



Función Pública

Concepto 063961 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000063961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000063961

Fecha: 23/02/2021 03:36:46 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. ¿Es procedente que quien se encuentra privado de la libertad sea elegida como concejal y se posesione en el cargo? RAD.: 2021-206-006019-2 del 4 de febrero de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, remitido a este Departamento Administrativo por parte del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual presenta consulta si se encuentra inhabilitado para posesionarse como concejal municipal quien se encuentra privado de su libertad, me permito indicar lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

1.- A su primer interrogante, en relación con la eventual inhabilidad para ser elegido concejal, la Ley 617 de 2000 determina lo siguiente:

"ARTÍCULO 40.-De las inhabilidades de los concejales. El Artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"ARTÍCULO 43.- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

1. Quien haya sido condenado 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..." (Subraya fuera de texto)

De lo anterior se deduce que, dentro de las inhabilidades para ser elegido concejal se encuentra la haber sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

En ese sentido, el Legislador previó que, en caso de condena judicial en contra, no se podrá inscribir como candidato, ni ser elegido como concejal.

En el caso objeto de su escrito, no se logra determinar si se trata de una medida preventiva o si se trata de un condenado a pena privativa de la libertad, en consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que en caso que se trate de un condenado a pena privativa de la libertad no podía ser inscrito ni elegido como concejal municipal.

2.- A su segundo interrogante, en relación con la inhabilidad para que quien se encuentre privado de su libertad se posea como concejal, la Ley 906 de 2004, establece en el artículo 307 las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 307. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad.

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.

2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento." (Subraya fuera de texto"

De acuerdo con la norma, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad son dos, la que se realiza en un establecimiento de reclusión y la que tiene lugar en la residencia del imputado, que se conoce comúnmente como "detención domiciliaria", pero esta también priva a la persona de su libertad, así esté en su casa, en ese sentido, la detención domiciliaria ciertamente no significa la libertad de la persona.

Por su parte, de acuerdo con la doctrina, la detención preventiva es una forma de resolver la situación jurídica de una persona que se encuentra vinculada formalmente a un proceso penal, que se diferencia de la captura en que ésta es un acto material o físico de aprehensión que se puede llevar a cabo antes, durante o después del proceso, mientras que la detención preventiva solamente puede llevarse a cabo durante el proceso y previo cumplimiento de ciertos presupuestos, como la vinculación legal del imputado.

Respecto a las medidas de aseguramiento, la Corte Constitucional, en sentencia C-469 de 2016, señaló:

"8. Legado de la tradición liberal, uno de los derechos fundamentales básicos en el Estado constitucional y democrático de derecho es la libertad personal, que implica en general la posibilidad y ejercicio efectivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios. Correlativamente, supone la prohibición de todo acto de coerción física o moral, oficial o proveniente de particulares, que interfiera o suprima la autonomía de la persona, la sojuzgue, oprima o reduzca indebidamente [16].

9. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales [17]. Las privaciones legítimas a la libertad son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. Sin embargo,

también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos.[18].

10. Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.

Las medidas de aseguramiento adquieren, sin embargo, una particular incidencia constitucional debido, ante todo, a su capacidad para afectar de manera intensa la libertad personal. El agente sufre un temporal, preventivo y, sin embargo, ostensible impacto en el derecho a su libertad. Por estos innegables efectos, de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte, la creación de las medidas de aseguramiento debe ser estrictamente excepcional y se encuentra sometida a un conjunto de límites, diseñados en orden a salvaguardar el principio de la dignidad humana y la prevención del exceso en su utilización.

11. En suma, la libertad personal, consustancial al Estado constitucional y democrático de derecho no es, sin embargo, un derecho absoluto sino que está sujeto a restricciones (i). Estas tienen lugar esencialmente en el marco del proceso penal, en la forma de sanciones, pero también de manera relevante a través de medidas cautelares, denominadas medidas de aseguramiento (ii), en general, con propósitos preventivos, como garantizar la presencia del imputado, el cumplimiento de las decisiones y la tranquilidad social (iii).

Las medidas de aseguramiento implican la privación o la limitación a la libertad personal o la imposición de otras obligaciones que garantizan fines legal y constitucionalmente admisibles (iv). Sin embargo, su incidencia más importante radica en las intensas injerencias a la libertad personal (v). Debido a este particular impacto, las medidas de aseguramiento se hallan sometidas a un conjunto de límites, que funcionan como garantías para la salvaguarda de la dignidad humana y la proscripción del exceso en su utilización (vi)."

De acuerdo con lo anterior, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal hasta que se profiera una decisión que la revoque o hasta que se profiera la sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 162-5 de la Ley 906 de 2004, así como de los artículos 34 y siguientes del Código Penal.

En relación con las inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas a propósito de la imposición de medidas privativas de la libertad, el código Penal, establece:

"ARTÍCULO 44. LA INHABILITACION PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS. La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales.

(...)

ARTÍCULO 51. DURACION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE OTROS DERECHOS. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52.

Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política.

"(...)"

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

En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59.

En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51.

De acuerdo con lo anterior, el Código Penal consagra que las penas privativas de la libertad conllevan a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley; es decir que, en caso de privación de la libertad, automáticamente conlleva la inhabilitación para ejercer funciones públicas, al menos, mientras se cumple con la pena principal.

