

# Inhabilidades electorales en Colombia.

## *Electoral incapacities in Colombia*

## *Incapacidade eleitoral na Colômbia*

**José Gerardo Cruz Hernández**

Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Abogado de la Universidad Libre. Universidad Libre, Cali, Colombia. Correo electrónico: gerardo.crizoz@gmail.com

FECHA RECEPCIÓN: AGOSTO 17 DE 2017

FECHA ACEPTACIÓN: NOVIEMBRE 20 DE 2017

### Resumen

Este artículo de investigación refleja dos factores de gran trascendencia para comprender en forma más clara y precisa el significado y alcance de las inhabilidades electorales en Colombia: de una parte se expresa que la acción electoral es un medio de control de legalidad de las acciones populares, que en forma constante emplean los ciudadanos; y por otra parte, que la jurisprudencia más actualizada en la disciplina que se ocupa de las inhabilidades electorales, ha sido objeto de modificaciones permanentes, procurando enmendar y unificar criterios que estructuran algunas de las causales de rango constitucional y legal, establecidas hasta la presente para los cargos de elección popular e incluso de cualquier cargo público. Metodológicamente, se analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Se halló que es preocupante exigir que la responsabilidad patrimonial sea declarada por el Juez penal, lo que permite concluir que se desconoce de esta manera que, la acción de repetición y el llamamiento en garantía, son los escenarios adecuados y eficaces consagrados en la legislación para resolver esos casos.

**Palabras clave:** Cargos públicos, ordenamiento jurídico colombiano, mandatos constitucionales

### Abstract

This research article reflects two factors of great importance to understand more clearly and precisely the meaning and scope of electoral incapacities in Colombia: on the one hand it is expressed that electoral action is a means of controlling the legality of popular actions, that citizens constantly use; and on the other hand, that the most up-to-date jurisprudence in the discipline that deals with electoral disabilities has been subject to permanent modifications, seeking to amend and unify criteria that structure some of the causes of constitutional and legal status, established so far for the positions of popular election and even of any public position. Methodologically, the jurisprudence of the Council of State and the Constitutional Court is analyzed. It was found that it is worrying to demand that the patrimonial responsibility be declared by the criminal judge, which allows to conclude that it is not known in this way that the action of repetition and the appeal in guarantee, are the appropriate and effective scenarios enshrined in the legislation for solve those cases.

**Keywords:** Public positions, Colombian legal system, constitutional mandates

### Resumo

Este trabalho de pesquisa reflète dois fatores de grande importância para compreender mais claramente e precisamente o sentido eo alcance de desqualificações eleitorais na Colômbia: em primeiro lugar afirma que a ação eleitoral é um meio de controlar a legalidade das ações populares, que os cidadãos usam constantemente; e, além disso, que a disciplina mais atual que lida com desqualificações eleitorais, a jurisprudência tem sido objecto de alterações permanentes, que visa modificar e unificar critérios que estruturam alguns dos motivos de estatuto constitucional e legal, estabelecido para apresentar ao as posições de eleição popular e até de qualquer posição pública. Metodologicamente, a jurisprudência do Conselho de Estado e do Tribunal Constitucional é analisada. Verificou-se que é preocupante exigem que a responsabilidade é declarada pelo juiz, levando à conclusão de que não se sabe desta forma que a ação de repetição e a garantia chamada são cenários adequados e eficazes consagrados na legislação resolver esses casos.

**Palavras-chave:** Posições públicas, sistema legal colombiano, mandatos constitucionais

**Cómo citar:** Cruz-Hernández, J. G. (2018). Inhabilidades electorales en Colombia. Revista Criterio Libre Jurídico, 15 (1), e-5474. Doi: <https://doi.10.18041/1794-7200/criteriojuridico.2018.v15n1.5474>

## Introducción

En el ordenamiento jurídico colombiano el concepto de inhabilidad se define “*como todo acto o situación que invalida la elección del Congresista o impide serlo*”. (Colombia, Congreso de la República 1992, Ley 5ª). El Diccionario de la Lengua Española define la inhabilidad como: “*La falta de habilidad, talento o instrucción, defecto o impedimento para ejercer u obtener empleo u oficio*”. (Zuzón, 1984, p. 773). Teniendo presente los conceptos anteriores se puede afirmar que por inhabilidad se entiende la calificación que hace la ley de determinadas personas para negarles la posibilidad de participar en el ejercicio de determinadas funciones públicas. Ahora bien, como regla general se consagra que todas las personas en condiciones de igualdad pueden participar en la función pública, las inhabilidades y otros predicados legales afines como las calidades y las incompatibilidades son de interpretación restrictiva. Con esta orientación, la Corte Constitucional en la Sentencia C-329 de 27 de julio de 1995, define la inhabilidad como:

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 encuentren 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.

La Corte Constitucional ha entendido las inhabilidades como “aquellas limitaciones al servidor público durante el tiempo que ostente dicha calidad, necesariamente se deberá tener en consideración la naturaleza propia de cada uno de los casos que corresponda regular a través de la Ley” (Corte Constitucional, Sentencia C-329, 1995).

El legislador ha señalado de manera taxativa, determinadas conductas que tienen el carácter de previas al ejercicio de un cargo público; y que en el evento que cualquier ciudadano aspira a ser Congresista incurriese en ellas, quedará inhabilitado para dicho cargo. En igual sentido se establecieron unas circunstancias concomitantes con el ejercicio del cargo, que son totalmente incongruentes o incompatibles con su ejercicio; y que la vulneración de cualquiera de dichas disposiciones, genera como sanción, la denominada pérdida de la investidura del Congresista.

