del aspirante al congreso.

Esta circunscripción territorial comporta sin exclusión alguna, el orden departamental o el orden municipal, con la obligatoria observación de que conste en el mismo departamento. Igualmente, acerca de esta disposición también se trabaja con la ley 84 de 1993, artículo 23.

La prohibición producida por el numeral 5, es aplicable para el numeral 6, dado que únicamente cambia la naturaleza del vínculo con el sujeto que se aplica la inhabilidad.

De otra parte, atendiendo el artículo 96 de la Constitución política, en el que se regla la nacionalidad como un atributo de la personalidad, obtiene asiento el numeral 7°, cuando impide que una persona sea congresista al tener doble nacionalidad, a menos de que sea colombiano por nacimiento.

Cerrando este artículo, queda mencionar el numeral 8: “Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”.

Dentro de ese manifiesto, la Corte como guarda de la supremacía de la Constitución en los términos del artículo 241 Superior, en Sentencia del 28 de Julio de 2019 comparte su perspectiva ante la simultaneidad de cargo que restringe el desempeño del cargo de senador:

La coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo. Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función

pública. Pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Una persona puede haber sido elegida y no haberse posesionado en el empleo, es decir, puede no haber ejercido durante el período que le correspondía, o puede haber iniciado su período y haberlo interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada. En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión.

## **GOBERNADORES**

El gobernador del departamento como jefe de la administración seccional y representante legal del departamento en los términos del artículo 303 de la Constitución, es una autoridad política que en el marco de sus competencias legales ejerce el manejo administrativo de su ente territorial en procura de la satisfacción del interés general y del bienestar de sus gobernados.

Frente al régimen de inhabilidades de los gobernadores, tenemos que el mismo se encuentra consagrado en el artículo 30 de la ley 617 de 2000, el cual se desglosará a continuación punto por punto:

“1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.”

La teleología de la norma en precedencia busca la garantía de la moralidad en el ejercicio de la función pública, la cual se determina en la voluntad del legislador, dentro de su libertad de configuración normativa determinar que son inhábiles para ejercer el cargo las personas que se enmarquen en alguno de los siguientes supuestos fácticos:

- a) Condena privativa de la libertad, salvo delitos culposos o polífticos.
- b) Que haya perdido la investidura de congresista, diputado o concejal (en el caso de estas dos últimas con posterioridad a la vigencia de la ley 617 de 2000).
- c) Exclusión del ejercicio de la profesión (ejemplo, abogados, en aplicación de la ley 1123 de 2007).
- d) Interdicción en el ejercicio de funciones públicas como pena accesoria en las conductas punibles.

“2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.”

En los términos de la ley 43 de 1993, disposición normativa que regula la temática frente a la adquisición y pérdida de la nacionalidad, determina que, para ser colombiano de nacimiento, son “Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones; que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento”.

“3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.”

La interpretación de esta causal de inhabilidad establece que existen dos escenarios en los cuales se configura:

- a) Dentro de los 12 meses anteriores (contados de fecha a fecha), al día de la elección haya ejercido un empleo público en el mismo nivel territorial (Departamento), ejerciendo una autoridad política, civil, administrativa o militar.
- b) Dentro de los 12 meses anteriores (contados de fecha a fecha), al día de la fecha de elección haya ejercido un empleo público del orden nacional, departamental

o municipal, interviniendo como ordenador de gasto o inversión, o celebración de contratos que deban ejecutarse en el mismo Departamento.

“4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.”

El objetivo de esta inhabilidad consiste en evitar que en la administración territorial existan intereses subjetivos derivados de la contratación estatal o del ejercicio de actividades que tienen relación íntima con la actividad administrativa como es la administración de tasas e impuestos, entidades de administración de servicios públicos domiciliarios en los términos de la ley 142 de 1994 o de administración del régimen subsidiado en Salud (ley 100 de 1993 y 1751 de 2015).

“5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.”

La anterior inhabilidad hace referencia a las relaciones familiares previstas en el Código Civil que se determinan por vínculos de sangre, de relación de afinidad o parentesco por el vínculo de la adopción; con el fin de garantizar la transparencia en el ejercicio público y evitar que la subjetividad se involucre en las decisiones administrativas.

“6. Quien haya desempeñado el cargo de contralor departamental o procurador delegado en el respectivo departamento durante un período de doce (12) meses antes de la elección de gobernador.”

Inhabilidad propia para el ejercicio de Gobernador, el cual no se encuentra prevista para los alcaldes.

“7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional.”

Ahora bien, el artículo 31 de la ley 617 de 2000, regula la temática de las incompatibilidades para el ejercicio del cargo de gobernador, asunto que guarda íntima relación con la misma figura en el caso de los alcaldes, el cual se procederá a estudiar a continuación.

## ALCALDES

El consultor Internacional de la Política Nacional de Desarrollo, Hugo Acero Velásquez, respondiendo al deber ser de los gobernadores a manera de ejemplo ilustra así:

Aunque la responsabilidad en los temas de seguridad se comparte con varias autoridades de seguridad, justicia y administrativas del orden nacional, en Bogotá, los alcaldes desde 1995, con base en el mandato de la Constitución Nacional, asumieron el liderazgo y la coordinación de la política pública de seguridad ciudadana en la ciudad. Esto permitió darle prioridad radical a la protección de la vida e impulsar proyectos innovadores que mejoraron la convivencia, la seguridad ciudadana y la coordinación interinstitucional.<sup>51</sup>

Este ejemplo en concreto, explica el fundamento funcional que demanda la investidura de alcalde, surtiéndose como un sujeto cuya causa apela al avance y progreso de un municipio, involucrando proyectos micro o macro que cimenten la dignificación de la ciudadanía.

Habida cuenta de lo dicho, la ley 136 de 1994, en el artículo 86 da a conocer que todo municipio o distrito tendrá un alcalde,

---

51 Hugo Acero Velásquez. *Los gobiernos locales y la seguridad ciudadana*. P 189.

encabezando las funciones que despliegan de ser una autoridad política, así como jefe de la administración local y representante local de la entidad territorial que representa, además de constituirse como un empleado público de la entidad territorial y ejercer como primera autoridad de policía de su comunidad.

