

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 76001-23-33-004-2016-01478-01(PI)

Actor: FABIO HENRY LEMOS

Demandado: OCTAVIO JARAMILLO MORALES

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 16 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

Referencia: TESIS: ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE MIEMBROS DE CORPORACIONES PÚBLICAS TERRITORIALES: SU COMPETENCIA, PROCEDIMIENTO, CAUSALES, SENTENCIA Y EFECTOS INHABILITANTES, ESTÁN INSTITUIDOS POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y REGULADOS POR LA LEY, SIN QUE CON ELLO SE ADVIERTA LA TRANSGRESIÓN DEL ARTÍCULO 23 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. LA APLICACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD DEBE ARMONIZARSE CON LA CONSTITUCIÓN, A PARTIR DE UNA INTERPRETACIÓN COHERENTE, SISTEMÁTICA Y TELEOLÓGICA, CON EL PROPÓSITO DE LOGRAR CONCILIAR LAS REGLAS DE UNO Y OTRO ESTATUTO. EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 23 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS NO PUEDE SER OBJETO DE UNA INTERPRETACIÓN AISLADA NI LITERAL, PUES NO SE DEBE IGNORAR EL CONJUNTO NORMATIVO DE LA CONVENCIÓN, NI LOS PRINCIPIOS BÁSICOS QUE LA INSPIRAN. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ALUDE AL MARGEN O CAPACIDAD DE APRECIACIÓN Y DISCRETIONALIDAD QUE LES CORRESPONDE A LOS ESTADOS MIEMBROS, A EFECTOS DE ADOPTAR MEDIDAS QUE PERMITAN CONCILIAR LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS CON LAS PARTICULARIDADES Y REALIDADES HISTÓRICAS, SOCIALES, CULTURALES O POLÍTICAS DE CADA NACIÓN. QUEDÓ PROBADA LA CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONCEJAL MUNICIPAL DE LA VICTORIA (VALLE DEL CAUCA), PREVISTA EN EL ARTÍCULO 55, NUMERALES 1 Y 2 DE LA LEY 136, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 291 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, RATIFICADA POR EL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 617, COMOQUIERA QUE EJERCIÓ SIMULTÁNEAMENTE DICHO CARGO DE ELECCIÓN POPULAR CON EL DE DOCENTE DE AULA TIEMPO COMPLETO EN LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA “SANTA TERESITA” DEL MISMO MUNICIPIO, SIN QUE MEDIARA RENUNCIA PREVIA NI CORRESPONDIERA, DICHA ACTIVIDAD, A LA DE SIMPLE CÁTEDRA. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA RENUNCIA O SUSPENSIÓN DEL DESEMBOLSO DE SU SALARIO COMO DOCENTE, AUN A INSTANCIA DEL PROPIO CONCEJAL, NO LO EXONERA DE INCURRIR EN EL SUPUESTO DE LA NORMA PROHIBITIVA

La Sala decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual decretó la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de La Victoria (Valle del Cauca), señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES**.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. El ciudadano **FABIO HENRY LEMOS**, actuando en nombre propio, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca tendiente a que, mediante sentencia y, en los términos de los artículos 55, numeral 1 de la Ley 136 de junio 2 de 1994¹, 291 de la Constitución Política de 1991 y 48, numeral 1 de la Ley 617 de octubre 6 de 2000² en concordancia con el artículo 45, numeral 1 de la Ley 136, se dispusiera la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de La Victoria (Valle del Cauca), señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES**, por haber desempeñado simultáneamente un cargo público y violado, con ello, el régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 45, numeral 1 de la Ley 136.

I.2-. En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en síntesis, los siguientes hechos:

Que el señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES** fue elegido Concejal del Municipio de La Victoria (Valle del Cauca) en las elecciones territoriales del 28 de octubre de 2015, para el período constitucional 2016-2019, quien se posesionó en dicho cargo el día 2 de enero de 2016 y lo ha venido ejerciendo desde entonces.

¹ "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

² "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional".

Manifestó que al momento de su inscripción, elección y posterior posesión, el Concejal demandado tenía, como en efecto aún tiene, el estatus de docente al servicio del Departamento del Valle del Cauca, nombrado en propiedad por la Secretaría de Educación de dicho ente territorial, configurándose así la causal alegada.

Finalizó indicando que el demandado justifica la permanencia simultánea en ambos cargos, con el argumento peregrino que su renuncia a percibir los honorarios como concejal lo exonera de responsabilidad alguna en cuanto a la infracción del régimen de incompatibilidades, siendo que esta Corporación en Jurisprudencia reiterada ya ha explicado que ello no constituye excepción a tal incompatibilidad, pues ésta lo que prohíbe es el desempeño de dos cargos públicos al mismo tiempo.