En relación con el tema sometido a estudio, la Corte Constitucional en sentencia C- 544 de 2005 preceptuó:

“En principio, es indispensable recordar que las inhabilidades son prohibiciones de acceso a la función pública. Una inhabilitación es una circunstancia fáctica cuya verificación le impide al individuo en el que concurre acceder a un cargo público. Su finalidad no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la Administración. Como lo ha dicho la Corte, “...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad.” [1]

En este contexto, el eje axiomático de la inhabilitación gira en torno a los intereses de la Administración Pública. Éste es el énfasis de las normas que describen las condiciones por las cuales ciertos particulares no pueden acceder a un cargo en el Estado, pues lo que inspira la creación de una inhabilitación es, fundamentalmente, la realización de los principios que guían el manejo de la cosa pública y la protección de los intereses que en esta se involucran.

Desde este punto de vista y atendiendo a dicha teleología, la jurisprudencia constitucional distingue dos tipos de inhabilidades: en primer lugar, están las inhabilidades que se configuran como consecuencia de concurrir en el individuo aspirante a un cargo público, circunstancias de naturaleza personal. Es el caso de la existencia de parentescos -verificado por ejemplo en el artículo 126 de la Constitución Política- que impiden el ejercicio de cargos públicos simultáneos o la nominación de una persona a un cargo del Estado, por parte de un servidor público con quien la une un lazo de consanguinidad o afinidad.

El segundo grupo de inhabilidades sí tiene un componente sancionatorio, pues las circunstancias que impiden a los individuos acceder a un determinado cargo se derivan de la reprochabilidad penal, disciplinaria, contravencional, correccional o de punición por indignidad política de su conducta.”

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del proceso No 24687 del 26 de abril de 2006, de la Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente, Álvaro Orlando Pérez, respecto al cumplimiento de la pena accesoria que inicia al terminar la privativa de la libertad, preceptuó:

“Con la letra, en este estatuto, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas está reglamentada así:

a) Es una de las penas accesorias, o privativas de otros derechos (artículo 43), excepto cuando ha sido establecida como principal (artículo 52).

b) Como regla general, tiene una duración entre 5 y 20 años (artículo 51).

c) En todo caso, sigue a la pena de prisión, “por un tiempo igual al de la pena a que accede” (artículo 52.3), es decir, el mismo de la prisión, afirmación que exonera de cualquier necesidad de sustentar su imposición.

d) El lapso anterior de inhabilitación se puede aumentar “hasta por una tercera parte más”, sin exceder el máximo fijado en la ley para la interdicción, es decir, 20 años, afirmación que se hace para mantener la interpretación que primaba mientras regía el Código Penal pasado y con base en el principio de proporcionalidad de la pena, también conocido como prohibición del exceso.

e) De acuerdo con el artículo 53, las penas privativas de otros derechos concurrentes con una privativa de la libertad, “se aplicarán y ejecutarán simultáneamente con esta”.

Análisis y conclusiones de la Corte

La Sala encuentra que, en principio, y con sujeción al examen de cada asunto concreto, ante la sucesión de leyes en el tiempo, es más favorable la legislación anterior porque la interdicción se cumplía de hecho, es decir, aparte del derecho, mientras se pagaba la pena privativa de libertad, y purgada ésta comenzaba a ser contado el lapso de la accesoria, tiempo que nunca podía superar diez (10) años, de acuerdo con un criterio jurisprudencial de la Sala que finalmente se tuvo como indiscutible y, por supuesto, como pacífico.

En las normas del nuevo Código la situación es esencialmente similar.

En efecto.

Para las personas que desde el 25 de julio del 2001 hayan cometido delitos sancionados con prisión, está prevista como obligatoria la inhabilitación, que se cumple de hecho, es decir, fuera del derecho, mientras se paga la de prisión, y, culminada ésta, comienzan a correr los términos fijados para ella en la sentencia, hasta por un plazo máximo de veinte (20) años.”

De conformidad con las normas y jurisprudencias expuestas, por regla general, la persona que haya sido condenada, en cualquier tiempo por la comisión de delitos, no podrá ser elegida, ni designada como servidor público ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con entidades del Estado, al menos, por el tiempo que dura la pena principal, lo que se consagra como una inhabilitación permanente para los servidores que hubieren sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

Teniendo en cuenta lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas está prevista como obligatoria para las personas sancionadas con pena de prisión, y comienza a regir a la culminación de la pena por el mismo tiempo de ésta, la persona que es sancionada o condenada con pena de prisión, le sobreviene una inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, privándola del derecho de ser servidor público, o ser designado como tal, por un tiempo igual a la pena, a partir del momento de que culmina ésta.

En consecuencia, los concejales electos que se encuentren privados de la libertad, en principio, no podrán tomar posesión de su cargo, hasta que se revoque la medida de aseguramiento o se profiera una condena o un fallo absolutorio, que defina la situación jurídica del procesado.

En este orden de ideas, esta Dirección Jurídica advierte que en concordancia con lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política,

quien se encuentra privado de la libertad no puede asumir la ejecución de funciones públicas, pues ninguna persona puede ejercer un cargo público sin haber prestado juramento; es decir sin haberse posesionado.

De acuerdo con lo expuesto y en atención a su segundo interrogante, se precisa que si llegada la fecha de la posesión, el concejal electo privado de la libertad no ha definido su situación jurídica o aún se encuentra bajo tal medida, no podrá posesionarse como concejal y la corporación pública deberá cumplir con el procedimiento legal para proveer dicho cargo.

Finalmente le indico que, en caso que conozca de alguna irregularidad en la posesión de un servidor público, podrá poner en conocimiento de las autoridades tal situación, junto con las pruebas que considere pertinentes.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
3. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

4. BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE, Lynett Eduardo. El Proceso Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.p. 79-80

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:27:33