Es oportuno manifestar que las calidades exigidas para acceder a los cargos públicos de elección popular, son requisitos positivos que deben acreditar para dichos cargos, en virtud de los mandatos constitucionales y legales; pero que al lado de éstos, están las inhabilidades, que también constituyen requisitos que se deben cumplir, no obstante ser de orden negativo, en razón a que están consagrados como prohibiciones, en las que no se puede incurrir, debido a las consecuencias previstas; las cuales pueden impedir la aspiración al cargo de elección popular; y en el evento de haberlo obtenido, perderlo.

El objetivo esencial de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, la moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. Son una garantía consistente en que el comportamiento anterior o el vínculo familiar afectarán el desempeño del empleo o funciones. Las inhabilidades apuntan hacia dos objetivos específicos: el primero está referido a que las autoridades que se elijan mediante el voto popular sean personas idóneas y probas; y el segundo, está destinado a que las elecciones se lleven a efecto en igualdad de condiciones para todos los participantes en la contienda electoral. Las inhabilidades comportan en conocer los antecedentes personales, las relaciones familiares, el ejercicio profesional y las actividades económicas del postulado a un cargo oficial de elección popular; lo que a su vez significa, que constituyen una expresa restricción a los derechos fundamentales para acceder al desempeño de funciones públicas y a ser elegido. Dicha limitación es plausible, en virtud del interés general que pone de relieve el Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-1412 de 2000).

Compartiendo los mismos principios Constitucionales, el Consejo de Estado, está de acuerdo con las limitaciones establecidas en el numeral 1, “el derecho a elegir y ser elegido” y el numeral 7. Las inhabilidades impiden la participación de personas que no reúnen los requisitos y perfil requeridos por la Constitución y la Ley; pero que, además, eliminan a las personas que pudieren desequilibrar las elecciones por ostentar relaciones determinantes con el Estado.

La presente investigación constituye un estudio puntual y específico de las generalidades sobre las inhabilidades electorales, sus características y las inhabilidades generales, al tenor de lo establecido en la Carta Política y en las leyes colombianas.

## Desarrollo

Las inhabilidades son taxativas para los cargos de elección popular, lo cual significa que sólo se pueden invocar y aplicar las expresamente consagradas en la Constitución y en las Leyes vigentes; esto a su vez indica que, las inhabilidades establecidas para un cargo, no se pueden aplicar a otros cargos, en razón a que cada cargo tiene previstas las inhabilidades e incompatibilidades específicas, al que se le deben adicionar las comunes consagradas a nivel constitucional para todos los cargos públicos. En lo referido a las inhabilidades no opera la figura de la analogía; únicamente son procedentes las inhabilidades previstas de manera taxativa para cada cargo público de elección popular. Al lado de las inhabilidades del Código Único Disciplinario, se debe afirmar que no tienen trascendencia alguna respecto de la legalidad de los actos de inscripción, de elección y de la investidura, en lo referido a los procesos judiciales electorales y de pérdida de investidura y en el trámite de revocatoria de inscripción de candidatura, las inhabilidades del Código Electoral y las que para los congresistas establece la ley 5ª de 1.992.

Las inhabilidades limitan el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir y ser elegidos (Constitución Política, artículo 40, numeral 1). En lo relacionado con las limitaciones impuestas a los ciudadanos para elegir y ser elegidos, en el denominado régimen de inhabilidades

e incompatibilidades, se resalta el artículo 10 del Código electoral. En congruencia con este artículo, ha fallado el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sentencia de 21 de octubre de 1994; Consejo de Estado, Sentencia del 13 de diciembre de 2010).

En lo relacionado con la aplicación del principio de favorabilidad, el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Política consagró el principio de favorabilidad, el cual dice: “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. En el mismo sentido, el artículo 53 de dicha Constitución Política, establece el principio de favorabilidad en el derecho laboral, donde dice: “Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer; a la maternidad y al menor de edad”.

El principio de favorabilidad constituye un beneficio en el derecho penal y laboral; pero se debe advertir que en varias oportunidades el Consejo de Estado, a través de su Sección Quinta, lo ha extendido al proceso electoral, en los casos de Gobernadores por haberseles imputado la inhabilidad de condena privativa de la libertad. En dichos eventos los demandados incurrieron en el delito de peculado por aplicación oficial diferente y, objetivamente la inhabilidad se habrá configurado, no obstante que para el momento de los fallos aludidos, el artículo 399 del Código Penal, que consagró ese delito, había sido reformado con relación al texto vigente en la época en que fueron condenados; de tal suerte, que solamente era punible cuando la aplicación oficial diferente ocasionara perjuicios a la inversión social y/o a los salarios y prestaciones de los servidores.

El principio de favorabilidad no es procedente en el derecho electoral, al manifestar en primer lugar; que, conforme a la ley, sólo es aplicable en materia penal, laboral y disciplinaria; y en segundo lugar, en razón a que el proceso electoral, no es de carácter sancionatorio en virtud a que no estudia la conducta personal del demandado, sino que por el contrario, realiza el control de legalidad del acto de elección. Aquí es conveniente expresar que la Sala Plena del Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, no había dado aplicación al principio de favorabilidad, en los eventos para resolver los recursos extraordinarios de súplica presentados contra los fallos de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Teniendo presente la rectificación hecha por la Sección Quinta del Consejo de Estado y la posición asumida por la Sala Plena de dicha Corporación, se reitera en forma contundente que el principio de favorabilidad sólo tiene aplicación en materia penal, laboral y disciplinaria “...y descartaron especialmente su aplicación en el proceso electoral, al no tener este naturaleza punitiva o sancionatoria” (Consejo de Estado, Sentencias de 3 de junio de 2003 y 2 de septiembre de 2003).