De acuerdo con lo anotado, procede referirse a los requisitos para ser alcalde que se encuentran en el mismo apartado normativo de la ley 136 del 94 enumerándose los siguientes:

1. Ser ciudadano colombiano en ejercicio.
2. Haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante un (1) año anterior a la fecha de la inscripción de la candidatura o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

El congreso, dentro de sus facultades, consideró que dicha condición se contemplaba con motivo de que el factor vecindad es imprescindible para conferir las funciones de alcalde, sin que ello se lea como una vulneración a los derechos a la igualdad y a la normal participación de los candidatos a la alcaldía.

En este orden de ideas, se prosigue con la apertura conceptual de las inhabilidades para ser alcalde, consignadas en la ley 617 del 2000, artículo 37:

“1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.”

La sentencia C-037 de 2018 hizo un estudio valorativo de la legalidad que conoce este numeral, explícitamente al ocuparse del aparte “condena en cualquier época”, para lo cual supone que no hay límite temporal, en guarda de garantizar el interés general de los electores y la idoneidad del alcalde. La responsabilidad proveniente de una alcaldía invoca el mérito de un funcionario público, habida cuenta de

la definición de alcalde.

“2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.”

Aquí, se considera de importante acogimiento el factor espacial, ya que, al mencionar el municipio de cumplimiento del plan de gobierno de la entidad territorial, establece fronteras para que la inhabilidad surta efectos.

A su vez, el Consejo de Estado en el año 2014 por medio de Concepto No. 20146000179521, concluyó que la norma se refiere a la autoridad civil, política, administrativa o militar en este sentido:

Así las cosas, es viable concluir que si una vez analizadas las funciones del empleo, el interesado advierte que las mismas conllevan actividades que denotan autoridad civil, política o administrativa o se trata de un empleo en calidad de representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio, deberá presentar su renuncia al cargo para no inhabilitarse en sus aspiraciones políticas. En el evento que se advierta que el empleo no conlleva actividades que deriven en autoridad civil, política o administrativa, o que no se trate de un empleo en calidad de representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución política, como quiera que los servidores públicos no podrán tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio, deberá renunciar y estar

separados de su cargo antes de realizar la inscripción de su candidatura para las elecciones locales.

Continuamos con el desglose del punto 3:

“3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio, o que tengan parentesco con funcionarios que hayan ejercido autoridad en los doce meses anteriores a la elección.”

Su finalidad no es otra que centrarse en el municipio donde el aspirante a la alcaldía haya sido parte en la gestión de negocios de carácter público o la celebración de contratos con su directa participación.

En efecto, cabe la inquietud si es lo mismo hablar de celebración y ejecución de contratos, o ha de entenderse como dos actuaciones no símiles entre sí.

Respondiendo ante tal cuestionamiento, el Tribunal Supremo de lo Contencioso- Administrativo, mediante la Decisión con Radicado 4033 se pronunció:

Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, puede inferirse que la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción y no su ejecución. De tal forma, es necesario determinar en qué fecha se realizó la celebración del contrato que actualmente se está ejecutando, es decir, de haberse celebrado dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, se configuraría la inhabilidad, pero si dicha celebración se realizó anteriormente, no estaría inhabilitado para aspirar a la Alcaldía.

A continuación, el desglose del punto 4:

“4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.”

De la anterior normativa, el 15 de febrero de 2011 el Consejo de Estado mediante concepto No. No. 11001-03-15-000-2010-01055-00 desarrolló el concepto relativo a circunscripción, afirmando que este acontece en la división de un espacio geográfico con el fin de otorgar derechos, desarrollar funciones y competencias.

“5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección”

El haber ocupado los cargos antes descritos produce incompatibilidad al momento de llegar a ser alcalde municipal, de acuerdo a como lo confirma el concepto No. 20146000147381 del año 2014.

Con todo, también resulta considerar punto de esclarecimiento las incompatibilidades de los alcaldes a que contempla el artículo 38 de la 617 del 2000 en este orden:

“1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.”

Esta primera causal, tiene concordancia con las determinaciones que la ley 734 del 2002 consagra en el artículo 39, literal a. Igualmente se toma referencia al concepto 2014600012999 del 2014 permite concretar:

“De conformidad con las anteriores disposiciones, se

infiere que, si la persona estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, cuyo objeto debiera ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, éste debió ceder el contrato o renunciar a la ejecución del mismo, en el año anterior a la elección. Si la persona estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, cuyo objeto no debía ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, se infiere que debe ceder el contrato o renunciar a su ejecución hasta antes de tomar posesión como alcalde y ser acreditado como tal.”

Continuamos con el punto 2 de la ley 734 del 2002:

“2. Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.”

El artículo 127 superior, inciso 3° habilita la participación política en el ejercicio de actividades políticas a aquellos servidores públicos que no interfieran en la jurisdicción, sean autoridad política o civil o se desempeñen cargos de elección popular. En consecuencia, los alcaldes tienen funciones en dirección contraria a las que nomina los comités y directorios de partidos políticos o por la simplicidad de tener asistencia o ser motivantes de reuniones abiertas de los partidos que militan.

“3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.”

Invocando nuevamente el artículo 127 constitucional, se verifica que la investidura de alcalde rechaza toda acción que haya comprometido la celebración de contratos con entidades públicas. Ni la Constitución ni la ley establecen excepción para esta causal.

“4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas”

Esta limitación se encuentra justificada en la garantía del principio de la función pública regulado por el artículo 209 de la Constitución. El alcalde debe guiarse por el interés general,

sin permitir que decisiones pasadas o concomitantes a su cargo sean causa para desviar el objeto de sus deberes funcionales.

“5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos”

La prohibición consagrada se centra en evitar que la persona que accede al cargo de alcalde vulnere el principio de imparcialidad que irradia la función pública, en el sentido que si en su calidad de apoderado ejerció la representatividad del municipio y de dicha actuación se derivan una serie de consecuencias negativas, al ostentar posteriormente la condición de alcalde dicha situación no permitiera que este actuara de forma objetiva.<sup>52</sup>

“6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.”

Proveniente de dignidad que impone la investidura de alcalde como primera autoridad del municipio, quien actuará con el imperativo de dedicación exclusiva y excluyente, con la finalidad de garantizar la representatividad idónea de los ciudadanos.

“7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.”

Frente a esta causal, se observa que en virtud de la periodicidad del ejercicio como alcalde por un término de cuatro (4) años, no es factible que el mandatario no dedique sus esfuerzos para con el municipio y se centre en certámenes electorales de otro tipo que redundan en la ineficacia de su gestión, generando inestabilidad e incertidumbre al interior del ente territorial.