I.3-. El demandado, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, mediante escrito de 10 de octubre de 2016 (folios 12 a 24), indicando, en síntesis, que sí se ha venido desempeñando como profesor de medio tiempo en una Institución Educativa del Municipio de La Victoria (Valle del Cauca) pero que, atendiendo a su buena fe, entregó una carta renunciando a los honorarios como concejal e indicando que su vinculación sería *ad honorem*, lo que denota sus buenas formas y lo que juiciosamente había consultado, actuando bajo la convicción insuperable de que su único impedimento era el de no poder percibir dos veces remuneración del erario.

Explica también, que el párrafo 1º del artículo 45 de la Ley 136, exceptuaba inicialmente el ejercicio de la cátedra universitaria del régimen de incompatibilidades, expresión que al ser declarada inexecutable por la Corte

Constitucional mediante sentencia C-231 de 1995, quedando reducida solo a la palabra “cátedra”, permitió que los docentes de cualquier naturaleza e índole pudieran ser concejales sin transgredir dicha prohibición, tal cual es su caso.

Además, continúa, el demandado labora como docente escolar de 7:00 AM a 1:00 PM, horario que no se cruza con el establecido para sesionar, puesto que las mismas se establecen desde las 4:00 p.m. en el Concejo Municipal de La Victoria (Valle del Cauca), lo cual tampoco impide que se ejerza en debida forma la atención y gestión como Concejal.

Finaliza advirtiendo que, de acuerdo con pronunciamientos del Consejo Nacional Electoral con ocasión de una pregunta que le fuese formulada en cuanto si un profesor podría o no inscribirse como candidato a Concejal, se puede establecer que sí lo tiene permitido. Al no ejercer autoridad civil o política, ni al ser su cargo de dirección administrativa, electoral, judicial o de control, no está inmerso dentro de los presupuestos del artículo 127, inciso segundo de la Constitución Política, por lo que no tenía prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas.

Y, a su vez, señala que de la lectura del pronunciamiento del Ministerio de Educación Nacional, que es órgano consultivo, se puede extraer como conclusión que el demandado no se encontraba en causal de inhabilidad, incompatibilidad ni otra, para inscribirse como candidato a Concejal del Municipio de La Victoria (Valle del Cauca).

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El *a quo* decretó la pérdida de investidura del señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES** como Concejal del Municipio de La Victoria (Valle del Cauca) y, para ello, inicialmente consignó sus consideraciones en torno a la naturaleza jurídica, características, finalidad y alcance de la acción de pérdida de investidura. Posteriormente, se refirió a la vigencia de la causal de pérdida de investidura de Concejal prevista en el artículo 55, numeral 1º de la Ley 136.

En cuanto a los elementos constitutivos de la causal invocada, encontró demostrado, luego de un recuento jurisprudencial del tratamiento que se la ha dado a la misma por la Sala y del análisis del acervo probatorio acopiado en el expediente, que el señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES** se desempeñaba simultáneamente como Concejal del Municipio de La Victoria (Valle del Cauca) y docente de tiempo completo en la Institución Educativa Santa Teresita de La Victoria (Valle del Cauca), nombrado en propiedad desde el 17 de septiembre de 1993, posesionado el 28 de septiembre del mismo año e inscrito en la carrera docente sin que hubiera renunciado a ella para ocupar su curul en el cabildo municipal.

Del mismo modo, advierte que la vinculación del demandado con la Institución Educativa Santa Teresita de La Victoria (Valle del Cauca) no corresponde al ejercicio de la docencia bajo la modalidad de cátedra, sino que, por el contrario, implicó el desempeño de un cargo como empleado público amparado en la estabilidad laboral que le confiere el estatuto docente.

Señala el Tribunal que, adicionalmente, el demandado pretende alegar, en la contestación de la demanda, la defensa de su principio de buena fe y confianza legítima, para lo cual aportó un documento que contiene un concepto del

Ministerio de Educación Nacional, según el cual, presuntamente, le es permitido el ejercicio simultáneo del cargo de concejal con el de docente de tiempo completo.

Frente a ello, consideró que en medio del respeto a sus garantías procesales, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta que la sanción de pérdida de investidura constituye una limitación a sus derechos políticos de manera perpetua, el demandado no cumplió con el deber objetivo de cuidado al ejercer dos cargos públicos sin prever las consecuencias jurídicas de desempeñar simultáneamente dichas funciones públicas, pues no probó de forma idónea que haya actuado amparado en el principio de la confianza legítima, es decir, con la certeza absoluta de no estar inhabilitado para ser elegido concejal.