Con relación al sistema de reemplazos por faltas absolutas o temporales de los titulares elegidos para el cargo de las Corporaciones públicas de elección popular, como es el caso del Senado, Cámara de Representantes, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, al igual que de las Juntas Administradoras locales, opera dicho sistema en razón a la expresa disposición constitucional (Constitución Política, artículo 263A y reglamento 01 de 2003, Consejo Nacional Electoral). La acción electoral y la de la pérdida de la investidura, son aplicables contra los llamados a ocupar cargos de elección popular en una Corporación Pública, en razón a las causales establecidas para uno y otro medio judicial, incluidas las inhabilidades. En relación con lo que se acaba de expresar, es pertinente traer a colación, lo establecido en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando autoriza la procedencia de la Acción de Nulidad Electoral para “pedir la nulidad de los actos de llamamiento para prever vacantes en las Corporaciones Públicas”. Ahora, es indispensable reiterar que, en el caso de los llamados, las inhabilidades deben precisarse antes de la elección y no entre el momento de la elección popular y el llamamiento o la posesión del que ha sido llamado, pues, “de conformidad con lo previsto por el artículo 261 de la Constitución, son las elecciones y no el llamado lo que genera la vocación del no elegido a suplir la vacancia de quien resultó electo (Consejo de Estado, Sentencia de 2 de febrero de 2006).

De otra parte, se tiene como referencia el llamado a la posesión para la configuración de las inhabilidades, podría suceder, que, contando hacia atrás el término establecido por la ley, el hecho que inhabilita no quedase comprendido durante dicho plazo, se supera la inhabilidad. Ante lo dicho, se ilustra esta situación, con lo emitido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre el “extremo temporal” de las inhabilidades para los llamados (Consejo de Estado, Sentencia del 16 de junio de 2009).

A lo anterior, se debe adicionar lo relacionado con las inhabilidades intemporales, las cuales se configuran por la condena a la pena privativa de la libertad, las referidas a la doble nacionalidad, la interdicción de derechos y funciones públicas, por exclusión del ejercicio de una profesión y por la pérdida de la investidura. En los eventos referidos dichas causales de inhabilidad no están sujetas a un plazo determinado anterior a la elección o a la inscripción; en este caso, inhabilitarían al llamado, aunque se presentaren después de la elección y antes del llamado.

Después de los comicios electorales y en relación con los llamados, también se pueden configurar inhabilidades, tal como lo consigna (Osorio, 2014, p. 42), al decir: “En efecto es posible que, después de transcurridas las elecciones, algún candidato no elegido sea condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad por los delitos señalados en el artículo 3 de la Ley 617 de 2000, pierda su investidura de Congresista, de Diputado o de Concejal en un proceso que se venía tramitando – lo cual es posible si en el pasado ostentó esas calidades -, sea excluido del ejercicio de una profesión, o sea sancionado con interdicción para el ejercicio de funciones públicas (Osorio, 2014, p. 42).

Se debe tener en la cuenta que, en el evento de un candidato no elegido es llamado a ocupar una curul de diputado vacante, su

situación se enmarca en algunas de las situaciones anteriores, es claro que éstas pueden ser invocadas, como causales de nulidad en el ejercicio de la acción de nulidad electoral que se impetre contra el acto de llamado; y en consecuencia, se reitera que las situaciones relacionadas no están legadas por la Ley a la fecha de la elección, ni están sometidas a término alguno que tenga como extremo dicha fecha, tal como sucede con aquellas que tienen como objetivo impedir la utilización de los medios de poder del Estado para impactar en el electorado, las que se deben presentar sin duda alguna, antes de las elecciones.

Para finalizar en forma provisional lo expresado en esta característica de los llamados a reemplazar a miembros de las Corporaciones públicas de elección popular, se debe advertir que están sujetos a las inhabilidades consagradas para cada cargo; y en consecuencia, se los puede demandar por medio de las acciones electorales y de la pérdida de la investidura.

Las personas que desempeñan cargos de elección popular, significa que ya se posesionaron; y en consecuencia, están sujetos al régimen de incompatibilidades previstas en la Constitución y en la ley, lo cual implica que son conductas o actuaciones en las que no pueden incurrir, durante el tiempo que ostentan el cargo (Constitución Política, Art. 183, Ley 617 de 2000).

En relación con las calidades, inhabilidades e incompatibilidades, la Sección Quinta del Consejo de Estado. Las causales de inhabilidad que impiden acceder a los cargos de elección popular son las que se relacionan a continuación:

- Haber sido objeto de condena mediante Sentencia Judicial a la pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos culposos y políticos.
- Haber sido objeto de condena mediante Sentencia Judicial como responsable de una condena contra el Estado, salvo que se asuma el daño con el propio patrimonio.
- Haber sido objeto de interdicción de derechos y funciones públicas.
- Haber desempeñado los cargos de: Contralor General de la República, Contralor Departamental, Distrital o Municipal el año anterior a la elección.
- Haber sido elegido para más de una Corporación o cargo público o para una Corporación o un cargo cuyos periodos coincidan total o parcialmente (coincidencia de periodos).