## DIPUTADOS

En los términos del artículo 299 de la Constitución; en cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por no menos de

---

52 Guía de Administración Pública. Régimen de inhabilidades para cargos de elección popular. Versión 2. Feb 2018.

11 miembros, ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental.

Ser integrante de esta corporación requiere del cumplimiento de puntuales requisitos, a destacar, el no cursar ninguna inhabilidad. Con esta orientación, las inhabilidades están previstas en el artículo 33 de la ley 617 de 2000, de la cual se debe resaltar que la Corte Constitucional en Sentencia C-665 de 2009, declaró inexecutable parcialmente el numeral 5 de dicho canon normativo, en el entendido que el texto original establecía que la inhabilidad solo se extendía hasta el segundo grado de consanguinidad y toda vez que el artículo 299 Superior establece que el régimen de inhabilidades de los diputados no puede ser menos estricto que el de los Congresistas. Dicha corporación consideró que esta inhabilidad debería ser hasta el tercer grado de consanguinidad.

Ahora bien, las incompatibilidades de los diputados se encuentran previstas en el artículo 34 de la mencionada ley 617:

“1. Aceptar o desempeñar cargo como empleado oficial; ni vincularse como contratista con el respectivo departamento”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 299 Superior y demás normas concordantes, la función principal de los diputados es la de ejercer control político, y al tener una relación de cualquier tipo, bien sea legal y reglamentaria, a través de contrato de trabajo o de prestación de servicios con la administración departamental se vulneraría tal principio.

“2. Intervenir en la gestión de negocios o ser apoderado ante entidades del respectivo departamento o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones de que trata el artículo siguiente”.

Inhabilidad desarrollada frente a los alcaldes y gobernadores.

“3. Ser miembro de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes

del mismo.”

La ley 489 de 1998 o Estatuto Orgánico de la Administración Pública, consigna que toda administración bien sea del orden nacional, departamental o municipal tiene un sector central (aquellas entidades que tienen relación directa como órganos ejecutores) y un sector descentralizado (entidades adscritas o vinculadas a la entidad principal pero que gozan de autonomía), de tal manera que los diputados no pueden ejercer funciones como miembros de las juntas o consejos directivos de dichas corporaciones, en cuanto a que son entes que dependen del ejecutivo departamental, lo que va en contravía de las funciones de la Asamblea Departamental.

“4. Celebrar contratos o realizar gestiones con quienes administren, manejen, o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo departamento, o sean contratistas del mismo, o reciban donaciones de éste.”

A diferencia de las inhabilidades previstas para el gobernador departamental, en el caso de los diputados, de configurarse inhabilidad ante la celebración de contratos públicos sino también frente a la administración, manejo o inversión de fondos del mismo departamento, situación que se verifica en casos tales como los particulares que ejercen funciones administrativas.

“5. Ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento.”

Un cambio preponderante en esta inhabilidad de los diputados, se centra en poseer la calidad de vinculación con entidades que administran seguridad social en el departamento, a diferencia del caso de los gobernadores, pues se limitan a entidades que administran el régimen subsidiado, que es solo una de las dos clases de regímenes de administración del servicio de salud, siendo el otro el contributivo (artículos 212 y subsiguientes de la ley 100 de 1993).

Ahora bien, es de resaltar que la temática puntual de la auditoría y revisoría fiscal al interior de las entidades territoriales se encuentra prevista en la ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

Se debe tener en cuenta que el artículo 35 de la ley 617 de 2000, establece los casos excepcionales frente a su aplicación y el artículo 36 *ibidem*, señala que las incompatibilidades se extienden por término equivalente al periodo constitucional del diputado (4 años) y en el suceso de renuncia por el término de 6 meses contados a partir de la aceptación de la misma.

## **CONCEJALES**

Los concejos municipales son corporaciones político administrativas cuya función principal es el ejercicio de control político sobre la administración municipal, a saber, el artículo 313 de la carta, determina una competencia específica de tal corporación, señalando las funciones que esta posee, entre otras, la caracterización de la estructura en la administración, la reglamentación de la prestación de los servicios públicos a cargo de la administración.

De otro lado, el artículo 312 superior determina que estos no poseen la condición de empleados públicos y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades debe ser reglamentado por la ley.

En efecto, el artículo 40 de la ley 136 de 1994, modificada por la ley 617 de 2000 establece las inhabilidades que tienen las personas que pretendan aspirar al cargo de concejal, coincidiendo con aquellas previstas frente a los diputados. Salvo, en el caso de la limitación de la doble nacionalidad que simplemente se encuentra prevista de forma taxativa para los diputados.

Por otra parte, las incompatibilidades se encuentran reguladas por la ley 617 del 2000, a través del artículo 45, las cuales guardan estrecha similitud con las previstas para los diputados, asimilando su contenido al orden municipal.

## **JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL**

Se las puede encontrar en el artículo 318 constitucional, precisando que dichas entidades se constituyen con el objetivo de mejorar la prestación de los servicios de orden municipal y

asegurar la participación ciudadana en el manejo de asuntos públicos de orden local. Las JAL se conforman en comunas cuando se trata de áreas urbanas y en corregimientos de las áreas rurales.

Las funciones básicas radican en: participar en la elaboración de los planes municipales de desarrollo y ejercer vigilancia y control activos de la prestación de los servicios municipales de su comuna o corregimiento, así como las inversiones públicas que se realicen en ellos.

Ahora bien, en cuanto a las inhabilidades para ejercer el cargo de edil, estas se encuentran reguladas, en el artículo 124 de la ley 136 de 1994 así:

“1. Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.”

Es de subrayar, que en lo que compete de los ediles se vislumbra una diferencia, toda vez, que mientras en cargos como el de presidente de la República que se determina que, en el caso de condenas derivadas de conductas punibles, están se establecen “en cualquier tiempo”. En el caso puntual de los ediles, se precisa un término para el ejercicio de la inhabilidad, es decir, esta se configura en el caso que el aspirante a citado cargo, haya sido privado de su libertad durante los últimos diez (10) años, aunque exceptuando de igual manera, las conductas culposas o de delitos políticos.

“2. Hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público “

En esta causa, se especifica que en el evento de haber recibido una sanción en dos (2) o más ocasiones por faltas contra la ética profesional, se genera una inhabilidad para ejercer el cargo de edil; limitante no prevista en los demás cargos de elección popular como se puede verificar en el estudio en precedencia, en los cuales solo se establece como motivación que permite la configuración del elemento impositivo para acceder al cargo, únicamente la exclusión de la profesión.