Indica que, al concepto del Ministerio de Educación Nacional no puede dársele el valor probatorio pretendido por aquel, toda vez que carece de los requisitos mínimos de autenticidad, tales como fecha y firma de algún funcionario de la Entidad pero, aún en el evento que se le otorgara, el mismo fue dirigido a una persona distinta del demandado, sumado a que sus fundamentos contrarían el ordenamiento jurídico al apoyarse en conceptos del Consejo Nacional Electoral que explicaron que un docente no está inhabilitado para presentarse como candidato a concejal ni para ser elegido como tal, al no estar comprendido en ninguna de las causales de la Ley 617 ni de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002³, desconociendo lo previsto en la vigente Ley 136.

Adicionalmente, determinó que la renuncia a los honorarios que en calidad de concejal le correspondían, carece de incidencia alguna en el caso concreto, así como tampoco el hecho de que no coincidan los horarios de ambas actividades,

³ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

pues son circunstancias que no lo eximen de caer incurso en la incompatibilidad referida.

Finalmente, acerca de la solicitud de aplicación del artículo 23 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, por disposición del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, para que no se inhabilite al demandado de forma permanente para el ejercicio de sus derechos políticos a ser elegido, en cuanto que, ello solo puede hacerlo un juez penal, el *a quo* consideró que no puede entenderse que las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, prevalezcan sobre las normas superiores internas que disponen la imposición de este tipo de sanciones para los miembros de corporaciones públicas por parte del juez contencioso administrativo.

Por lo tanto, afirma el Tribunal, no resulta viable inaplicar la imposición de una inhabilidad consecuente con la pérdida de investidura, pues ello implicaría desnaturalizar dicha figura constitucional y legal.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El actor se muestra inconforme con la decisión de primer grado, al explicar que el Tribunal no atendió la supra nacionalidad del derecho a proteger en la pérdida de investidura, pues, en aplicación del principio de control de convencionalidad, según lo señalado por el artículo 93 de la Constitución Política, la sanción de pérdida de investidura no conlleva la imposición de la inhabilidad permanente para el ejercicio de ningún cargo público.

Explica que, de conformidad con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), los ciudadanos tienen derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos. Señala la norma, que

la Ley puede reglamentar el ejercicio de este derecho pero, en todo caso, las restricciones al mismo se deben limitar a los criterios de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental y, finalmente, a la existencia de una condena que tenga como pena principal o accesoria el ejercicio de los derechos políticos en cuyo caso, señala categóricamente la norma, que la condena sea proferida por juez competente y dentro de un proceso penal.

Manifiesta que, en aplicación de esta disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Leopoldo López Vs. Venezuela, señaló que la imposición de sanciones por un órgano administrativo, consistentes en inhabilitación para la elección popular de cargos, son “[...] *no incompatibles con la Convención Americana [...]*”. De manera expresa sentenció que “[...] *el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana [...]*” porque “[...] *el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8° de la Convención Americana*”, artículo 8° que establece las garantías judiciales o debido proceso y, aunque se aplica a todo tipo de procesos, hace especial énfasis en el proceso penal.

En el caso colombiano, afirma el actor, el artículo 116 de la Constitución Política señala que el Consejo de Estado administra justicia, lo que quiere decir que se satisface la obligación de acudir ante un juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer las funciones judiciales de que habla la Convención en su artículo 7, numeral 5.

En lo relativo a la naturaleza del juez, continúa el actor su explicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara en determinar que se está

ante un juez penal cuando el funcionario tiene la función de administrar justicia y de adoptar decisiones en materia penal. Por ello advierte que, el proceso que se sigue ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de pérdida de investidura, no es equivalente a un proceso penal en los términos del artículo 23, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque en aquel deban aplicarse las garantías del artículo 8° de la misma Convención.

Se refiere, a su vez, a la sentencia C-028 de 2006, proferida por la Corte Constitucional, en la que, en su parecer, se estableció que para imponer una sanción disciplinaria sin contrariar el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es perentorio que la inhabilidad se aplique exclusivamente cuando la falta consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, lo cual no sucedió en el caso concreto.

El actor finaliza la sustentación del recurso considerando que, ante la evidente antinomia entre el texto de la Convención y el de la Constitución Política, debe dársele prevalencia al principio *pro homine*, de conformidad con la posición consolidada de la Corte Constitucional en Jurisprudencia reiterada, aplicando preferentemente la norma que ofrezca mayor garantía a los derechos de las personas; además, a partir del principio hermenéutico, donde no distinguió la Convención, no lo podría hacer ni el constituyente ni el legislador ni el intérprete.