### **Inhabilidad por condena a pena de prisión**

En el artículo 122, inciso quinto de la Constitución Política se prohíbe la inscripción y elección para los cargos de elección popular, a las personas que hayan sido objeto de condenas, en razón de haber incurrido en delitos contra el patrimonio del Estado, los referidos con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados al margen de la ley, de lesa humanidad y narcotráfico en Colombia o en el exterior.

De otra parte, se debe manifestar que los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades para cada cargo de elección popular, disponen de sus respectivas normas que impiden ocuparlos a las personas que hubiesen sido condenadas mediante sentencia judicial a pena privativa de la libertad, a excepción de las condenas por delitos culposos o políticos.

Obsérvese, que la disposición constitucional, sólo relacionada a determinados delitos; y la ley extiende la inhabilidad a condenas por cualquier delito, a excepción de los delitos políticos y culposos. Desde dicha perspectiva, se debe advertir que, la inhabilidad general consagrada en la Constitución y la establecida en concreto para cada cargo de elección popular, integran una sola, que se configura cuando contra la persona que aspira al cargo, obra una Sentencia condenatoria expedida por el Juez Penal, en virtud de haber incurrido en cualquier delito, incluidos los establecidos en el artículo 122 de la Constitución Política, con las dos excepciones previstas (delitos culposos y políticos).

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se pasa a relacionar los requisitos y características de esta inhabilidad.

### **Intemporalidad**

Cuando se hace alusión a esta inhabilidad, se debe precisar que es irrelevante el término de la condena y la fecha en que fue emitida la sentencia penal; por esta razón se le denomina inhabilidad intemporal; situación contraria ocurre con la mayoría de las inhabilidades, que tal como se establecerá, que para su configuración es indispensable que se presenten dentro del plazo anterior a la elección y/o a la inscripción que fije la disposición pertinente.

Para ilustrar lo que se acaba de manifestar, se transcribe donde dice: “Este aspecto ha suscitado el debate sobre la aplicación a las inhabilidades del principio constitucional que prohíbe las penas imprescriptibles” (Constitución Política, Art. 28)<sup>1</sup>, de tal suerte que como sucede con los delitos que prescriben, en igual sentido prescriban las inhabilidades; o al menos, la que se enmarca por condena penal.

Para ilustrar lo aquí consignado, se trae a colación lo que dice la Sección Quinta del Consejo: “El criterio jurisprudencial vigente es que esta inhabilidad es perpetua porque el Constituyente quiso que las personas sobre quienes pesara una sanción de esa naturaleza, con las excepciones mencionadas, nunca ocuparán un cargo público en el futuro, por motivos de interés general” (Consejo de Estado, Sentencia de 5 de agosto de 2004).

<sup>1</sup> “(...) En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”

En aras de una mejor comprensión de dicha inhabilidad, es oportuno transcribir lo que dice la Corte Constitucional:

que prohíbe (sic) la imprescribibilidad de las penas, medidas de seguridad-, puesto que el objeto de normas como la demandada, más allá de castigar la conducta de la persona, radica en asegurar, para hacer que prevalezca el interés colectivo, la excelencia e idoneidad del servicio, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo. Bajo el mismo criterio, se aviene a la Constitución la exigencia de no haber sido sancionado disciplinariamente, ni suspendido o excluido del ejercicio profesional. Los preceptos de esa índole deben apreciarse desde la perspectiva del requisito que exige el cargo, en guarda de la inobjetablez del servidor público (especialmente en cuanto se trate de funciones de gran responsabilidad) y como estímulo al mérito, para que la sociedad sepa que quienes conducen los asuntos colectivos, o cumplen una actividad de manejo de intereses generales, no han quebrantado el orden jurídico, lo que permite suponer, al menos en principio, no lo harán en el futuro (Corte Constitucional, Sentencia C-111 de 1998), incólume la idoneidad del servidor público en lo que toca con el desarrollo y ejecución de sus funciones, sino también permite transmitir 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 (Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2000).

El Consejo de Estado ha asumido la misma posición adoptada por la Corte Constitucional, al expresar la no procedencia de la aplicación de los artículos 28 y 34 de la Constitución Política, cuando se hace alusión a las inhabilidades, en virtud del interés general que persiguen, al decir:

La imprescribibilidad de las penas no se extiende a la causal de intemporalidad de inelegibilidad a que da lugar a pena privativa de la libertad por Sentencia penal ejecutoriada, no siendo válido invocar los artículos 28 y 34 de la Constitución Política puesta esta se instituye para garantizar la prevalencia del interés general (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Rad. 2742<sup>2</sup>).

Con la posición asumida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, ya expuestos antes, es pertinente reiterar que debido al carácter intemporal la extinción de la pena es irrelevante en esta inhabilidad, al igual que haber cumplido la condena no rehabilita el derecho a ser elegido con esta orientación, es conveniente precisar que las decisiones que adopte el Juez Penal frente a la vigencia de la pena no rehabilitan los derechos políticos del condenado. Es suficiente el antecedente de la pena privativa de la libertad por un delito, exceptuando los delitos culposos y políticos, para que se tipifique la inhabilidad.

En el orden de ideas expuestas, es oportuno manifestar que, la ley penal puede ser modificada, pero, aun así, la inhabilidad conserva su naturaleza y existencia; tal como se expresó antes, que la Sección Quinta de dicha Corporación rectificó el criterio; y en consecuencia, se transcribe lo siguiente:

Al respecto, consideró esa Sala que el **principio de favorabilidad** era inaplicable en materia electoral primero, porque de acuerdo con la ley sólo resulta aplicable en materia **penal disciplinaria y laboral** y segundo, porque el proceso electoral no tiene carácter sancionatorio, en la medida que no estudia la conducta personal del demandado, sino que hace **control de legalidad del acto de elección** (Osorio, 2014, p. 59). (**negritas fuera de texto**)

### La condena debe ser privativa de la libertad o prisión

“Una sentencia penal puede imponer tres clases de condenas o penas: principales, sustitutivas y accesorias. Dentro de las penas principales está la pena privativa de la libertad de prisión; pero también son penas principales la multa y las privativas de otros derechos” (Código Penal, artículos 34 y 35).