“3. Sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de las Juntas y consejos directivos de las entidades públicas.”

Tal inhabilidad se configura en virtud de dar aplicación al principio de inelegibilidad simultánea en corporaciones públicas, lo que implica que un funcionario público no puede ser miembro de la JAL y de otra corporación pública, como lo sería, el concejo municipal. Prohibición que se extiende adicionalmente a las juntas y consejos directivos del orden municipal, bien sea, del sector central o descentralizado de la administración.<sup>53</sup>

Con el interés de continuar abordando a las JAL, se debe analizar la temática atinente a las incompatibilidades previstas en el artículo 126 que desarrolla la ley 136 de 1994.

“1. Aceptar cargo alguno de los contemplados en el numeral 2o., de las incompatibilidades aquí señaladas, so pena de perder la investidura”

Las entidades que cita el anterior numeral son las de naturaleza pública del orden local o municipal, lo que implica que la persona que ostente la calidad de edil, no puede ejercer funciones públicas en las entidades que directa o indirectamente dependan de la administración municipal presidida por el alcalde.

“2. Celebrar contrato alguno en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas del respectivo municipio, o ser apoderados ante las mismas, con las excepciones que adelante se establecen.”

Esta prohibición se centra en determinar que el edil no puede celebrar contrato con el municipio donde se encuentra ubicada su comuna o corregimiento, por tanto, no puede ejercer la libre concurrencia para contratar en los términos de la ley 80 de 1993 y la ley 1150 del 2007. Igual limitación se desprende para las personas que fungieron como apoderados en las entidades públicas del municipio.

---

53 Guía de Administración Pública. Régimen de inhabilidades para cargos de elección popular. Versión 2. Feb 2018.

“3. Ser miembros de juntas directivas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.”

La inhabilidad anotada en precedencia, busca la salvaguarda de la imparcialidad que debe irradiar a toda administración pública, evitando que los ediles como uno de los garantes y veedores de la administración municipal no sea objetivos en sus apreciaciones, toda vez que sean miembros de los consejos directivos o juntas directivas, impide el ejercicio de velar por la cumplida ejecución de los rubros públicos por parte de la corporación.

“4. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio o distrito.”

Incompatibilidad que se desarrolla en sus similares, de los concejales.



# 4. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

---

## **ANÁLISIS SENTENCIA 1604 DE 2019, CONSEJO DE ESTADO**

### **ANTANAS MOCKUS**

Se profiere sentencia dentro de acción de tutela promovida por el congresista Antanas Mockus, en contra de la sentencia que declara la nulidad de su elección como senador de la República, en la cual se ordenó además cancelar su credencial como congresista. El accionante inicia la acción de que le sean protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, en la modalidad *non bis in ídem*, en consideración a que se le ha juzgado simultáneamente dentro de dos procesos diferentes, uno de pérdida de investidura y el otro persiguiendo la declaratoria de una nulidad electoral.

La sentencia contra la que se impetra la acción, decreta la nulidad electoral, por cuanto considera el juzgador que confluyen todos los elementos de la inhabilidad, específicamente la descrita en el numeral 50 del artículo 275 del CPCA., a saber: Que el demandado tenía la calidad de representante legal de CORPOVISIONARIOS, de manera que él, o a quien él delegara, podía suscribir contratos en nombre de la Corporación de forma legal.

Advierte que en los estatutos queda plasmado que la representación legal queda en forma exclusiva en cabeza del presidente, para la época el doctor ANTANAS MOCKUS SIVICAS, y considera que la delegación realizada al señor Henry Samuel Murrain, fue en realidad un mandato. Refiere además que, dentro del término previsto por la norma, esto es, dentro de los seis meses anteriores a la elección, CORPOVISIONARIOS, celebró contratos con el Estado.

Por su parte refiere el accionante que se presentaron irregularidades en el desarrollo del proceso que declaró la nulidad electoral, de acuerdo a la sentencia de fecha 11 de abril de 2019, emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Basa su argumento en tres aspectos fundamentales:

El primero es que la Sección Quinta del Consejo de Estado, no podía emitir sentencia dentro del proceso de nulidad electoral, hasta tanto no se resolviera y quedara en firme la sentencia proferida dentro del proceso que ya se seguía por pérdida de investidura, y que se encontraba en el momento pendiente de resolver recurso de apelación ya que según el accionante, al no encontrarse en firme la decisión dentro de este proceso, se presentaba el fenómeno de prejudicialidad respecto de la nulidad electoral, por lo tanto debía suspenderse el trámite, hasta que se resolviera el recurso de alzada interpuesto.

Por otro lado, manifiesta que dentro del proceso de nulidad electoral, se realizó una interpretación errónea de las causales de inhabilidad, resultando no en una interpretación restrictiva como lo impone la norma, sino en una extensiva que lo perjudica, en tanto al estudiar los estatutos sociales de CORPOVISIONARIOS, fundación de la que fue representante legal, concluyó erradamente que la calidad de presidente de la fundación recaería únicamente en cabeza del candidato accionante; y por otra parte que el señor Henry Samuel Murrain, no actuó como representante legal *per se*, sino como delegado del presidente, en virtud de un contrato de mandato, que a su juicio no existe. De lo anterior, tiene que se realizó un análisis que extendió las causales de inhabilidad, referentes a la celebración de contratos, cuando ya no tenía injerencia en la fundación, que en el pasado representó y de la que fue presidente, de manera que ya no participaba a título personal cuando se firmaron los mencionados contratos.

Finalmente, insiste en la equivocada valoración probatoria de la sección Quinta, pues por una parte reconoce que es posible delegar la representación legal, pero al mismo tiempo lo demerita, valorándolo sólo como un contrato de mandato.

La sección Quinta en su decisión, determinó que no era aplicable el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones, se garantizará el *non bis in ídem*. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en lo compatible con el otro.

No obstante, la sección Quinta no le da aplicación al anterior precepto, por cuanto considera que no se puede decretar la ocurrencia de la cosa juzgada, en tanto que la sentencia en el proceso de pérdida de investidura no se encontraba en firme, al momento de emitir la sentencia respectiva.