En síntesis, la condena que inhabilita para ocupar cargos de elección popular es la pena privativa de la libertad.

### La condena debe ser ejecutoriada

Cuando se hace alusión a que una decisión judicial debe estar en firme o ejecutoriada, en el evento de la pena privativa de la libertad, que inhabilita para desempeñar cargos de elección popular, es con el propósito de cumplir con lo consagrado en el artículo 248 de la Carta Política; pues, en dicho mandato Constitucional se predica que una decisión judicial definitiva, es la única que genera antecedentes penales y contravencionales. Este factor es de gran trascendencia, en razón a que descarta la inhabilidad, cuando al candidato o elegido, se le ha imputado la resolución de acusación en la etapa de la investigación por determinado delito común, pero cuya decisión (condena), ha sido recurrida por medio de los recursos de apelación o casación. Al no existir decisión judicial en firme o ejecutoriada, no se configura dicha inhabilidad, en virtud a que se han interpuesto recursos y no han sido resueltos; y ante esta situación, el Juez Electoral ha manifestado que el candidato en esas circunstancias no está inhabilitado, al no cumplirse a cabalidad el presupuesto o requisito establecido en la Constitución y en la Ley.

En el evento expresado no se tipifica inhabilidad, pero si el elegido resulta condenado en forma definitiva a la pena privativa de la libertad, es obvio que no puede ocupar el cargo respectivo; pues, su caso se enmarca en una falta absoluta.

<sup>2</sup> Criterio reiterado por esa Sección en Auto del 12 de marzo de 2009-00094 (P.I.)

## La prueba de la condena

En los procesos donde se haga alusión a esta inhabilidad, es indispensable aportar copias auténticas de la decisión judicial en firme de la condena privativa de la libertad, al tenor de lo consagrado en los artículos 245 y 246 del Código General del Proceso. En este caso, se debe hacer énfasis en que las copias simples no tienen valor probatorio alguno.

## Delitos políticos y culposos

Es de gran trascendencia exponer con claridad y precisión lo referido a los delitos culposos y políticos, en razón a que constituyen la excepción de la inhabilidad por la condena privativa de la libertad.

Conforme al artículo 21 del Código Penal, la conducta punible, se puede enmarcar en tres modalidades a saber: a título de dolo, culpa o preterintención, advirtiéndose en éstas dos últimas modalidades, sólo hay lugar a sanción, si la ley en forma expresa la señala. “*Un delito es culposo cuando el infractor hubiera podido evitarlo de haber sido más cuidadoso*” (Código Penal, artículo 109). Al no existir el elemento intencional que es propio de la conducta dolosa, las sanciones comportan penas más que para los delitos comunes. “*son los casos, por ejemplo, del homicidio culposo*” (Código Penal, artículo 109), “*las lesiones culposas*” (Código Penal, artículo 120), “*y el peculado culposo*” (Código Penal, artículo 400).

En consideración a la característica del delito culposo, la Corte Constitucional expresa: “En lo referente al delito culposo, su propia definición, que elimina el dolo y la intención malsana como elementos determinantes en concreción de la conducta ilícita, convierte en exagerado e injusto todo impedimento para el ejercicio de las funciones públicas” (Corte Constitucional, Sentencia C-194 de 1995).

Con la misma orientación, el Consejo de Estado ha dicho: “Al ser, el delito culposo un hecho punible de poca monta, no por los bienes jurídicos que se tutelan, sino porque el obrar responde a factores ajenos al lado doloso del obrar humano, el Constituyente estableció que ese antecedente no era causal de inhabilidad para acceder a cargos o Corporaciones públicas de elección popular” (Consejo de Estado, Sentencia de 10 de noviembre de 2005).

De otra parte, es conveniente manifestar que los denominados delitos políticos no están consagrados en el Código Penal, ni en normas que así lo establezcan. La Doctrina y la Jurisprudencia ha reconocido a los que atentan contra el régimen Constitucional y Legal, teniendo como referentes los cambios que se pretenden en las Instituciones y el Sistema de gobierno, orientados por ideales de justicia y bien común, entre ellos los de delitos de rebelión (Código Penal, artículo 467), sedición (artículo 468) y asonada (artículo 469).

El factor altruista de las conductas relacionadas, a pesar de no exonerar de las penas, se considera plausible de un tratamiento de menor entidad para sus autores, respecto de los delitos comunes. Con dicha filosofía, la Constitución Política prohíbe la extradición por delitos políticos, al tenor del artículo 35, autoriza al Congreso a conceder a amnistías e indultos, a quienes incurrieren en los delitos mencionados, tal como se establece en el artículo 150, numeral 17, y no se tipifica inhabilidad para la función de Congresista, artículo 179, numeral 1, lo aquí descrito, extendido por la ley a los demás funcionarios de elección popular.