Respecto de la inhabilidad planteada, manifiesta el accionante que, al momento de analizar la normatividad y las causales de inhabilidad, el juzgador accionado se basa en normas de menor jerarquía, pasando por alto las reglas de interpretación señaladas por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Se suma a lo anterior, que en el texto de la sentencia se menciona, en un momento dado, que se requiere de la intervención personal y directa del demandado, para líneas más adelante, afirmar que el demandado actuó con un delegado en virtud de un contrato de mandato; no obstante hacerse probado que el demandado no participó personalmente, ni en forma directa en la celebración de contratos.

Se expresa en la sentencia objeto de acción de tutela, que se cumple el régimen de inhabilidades en este caso, y es necesaria la declaratoria de la inhabilidad en aras de proteger al Estado, al impedir que quienes pretenden postularse como candidatos, se valgan indebidamente de la celebración de contratos, y así contar con una ventaja para alcanzar sus objetivos políticos.

Recuerda la Sala que en la sentencia objeto de la acción de tutela, que esta inhabilidad puede manifestarse de tres formas generales que son:

i) Hayan intervenido durante los seis meses anteriores a la elección en la gestión de negocios ante entidades públicas en interés propio o favor de terceros.

ii) Durante ese mismo lapso (seis meses anteriores a la elección) hayan celebrado, con un interés propio o favor de terceros, contratos con entidades públicas.

iii) En el citado término hayan ejercido como representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales.

### **Consideraciones de la Sala:**

Inicia el análisis de la acción de tutela, examinando si se presentan los presupuestos para invocar la protección al debido proceso y la garantía al *non bis in ídem*.

En primer lugar, recuerda que el objetivo principal del principio del *non bis in ídem*, es evitar la duplicidad de sanciones, y debe concurrir la identidad de causa, identidad de objeto e identidad de persona sobre la que recae la imputación.

Sobre el caso en particular, la sala realizó las siguientes precisiones:

“1. El párrafo del artículo 10 de la Ley 1881 establece que el «primer fallo» que se profiera, bien sea dentro del medio de control de pérdida de investidura o del de nulidad electoral, hará tránsito a cosa juzgada respecto del otro proceso, en relación con el análisis objetivo, pues el juicio sobre el aspecto subjetivo de la conducta del Congresista será exclusivo de la pérdida de investidura.

2. En el caso que se examina, el «primer fallo» fue proferido por la Sala Primera Especial de Decisión el 19 de febrero de 2019 y en el mismo se denegaron las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura presentada contra el congresista ANTANAS MOCKUS, con fundamento en que no se configuró la violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del

artículo 179 de la Constitución Política. Posteriormente, la Sección Quinta dictó la sentencia aquí enjuiciada, mediante la cual anuló la elección del Congresista, al hallar probada la causal de violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política.

3. La Sección Quinta, como ya se indicó, consideró que al no estar en firme la sentencia del proceso de pérdida de investidura no era posible «decretar la ocurrencia de la cosa juzgada en el caso de la referencia». En consecuencia, procedió a proferir sentencia en la cual resolvió declarar la nulidad de la elección del Senador ANTANAS MOCKUS, aduciendo que la existencia de ese primer fallo no incidía en la controversia a resolver.

4. Frente a ello, la Sala advierte que, de cara al principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, lo que debió considerar el fallador de instancia fue que ya se había dictado el primer fallo en el tiempo, lo que comportaba el supuesto de la norma para dar aplicación a la garantía del *non bis in ídem allí* prevista, con miras a evitar la contradicción de dos decisiones judiciales basadas en los mismos supuestos de hecho y de derecho, como en efecto ocurrió en el caso concreto.”

De lo anterior se desprende en primer lugar, que no refiere la norma cuando expresa que “el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada”, a que la sentencia esté ejecutoriada, no es una condición en sí misma, de manera que emitido el fallo, aun cuando este no estuviera en firme, como es el caso bajo estudio, sí genera la obligación de garantizar los derechos en este caso del demandado, por lo tanto debía aplicarse lo normado en el artículo 1 de la ley 1881 de 2018, evitando de esta forma que se emitieran sentencias contradictorias.

De esta forma se concluye, que efectivamente con la sentencia en contra de la cual se dirige la acción, en efecto es violatoria del debido proceso y contraviene la garantía del *non bis in ídem*, razones suficientes para dar validez a las pretensiones deprecadas por el accionante.

## **ANÁLISIS SENTENCIA 0074 DE 2019**

### **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO**

En esta sentencia se deciden las demandas de nulidad electoral presentadas en contra de la doctora Ángela María Robledo, solicitando la nulidad de la Resolución 1595 de 2018, por la que se designa como Representante a la Cámara, en virtud de la aplicación del estatuto de la oposición.

La referida sentencia centra su análisis en las circunstancias que rodearon la inscripción de la candidata, a fin de determinar si se encontraba incurso en una causal de inhabilidad, como lo es la doble militancia. Se examina si la doctora Robledo Gómez, renunció con la antelación debida a su designación anterior como Representante a la Cámara, la que se oficializó el 20 de marzo de 2018, recordando que ocupó esta curul, hasta ese momento, en representación del movimiento Alianza Verde. El día 16 de marzo de 2018, se inscribió como candidata para la vicepresidencia por el movimiento Colombia Humana.

En su defensa, la candidata se basó en el argumento de la restrictividad en la aplicación de las normas que definen las inhabilidades, afirmando que no es posible crear nuevas prohibiciones o ampliar las existentes por vía legal. Manifiesta que la presunta doble militancia no se configura por cuanto no se presentó para las elecciones para congreso de marzo de 2018, y por el contrario, que el cargo para el que efectivamente se inscribió, fue para la vicepresidencia, como parte de una fórmula presidencial, junto con el candidato Gustavo Francisco Petro Urrego, por el movimiento Colombia Humana.

Recoge la sentencia lo dispuesto por la Ley Estatutaria 1475 de 2011, artículo segundo, que extiende esta obligación a los integrantes de una corporación pública, si van a presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político diferente.

Para el análisis de estas circunstancias temporales, recuerda la defensa que a partir del día 16 de marzo del 2018, la candidata renunció su militancia adentro del partido Alianza Verde, y en la misma fecha la señora Robledo Gómez inscribió su candidatura como fórmula vicepresidencial por el Grupo Significativo de Ciudadanos Colombia Humana

y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS). Refiere la sala que el día 20 de marzo, renunció a la curul de representante a la Cámara por el partido Alianza Verde, declarándose la falta absoluta.