Con relación a la justificación de la exoneración de inhabilidad electoral por haberse incurrido en delitos políticos, la Corte Constitucional dijo:

El delito político, que difiere claramente del delito común, no inhibe para el futuro desempeño de funciones públicas, ya que pueden ser objeto de perdón y olvido, según las reglas constitucionales aplicables para instituciones como la amnistía. Los procesos de diálogo con grupos alzados en armas y los programas de reinserción carecerán de sentido y estarían llamados al fracaso si no existiera la posibilidad institucional de una reincorporación integral a la vida civil, con todas las prerrogativas de acceso al ejercicio y control político para quienes, dejando la actividad subversiva, acogen los procedimientos demográficos con miras a la canalización de sus inquietudes e ideales (Corte Constitucional, Sentencia C-194 de 1995).

Con la misma connotación y alcance, los delitos culposos como los políticos, pueden dar origen a inhabilidades temporales a los condenados por penas accesorias como la denominada interdicción de derechos y funciones públicas.

## El servidor público responsable de condena patrimonial contra el Estado

Al tenor de lo consignado en el artículo 122 de la Constitución Política, se expresa la inhabilidad para ocupar de nuevo cualquier cargo oficial, a la persona que, ejerciendo función pública, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por Sentencia ejecutoriada, haya causado al Estado una reparación patrimonial (Osorio).

La inhabilidad descrita, sanciona al funcionario público que fuere hallado responsable de un daño antijurídico; que, a su vez, dio origen a una condena contra el Estado.

Conforme al significado y alcance de dicha situación, se debe advertir, que tiene una doble connotación; pues de una parte, se debe hacer alusión a un proceso judicial contencioso administrativo, en virtud del cual el Estado es condenado a pagar una indemnización

al particular efectuado por la acción u omisión de un agente suyo; y por la otra parte, la acción judicial en la que se debe decidir la responsabilidad personal del Servidor Público, que con su conducta dio origen al daño, que según la Constitución y la ley da lugar a la indemnización que sea pertinente.

En el segundo evento señalado, es viable la acción de repetición que puede instaurar el Estado contra el Servidor Público, tal como se establece en el artículo 90 de la Carta Política y en la ley 678 de 2001.

En lo referido a la inhabilidad en estudio, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han sostenido que dicha inhabilidad es la que emite un Juez Penal en un proceso de la misma naturaleza. Para defender la afirmación expuesta, las dos corporaciones mencionadas, se fundamentan en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, que establece en el artículo 23, que los derechos políticos sólo pueden restringirse por “razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por Juez Competente, en proceso penal”.

En el orden de ideas expuestas, la Corte Constitucional al realizar el control de constitucionalidad de la ley 796 de 2003, mediante la cual se convocó a un referendo para preguntar entre otros aspectos, sobre la inhabilidad que se estudia, en la Sentencia C-551 de 2003, manifestó que el Pacto de San José, hace imposible la configuración de inhabilidades a través de Sentencias Judiciales emitidas en contextos diferentes a un proceso penal.

Ahora se considera pertinente lo consagrado en el artículo 96 de la Constitución Política que dice:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

En virtud de lo antes expresado, es oportuno hacer mención a la ley 678 de 2001, que desarrolló la institución aludida, y que, en lo referido a la acción de repetición, consagra:

Artículo 2º. Acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del Servidor o ex Servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

No obstante, en los términos de esta Ley, el Servidor o ex Servidor público o el particular investido de funciones públicas podrán ser llamados en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición (...).

Al tenor de la institución transcrita, la acción de repetición se puede impetrar por dos formas: la Primera, mediante proceso judicial contra la entidad pública, llamando en garantía al funcionario público señalado como el directo responsable del daño antijurídico imputado por el demandante; la Segunda, la Acción de repetición contra el Servidor, en el evento de ya existir condena contra el Estado en un Proceso Judicial suscrito en una conciliación. En correspondencia con lo antes expresado, se observa que la acción de repetición constituye un instrumento indispensable para la protección del patrimonio Estatal.

En correspondencia con lo consignado para esta inhabilidad; es de gran trascendencia manifestar que, para su configuración al tenor de las jurisprudencias invocadas y vigentes, se requiere de una sentencia del Juez Penal que califique la conducta del Servidor público, declarándolo responsable del daño antijurídico que se vio obligada a reparar la entidad pública, dando lugar a que esta inhabilidad sea prácticamente inaplicable, cuyo objetivo general consiste en impedir o alejar de la función pública a personas que han observado una labor deficiente y dañina en el cargo confiado.

### **Interdicción de derechos y funciones públicas**

En el artículo 99 de la Constitución Política se establece: “La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”.

En términos precisos esta norma no establece una inhabilidad, en razón a que no exige abstenerse de una conducta, a las personas que se postulan para un cargo de elección popular. Sino que por el contrario, se refiere a un requisito; es decir, a una calidad que debe poseer el candidato, al tenor de lo descrito en la primera parte de este texto.

Desde otro enfoque, dicha institución jurídica es un impedimento temporal para acceder a cualquier cargo de elección popular, a personas que hayan sido declaradas en interdicción de derechos y funciones públicas.

Además de lo anteriormente expuesto, se hace conveniente expresar que los regímenes de inhabilidades para aspirar a los cargos de Gobernador, Diputado, Alcalde y Concejal, están consagrados de manera expresa en la Ley.

Luego es indispensable manifestar que la interdicción de derechos y funciones públicas consiste en una sanción de origen judicial o administrativo.

Respecto de la sanción de origen judicial y administrativo, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el caso de un Alcalde dijo:

La prohibición que contempla el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 impide al ciudadano que haya sido declarado en interdicción de derechos para ejercer funciones públicas, ya que por decisión de carácter judicial o ya por acto administrativo, que participe válidamente en el proceso electoral<sup>3</sup> (Consejo de Estado, Sentencia de 31 de julio de 2009).