Ahora bien, respecto de la prohibición, la Sala, apoyándose en el criterio jurisprudencial, en que la corporación precisaba el límite temporal, en el sentido que los candidatos que pretendieran presentarse a cargos de elección popular y a corporaciones públicas, por un partido o movimiento político distinto al que representan deberán renunciar a la curul doce (12) meses antes del primer día de inscripciones al nuevo debate electoral. Considera la Sala que la siguiente elección está referida a la que sigue para las corporaciones públicas y para cualquier cargo de elección popular.

Manifiesta la Sala en su análisis:

Desde este punto de vista, las disposiciones que regulan la doble militancia no incluyeron excepciones en su aplicación, por lo cual no puede concluirse que la siguiente elección sea la que sigue para la corporación pública de la misma naturaleza, como lo expuso la señora agente del Ministerio Público en su intervención.

Insiste la Sala en que la prohibición fue establecida expresamente para quienes aspiren a presentarse por otro partido en la siguiente elección, la cual corresponde a cualquiera que haya sido prevista para la misma corporación pública de la cual hace parte el candidato, para otra corporación y para cualquier otro cargo de elección popular.

Así, en virtud de las disposiciones constitucional y legal que sustentan la doble militancia, la renuncia a la curul que ocupa el candidato en la corporación pública debe ser presentada con doce meses de antelación al primer día de inscripciones para la dignidad a la cual aspire en cualquiera de las corporaciones públicas y cargos de elección popular.

De lo anterior, concluye la Sala que efectivamente la candidata aún era representante a la cámara por el partido Alianza Verde, al momento de su inscripción como candidata a la vicepresidencia, por lo tanto no cumple el requisito

de temporalidad presente en la norma y aclara que la discusión no se ocupó de las posibles inhabilidades de carácter constitucional, relacionadas en el artículo 197 de la Constitución Política, sino en el que se basa en el régimen contenido en la Ley 1475 de 2011.

Respecto del derecho a ocupar la curul en la Cámara de Representantes, en cumplimiento del llamado Estatuto de la Oposición, queda afectado por la concurrencia de la doble militancia, y no puede desligarse de él, por lo tanto, es nula su designación como Representante a la Cámara, y se dispone la cancelación de su credencial como congresista.

En criterio del autor en el presente caso faltaron consideraciones importantes, que más allá de ser razones para confirmar o anular la investidura de la entonces representante Robledo, no pueden soslayarse en el análisis de incidencia de los derechos constitucionales fundamentales que le son propios al caso analizados.

En primera medida, debe recordarse que la disposición que le otorga el derecho a ocupar esa curul proviene de la modificación constitucional adelantada en el 2015 conocida como “reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional”, materializada mediante acto legislativo de ese año y se desarrolla, de manera intencional y sistemática, dentro del artículo 112 constitucional que consagra el derecho constitucional fundamental de oposición.

El derecho de oposición no solamente es un beneficio a la ciudadanía que no se siente representada por el gobierno de turno, es un eje fundamental en el desarrollo del sistema liberal de pesos y contrapesos y garantía esencia de la alternancia propia de un sistema de democracia liberal, razón por la cual no debe ser entendida como un derecho individual sino que debe ser leído en el marco del mandato constitucional fundamental contemplado en el artículo 40 de la Constitución Política cuando dice que todos los ciudadanos tienen el derecho de “elegir y ser elegido”, expresión que generalmente se aborda desde el enfoque individual de “ser elegido” y no frente al derecho ciudadano de escogencia de sus mandatarios o representantes.

El honorable Consejo de Estado no ha sido ajeno a este pensamiento, consagrando en sentencia recientes el derecho

del elector, denominado *lus suffragandi*, por ello se echa de menos en la sentencia, que el análisis del caso en cuestión verse únicamente sobre la condición individual de la inscrita y desconociendo que, el ámbito constitucional y legal no se refiere a la protección de un derecho individual sino de un principio democrático esencial que se materializa en un colectivo no representado por el candidato ganador.

## **ANÁLISIS SENTENCIA 0031 DE 2018**

### **HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN CALVACHE**

Se presentan demandas de nulidad electoral por parte de la demandante Dora Marcela Chamorro, solicitando la nulidad del acto de elección contenido en el formulario E-26 CA, proferido por la Comisión Escrutadora Departamental de Nariño del 20 de marzo de 2018, siendo demandado el señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache.

Se funda la demanda en la circunstancia inhabilitante que afectó la elección del representante a la Cámara Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, contenida en el artículo 179.5 Superior, en tanto que para la época de la elección la señora Rosangela Estupiñán Calvache, hermana del demandado, ejerció como Registradora del Estado Civil de Pasto.

La normativa invocada advierte:

No podrán ser congresistas:

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

Uno de los fines de la decisión es unificar la jurisprudencia en torno a la interpretación de la norma mencionada, específicamente delimitando el factor temporal, seguidamente definirá sobre la nulidad del acto electoral que se solicita.

La prohibición de la norma busca proteger el equilibrio en la contienda de los candidatos, evitando el nepotismo y velando por la autonomía del electorado. Se entiende que los vínculos, como el de parentesco, con funcionarios que detenten poder político o autoridad civil, van en desmedro de los principios de igualdad, moralidad y transparencia.

Se hace necesario para entender los límites normativos, establecer la diferencia entre Inhabilidad e incompatibilidad, así se apoya la Sala en la ley 5 de 1992 que en sus artículos 279 y 282, dispone:

Artículo 279 Concepto de inhabilidad. Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo.

Artículo 281 Concepto de incompatibilidad. Las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el período de ejercicio de la función.

Trae a colación así mismo lo contemplado en la misma norma, en su artículo 280, numeral 5., respecto de las inhabilidades:

Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas: (...) 5. Quienes tengan vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

Procede el juzgador a realizar la enumeración de los elementos que constituyen inhabilidad, de acuerdo al marco normativo presentado, y como lo ha señalado la Sala Electoral del Consejo de Estado, son los siguientes:

Vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco hasta en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, entre el Congresista y quien ejerce la autoridad civil o política.

Calidad de funcionario del pariente, cónyuge o compañero permanente de quien resultó electo.

Que dicho funcionario, en el marco de las funciones que ejerce, ostente autoridad civil o política.

Que tal funcionario esté investido de autoridad civil o política dentro del límite temporal establecido por el ordenamiento jurídico.

Que las circunstancias o condiciones inhabilitantes tengan lugar en la circunscripción territorial de la respectiva elección.

Así lo señala el penúltimo inciso del artículo 179 de la Constitución Política:

(...) Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades de parentesco, con las autoridades no contempladas en estas disposiciones.