Tiene origen judicial cuando un Juez penal le impone como pena principal o como accesoria a la principal de prisión y por el mismo tiempo que ésta (Código Penal, artículo 43, numeral 1 y 52).

Con la misma orientación ya se expresó en anterior oportunidad que los delitos culposos y políticos pueden inhabilitar temporalmente al declarado responsable, en virtud que la pena privativa de la libertad siempre conlleva aparejada la interdicción de derechos y funciones públicas. Se considera conveniente transcribir el artículo 44 del Código Penal que dice: “La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que contienen las Entidades oficiales”.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en el caso de un Alcalde condenado por delito culposo expresó: “El delito culposo cometido contra el patrimonio del Estado no es sancionado con una inhabilitación intemporal sino referida al término que como medida accesoria fije la autoridad correspondiente” (Consejo de Estado, Sentencia de 28 de julio de 2005).

Dicha Sección del Consejo de Estado, también ha dicho: “*la interdicción para el ejercicio de funciones públicas es causal de inhabilitación autónoma o independiente respecto de la condena por delitos culposos*” (Consejo de Estado, Sentencia de 28 de julio de 2005).

Por otra parte, se debe advertir que la interdicción de funciones públicas, puede tener su génesis administrativa en una decisión disciplinaria, en virtud de estar prevista como una de las sanciones disciplinarias.

Aquí es pertinente, lo que se establece en el numeral 1, del artículo 45 del Código Disciplinario Único:

Artículo 45. Definición de las sanciones: la destitución e inhabilitación general implica: a) La terminación de la relación del Servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección (...) d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

Se debe hacer énfasis en que no se trate de cualquier fallo disciplinario; sino que, por el contrario, el fallo disciplinario que se adopte, debe establecer en forma expresa, la sanción de inhabilitación general.

En el mismo sentido se predica que la Sentencia Judicial que impone la pena accesoria, en el evento de delitos culposos o políticos, al igual que el fallo disciplinario que impone una inhabilitación general generadora de la interdicción de derechos y funciones públicas, podrán inhabilitar siempre y cuando dichas decisiones judiciales deben estar ejecutoriadas al momento de la elección; es decir, que contra ellas no esté pendiente ningún recurso por resolverse. Si la ejecutoria se materializa después de la elección, no tendrá el efecto de inhabilitación contra el acto en cuestión.

## Haber sido Contralor

Para abordar el estudio de esta inhabilitación y al observarse que en la Constitución Política existen normas dispersas que consagran inhabilidades electorales, se considera oportuno transcribir parcialmente lo establecido en los artículos 267 y 272, donde se manifiesta que: “El Contralor será elegido por el Congreso en pleno... Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá... **aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones**”. (Negritas fuera de texto).

“Quien haya ocupado en propiedad el cargo de Contralor Departamental, Distrital o Municipal, no podrá ...**ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones**” (Negritas fuera de texto).

La Jurisprudencia del Consejo de Estado, ha manifestado que la norma aludida tiene un aspecto territorial, debido a que la inhabilitación se configura, en el evento que el cargo de Contralor se ejerció en el territorio donde tuvo lugar la elección. Esto significa que, si una persona fue Gobernadora de un Departamento, deberá dejar transcurrir un año para poder aspirar a una nueva inscripción como Gobernadora del Departamento donde ejerció dichas funciones; pero sí podrá aspirar a la Gobernación de otro Departamento.

<sup>3</sup> También se refiere esta Sala al doble origen de la interdicción de derechos y funciones públicas la Sentencia de 21 de mayo de 2009, Rad. 2008-00007.

Con la orientación mencionada, la Sala Plena del Consejo de Estado, al resolver sobre la pérdida de investidura de un Representante a la Cámara por Bogotá, quien hasta poco antes de la inscripción como candidato había sido Contralor del mismo Distrito, dijo:

Para efectos de la pérdida de investidura, esta norma debe interpretarse conjuntamente con el inciso segundo del párrafo del artículo 179, como ocurre con el numeral 2º; esto es, referida a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección en el caso de los representantes a la Cámara, entendiendo para los Senadores que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales (Consejo de Estado, Sentencia de 30 de marzo de 2004).

Es de gran importancia destacar que existen juristas que no comparten la posición asumida por el Consejo de Estado, en razón, a que la Constitución no establece una modulación de dicha índole; pues, las normas transcritas son claras al haber consagrado que quien haya ocupado el cargo de Contralor es propiedad y de cualquier nivel, no podrá ser candidato a cargos de elección popular. La norma inhabilita a la persona que haya ocupado el cargo en propiedad; y en consecuencia, la inhabilidad no se configura, si el ejercicio de la función pública se ejerció por encargo o en provisionalidad.

### **Coincidencia de periodos**

Esta inhabilidad está expresamente consagrada en la Constitución para los Congresistas, al tenor del numeral 8 del artículo 179 que dice: “Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente”.

La Corte Constitucional ha afirmado que la expresión “nadie podrá”, es una prohibición que se extiende a todos los ciudadanos; y en correspondencia con dicho concepto, ha manifestado:

De conformidad con el numeral 8, del artículo 179 de la Constitución, le está prohibido a cualquier ciudadano ser elegido simultáneamente para más de una Corporación o cargo público o para una Corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

De ahí que la norma en referencia utiliza la expresión “nadie podrá”, para cobijar en la mencionada prohibición a todos los colombianos (Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 1994).

La coincidencia de períodos se enmarca en una inhabilidad general, consagrada para todos los cargos de elección popular. El objetivo de esta inhabilidad tiene dos connotaciones a saber: La primera, consistente en exhortar a los que resultaren elegidos a los cargos públicos mediante el sufragio popular, a dar cumplimiento a los compromisos adquiridos con los electores durante el período respectivo; y la otra parte, está referida a impedir que se confundan los intereses del cargo que se venía desempeñando, con los intereses electorales inherentes a una candidatura. Segunda la orientación que se acaba de señalar, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

La teleología de esta causal de inhabilidad está encaminada a convocar a quienes ejercen la actividad política desde los cargos de elección popular, a que eviten la confusión de intereses en sus tareas públicas, puesto que si llegan a un cargo público por votación popular, y luego quieren ser elegidos para el Congreso de la República, por ejemplo, no deben dar lugar a que sus períodos se entrecrucen; ya que su misión es honrar sus compromisos políticos adquiridos con aquellos que a través de las urnas los ungieron con el poder político (Consejo de Estado, Sentencia de 19 de septiembre de 2008).

Esta inhabilidad, también procura dar total aplicación a la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política que dice: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley”. En la forma más elemental y práctica, la Sección Quinta del Consejo de Estado, dijo que esta inhabilidad “procura impedir una doble vinculación” (Consejo de Estado, Sentencia de 13 de agosto de 2009).

### **Conclusiones**

Los cambios y nuevos criterios de la jurisprudencias, tanto del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, se observan en casos específicos, como ha ocurrido en las inhabilidades que comportan el ejercicio de autoridad civil y administrativa, la condena privativa de la libertad, en el evento en que los delitos sean eliminados del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a la contratación estatal y la gestión de negocios, el parentesco de afinidad respecto de funcionarios con autoridad en sus diferentes modalidades y la responsabilidad por condena patrimonial al Estado.

Se considera oportuno hacer énfasis, que de cara a la inhabilidad, en razón a hacer responsable de condena patrimonial al Estado, genera cierta incertidumbre y se torna preocupante la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en lo relacionado con exigir que la responsabilidad patrimonial sea declarada por el Juez penal, desconociéndose de esta manera que, la acción de repetición y el llamamiento en garantía, son los escenarios adecuados y eficaces consagrados en la legislación para

resolver esos casos; y con dicha orientación, la posición jurisprudencial asumida, se hace muy difícil o casi imposible que esta causal se estructure para servidores o ex servidores públicos condenados por dolo o culpa grave por el Juez de la repetición.

**Conflicto de interés:**

Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses

**Referencias Bibliográficas**

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (6 de abril de 2000). Sentencia 2364. [MP Mario Alario Méndez]
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (5 de agosto de 2004). Sentencia 3294. [MP María Nohemí Hernández Pinzón]
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (28 de julio de 2005). Sentencia 3579. [MP María Nohemí Hernández Pinzón]
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2 de febrero de 2006). Sentencia 3870. [MP Reinaldo Chavarro Buriticá]
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (19 de septiembre de 2008) Sentencia 4027-4028. [MP María Nohemí Hernández Pinzón]
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (16 de junio de 2009). Sentencia 00291. [MP Myriam Guerrero de Escobar]
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (31 de julio de 2009). Sentencia 2007-00244. [MP Susana Buitrago Valencia]
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (13 de agosto de 2009). Sentencia 3944-3957. [MP Filemón Jiménez Ochoa]
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (4 de febrero de 2010). Sentencias S-131 y 2 de septiembre de 2003. Rad. 417. [MP Enrique Gil Botero]
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (30 de noviembre de 2010). Sentencia 2008-00087-03 (IJ). [MP Susana Buitrago Valencia]
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (21 de febrero de 2013). Sentencia 2012-00025. [MP Mauricio Torres Cuervo]
12. Congreso de la República de Colombia. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia.DO: Gaceta constitucional 116.
13. Congreso de la República de Colombia. (17 de junio de 1992). Por la cual se crea el Reglamento del Congreso de la República. [Ley 5 de 1992]. DO: 40.483
14. Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097
15. Congreso de la República de Colombia. (25 de julio de 2003). Por medio de cual se regula el artículo 12 del Acto Legislativo No. 01 de 2003. [Reglamento 01 de 2003] Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/reglamento\\_cnelectoral\\_0001\\_2003.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/reglamento_cnelectoral_0001_2003.html)
16. Corte Constitucional. (27 de febrero de 1993). Sentencia C-093. [MP José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara]
17. Corte Constitucional. (1 de marzo de 2000). Sentencia C-209. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]
18. Corte Constitucional. (25 de marzo de 1995). Sentencia C-111. [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]
19. Corte Constitucional (4 de mayo de 1995). Sentencia C-194. [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]
20. Corte Constitucional. (27 de julio de 1995). Sentencia C-329. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]
21. Martínez López, A. J. (1997). Régimen Penal de la función pública. Santafé de Bogotá, D.C.: Editorial Librería del Profesional.
22. Osorio Calderón, A. C. (2014). Manual de Inhabilidades Electorales – Prohibiciones Constitucionales y Legales de obligatoria revisión para ocupar cargos de elección popular. 2ª ed. Santafé de Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
23. Rivera Ardila, R. (1997). Inhabilidades para acceder a cargos de elección popular y corporaciones públicas. Santafé de Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
24. Zuzón, H. (1984). Diccionario de la Lengua española. Madrid: Real Academia Española.