Debe resaltarse que la Sala subraya la importancia de que concurren todos los elementos mencionados, y que los mismos sean verificados, pues la falta de cualquiera de ellos, genera un impedimento para que se predique la configuración de la mencionada inhabilidad.

No obstante, se menciona que en efecto el artículo 179.5, señala la causal, pero no pone límites temporales claros, lo que genera dudas respecto de su aplicación, por lo que debe acudir a las normas constitucionales, por ser la normativa estudiada de este carácter y a la jurisprudencia para salvar este obstáculo.

En primer lugar, reitera el carácter restrictivo, más no litar o exegético de las normas que determinan inhabilidades. Igualmente, si bien la interpretación es restrictiva, no quiere decir esto que, para llenar los vacíos normativos, se limite al acudir a los elementos proporcionados por el sistema jurídico para determinar el sentido de la disposición. De lo anterior, que la interpretación restrictiva debe superar el sentido lato o primordial de las palabras y buscar en la finalidad del articulado constitucional para su aplicación.

Se propone la sala en primer lugar, delimitar entonces el calendario electoral y la contienda electoral en sí, de acuerdo

con lo previsto en la ley 1475 de 2011, pues el proceso electoral no se limita al día de elecciones, pues las etapas previas a la votación como tal, se enmarcan en un lapso de tiempo contado desde la inscripción del candidato, hasta el día de los comicios.

Es por esta razón, que la pretendida causal de inhabilidad, que afectaría eventualmente las condiciones de igualdad de los candidatos, en favor de quien tiene el vínculo con el funcionario público, en este caso, solo lo afectaría desde el momento de la inscripción del candidato, y no antes, pues previamente no se ha iniciado la contienda política propiamente dicha, la que concluye efectivamente el día de los comicios, y es por esta razón que es este día, el día de elecciones, que se constituye en el límite temporal buscado, que delimita el campo de aplicación de las inhabilidades.

En este sentido se unifica la jurisprudencia:

#### Regla de unificación de la jurisprudencia

Conforme con la exposición de motivos realizada a lo largo de las consideraciones de este fallo y para todos los efectos que correspondan, la Sala unifica su jurisprudencia en el siguiente sentido:

La interpretación del elemento temporal de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, que más se ajusta y garantiza los principios y valores democráticos, es aquella que configura la inhabilidad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y dura hasta el día en que se realiza la elección, inclusive.

De acuerdo con la regla unificada y aplicando la misma, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, determinar si concurren en el demandado los elementos que materializan la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política, conforme con el material probatorio legal y oportunamente allegado al presente medio de control.

Contando con los elementos de análisis, especialmente el marco temporal en que se circunscribe la inhabilidad, procede la Sala a determinar su concurrencia:

Efectivamente se presenta el vínculo entre el candidato y la persona que ejerce autoridad, pues se demostró que la señora Rosangela Estupiñán Calvache es hermana del demandado, además que se desempeñó como Registradora Especial del municipio de Pasto, entre el 12 de enero de 2016 y el 16 de enero de 2018, fecha en que se ordenó su traslado al municipio de Palmira, donde se posesiono del cargo el 23 de enero de 2018. Se encuentran demostrados dos elementos entonces, el primero el vínculo, de consanguinidad en este caso, y por otro la calidad de funcionaria de la pariente del candidato. También se demostró un tercer elemento, pues se concluyó que la señora Rosangela Estupiñán Calvache, hizo uso efectivo de las atribuciones que su cargo le confería, dado que impuso sanciones dentro del lapso de tiempo anotado.

Finalmente se procede a realizar el análisis de la concurrencia de los extremos temporales ya mencionados, encontrándose lo siguiente:

La inscripción del candidato se formalizó el 10 de diciembre de 2017, día en que se inscribió mediante formulario E -6, como candidato por el partido Liberal a la Cámara de Representantes.

La elección del demandado consta en el formulario E26CAM, calendado 20 de marzo de 2018, que lo declara elegido como Representante a la Cámara por el departamento de Nariño, en las elecciones realizadas el 11 de marzo de 2018.

El límite temporal está pues limitado entre el 10 de diciembre de 2017 (fecha de la inscripción de la candidatura) y el 11 de marzo de 2018 (fecha de la elección).

Ahora bien, para que pueda predicarse la inhabilidad, la causal deberá presentarse en el lugar de la circunscripción dentro del tiempo de la respectiva elección, es decir el límite temporal ya establecido.

Como ya ha precisado y reiterado recientemente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sede de pérdida de investidura, "(...) de acuerdo con el artículo 176 de la Carta Política, la Cámara de Representantes se elegirá

en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales; y que para la elección de Representantes a la Cámara cada departamento y el distrito capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial, por lo que se ha concluido que los municipios que integran un departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial y, por ello está inhabilitado para inscribirse como Representante a la Cámara quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente, o parentesco, en los términos señalados por la ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en Municipios del mismo Departamento por el cual se inscribe”.

Quedó plenamente establecido que la señora Rosangela Estupiñán Calvache se desempeñó como Registradora Especial de Pasto, entidad territorial que forma parte de la circunscripción territorial de Nariño, por la cual fue candidato elegido como Representante a la Cámara su hermano, el señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache para el periodo constitucional 2018-2022, no existe duda de que las situaciones constitutivas de la inhabilidad bajo estudio, tuvieron lugar en la circunscripción en la cual se efectuó la respectiva elección.

Así las cosas, se configuran los elementos constitutivos de la inhabilidad contemplada en artículo 179.5 de la Constitución Política, no obstante concurre la confianza legítima del candidato, que al no haber un consenso sobre el límite temporal y cogerse a la tesis de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de que no se encontraba inhabilitado, por cuanto el factor temporal se concretaba el día de los comicios, tesis que se mantuvo por más de dos décadas y que fue aplicado en múltiples decisiones tanto de nulidad como de pérdida de investidura, tesis que cambia con la jurisprudencia de unificación anunciada en este fallo.

De lo anterior, no se declara la nulidad del acto de elección contenido en el formulario E26CAM, por encontrarse amparado el candidato, bajo el principio de la confianza legítima y la seguridad pública.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional, agosto de 1990. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-67903>
- Ara Pinilla, I. El fundamento de los límites al poder en la teoría del derecho de León Duguit. Editorial Dyckinson. Madrid, 2006
- Arboleda, P. (2015). Los Partidos Políticos en la Constitución de 1991. Medellín, FUNLAM.
- Ballén, R. Constitución Política de Colombia, Antecedentes y comentarios. Ediciones Gustavo Ibáñez. Bogotá 1995
- Biscaretti, P. (1982). Las Instituciones Legislativas de la Democracia Directa. Madrid: Tecnos.
- Bobbio, N. (1994). El futuro de la democracia. México: Fondo de Cultura Económica.
- Calderón, J. (2000). El proceso electoral en municipios selectos. En Giraldo, F., Losada, R., & Muñoz, P. (Eds.), Colombia: Elecciones 2000. Bogotá: Universidad Javeriana y CEJA.
- Constitución Política de Colombia, 1991. Recuperado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>
- Dahl, R. (1988). Un prefacio a la teoría democrática. Bogotá: CEREC.

- Decreto 1926 de 1990 (agosto 24), por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. Diario Oficial. Año CXXVII. N. 39512. 24, agosto, 1990.
- Diario Oficial. Año CV. No. 32673. 17 de diciembre de 1968. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156>
- Diaz, E. (1978). Legalidad-legitimidad en el Socialismo Democrático. Madrid: Civitas.
- Duverger, M. Instituciones políticas y derecho constitucional. Ediciones Ariel. Barcelona. 1970.
- Nietzsche, F. La voluntad de dominio, ensayo de una transmutación de todos los valores. Editor M. Aguilar. Madrid 1932.
- García, G, y Cristo, Juan F. (2018). Participación ciudadana y fortalecimiento del sistema de partidos en Colombia. Bogotá: CEDAE.
- Garzón, C. (2017). La génesis de la Constitución Política de Colombia de 1991 a la luz de la discusión sobre el Mito Político. Revista Desafíos. Bogotá: Universidad del Rosario. Hauriou, André; Gicquel, Jean; Gélard, Patrice. Derecho Constitucional e instituciones políticas. Editorial Ariel. Barcelona 1980.
- Held, D. (1991). Modelos de democracia. Madrid: Alianza
- Herrera, D. (1992). La Democracia: una verdad y un valor ético en construcción. En Soberanía Popular y Democracia en Colombia (p. 17). Bogotá: Foro Nacional Por Colombia.
- Loewenstein, K. Teoría de la Constitución. Ediciones Ariel. Barcelona 1970.
- Landa, C. (1990). Derecho político: del Gobierno y la Oposición Democrática. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ley estatutaria No. 130 de 1994. Diario Oficial. Año CXXIX. N.41280, 23, marzo, 1994. Pág. 1.

- Manin, B. (1998). Los principios del gobierno representativo. Madrid: Alianza.
- Mayorga, F. (2013). Historia de la organización electoral en Colombia. Vicisitudes de la consolidación democrática en un país complejo. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Misión de Observación Electoral, Investigación Mecanismos de Participación Ciudadana en Colombia, Recuperado de [https://moe.org.co/home/doc/moe\\_juridica/2012/PRESENTACION%20MECANISMOS%20DE%20PARTICIPACION%20-%20evento.pdf](https://moe.org.co/home/doc/moe_juridica/2012/PRESENTACION%20MECANISMOS%20DE%20PARTICIPACION%20-%20evento.pdf).
- Nohlen, D; Sabsay, D. (1998). Tratado de derecho electoral comparado en América Latina. México: Fondo de Cultura económica.
- Oakley, P. (1985). Consideraciones en torno a la participación en el desarrollo rural. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Osorio, A. Manual de Inhabilidades electorales. Editorial Ibáñez. Bogotá 2012.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Palacios, A. (2005). Concepto y control del procedimiento legislativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, N. (2011). El sistema de partidos colombiano hoy. Partidos y representación en el Congreso después de la reforma de 2003. Revista OPERA, Noviembre Universidad Externado de Colombia.
- Pizarro, E. (1995). La Comisión para la reforma de los partidos. Revista Análisis político. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Pizarro, E. (1997) ¿Hacia un sistema multipartidista? Las terceras fuerzas en Colombia hoy. Revista Análisis político, No. 31. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Pizarro, E. (2002) La atomización partidista en Colombia; el fenómeno de las micro empresas electorales. En Gutiérrez, F. (Comp.), Degradación o cambio. Evolución del sistema político colombiano. Bogotá: Norma.
- Prieto, M. (2010). La importancia de nuestros partidos políticos para el desarrollo de la democracia. Revista Política Colombiana. El nuevo ajedrez político Bogotá: Contraloría General de la República.
- Quermonne, J. (1986). Les Régimes politiques occidentaux. Paris: Editions du Seuil.
- Quinche, M. (2009). Derecho Constitucional Colombiano, De la Carta de 1991 y Sus Reformas. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Reyes, G. (2005). El nuevo orden político y electoral en Colombia. Bogotá: Legis.
- Rousseau, J. (1975). El contrato social. Libro 3. Madrid: Espasa Calpe.
- Santiago Peña Daza. Constituyente para profanos, Historia contemporánea para una reforma constitucional. Editorial Daza Vanegas Editores. Bogotá 1990.
- Sartori, G. (1988). Teoría de la democracia, El debate contemporáneo. Madrid: Alianza.
- Sartori, G. (1994). ¿Qué es la democracia? Bogotá: Altamir.
- Sen, A. El valor universal de la democracia. En Democracy as a Universal Value. Journal of Democracy, No. 10 vol. 3
- Sentencia C- 041 de 2004. M.P Clara Inés Vargas Hernández Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-041-04.htm>

- Sentencia C-089 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-089-94.htm>
- Sentencia C-158 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-158-98.htm>
- Sentencia C-180 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-180-94.htm>
- Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Sentencia C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>
- Torres, C. (2007). De las aulas a las urnas. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Uprimny, R. Sánchez, Luz. (2012). Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después. París: Cahiers des Amériques latines.
- Vallespin, F. (2000). El futuro de la política, Madrid: Taurus.
- Vega, H. (2017). La reforma constitucional colombiana de 1991: antecedentes y legalidad. En *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*. Vol. III No.15. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Yepes, A. (2013). Apuntes sobre la autonomía de la función electoral en Colombia. Memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral 2013.
- Zuluaga, R. (2008). De la expectativa al descontento. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.

- Zuluaga, R. (2014). Historia del constitucionalismo en Colombia, una introducción. En Estudios del derecho, No. 57. Medellín: Universidad de Antioquia.