Por lo tanto, sugiere que, los jueces internos de los Estados miembros de la Convención, al ejercer el control de convencionalidad, no podrían aplicar la sanción de inhabilidad por pérdida de investidura, aun cuando así lo consagre la Constitución Política de 1991. Bajo estas circunstancias, solicita que se revoque la negativa a la pretensión subsidiaria, ya que la valoración de esta no logra desdibujar el sentir de la norma y el marco internacional.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa en su vista de fondo, se muestra partidario de que se confirme la sentencia apelada, en síntesis, por cuanto si bien el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos está llamado a servir de parámetro del control de constitucionalidad, ello no significa que dicho instrumento internacional adquiera una dimensión supra constitucional, pues precisa ser armonizado con las normas constitucionales y la arquitectura institucional del Estado colombiano, con el propósito de armonizar y conciliar las pautas incorporadas en uno u otro estatuto.

Explica que la pérdida de investidura, como una manifestación del *ius puniendi* del Estado y como instrumento fundamental en la democracia participativa y deliberativa, está llamada a proteger sus valores esenciales, por lo que, pretender que la limitación de los derechos políticos, se realice por sentencia judicial en el marco de un proceso penal, conduciría al extremo de cercenar la capacidad de los Estados para incorporar instrumentos dirigidos a depurar las malas prácticas que se dan al interior de las sociedades, con el fin de dignificar y enaltecer los valores de la democracia. Frente a este propósito, la pérdida de investidura se convierte en una herramienta esencial para preservar la moralidad, ética y transparencia en contra de la corrupción.

Anota que, con relación a los medios de prueba allegados al expediente, se encuentra probado que el concejal accionado está incurso en la causal de incompatibilidad que se le endilga, al desempeñar de manera simultánea, los cargos de concejal y de docente en la Institución Educativa Santa Teresita de La Victoria (Valle del cauca), con tipo de nombramiento en propiedad, sin que haya

mediado renuncia previa y sin que se encuentre incurso en la excepción consagrada en el artículo 47 de la Ley 617.

Por lo tanto, señala, el concejal demandado violó el régimen de incompatibilidades consagrado en el artículo 55, numeral 1 de la Ley 136 y resulta procedente confirmar la providencia que decretó la pérdida de su investidura.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación se ocupa, casi en su integridad, de atacar la sentencia del Tribunal por la supuesta contradicción surgida entre lo previsto por la Constitución Política de 1991, en cuanto a la acción de pérdida de investidura y sus efectos, con lo establecido en el artículo 23, numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que, desde su punto de vista, la sanción de inhabilidad permanente impuesta por aquella, sólo es posible cuando su causal sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado.

Considera que, en caso contrario a ello, como acontece en el *sub judice*, cuando la causal no está relacionada con delitos contra el patrimonio público, la inhabilidad resulta violatoria de la Convención y, son los jueces internos de los Estados miembros de la Convención, a quienes les corresponde ejercer el respectivo control de convencionalidad, con la inevitable consecuencia de inaplicar la sanción dispuesta en la norma constitucional.

La Sala se referirá inicialmente a este aspecto, no solamente por ocupar el centro de la impugnación, sino porque además, pretende desvirtuar el alcance y contenido del medio de control de pérdida de investidura, a través del cual, se despojó de la misma al concejal del municipio de La Victoria (Valle del Cauca), señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES**.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 23, establece lo siguiente:

“[...] Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal [...]. (Negrillas por fuera de texto).

En relación con la anterior disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴, órgano jurisdiccional con competencia para interpretar el mencionado instrumento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵, señaló lo siguiente:

“[...] La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones [...]. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los

⁴ Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros.

⁵ El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979-, artículo 1, señala lo siguiente “[...] naturaleza y régimen jurídico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto [...]”.

requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. **La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.**

[...]

Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en que cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas [...]”⁶ (Negrillas por fuera de texto).

Tanto del texto del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos como de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se desprende que esa norma consagró (artículo 23.1) un catálogo enunciativo de derechos reconocidos históricamente como derechos políticos, entre ellos, los “de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente (...)”, “ser elegidos en elecciones periódicas auténticas”, “acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas” y (artículo 23.2) una enunciación de criterios específicos que posibilitan al Estado la limitación de esos derechos, los cuales deben ser razonables, proporcionados y no discriminatorios⁷.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yatama Vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005. En este caso se ocupó de precisar el alcance del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos a efectos de establecer si el Estado había desconocido la convención al negar la posibilidad de participar en las elecciones, por no inscribirse con un partido político, a los integrantes de la comunidad indígena Yatama.

⁷ Sección Segunda, sentencia de 6 de octubre de 2016, radicado nro. 11001-03-25-000-2012-00681-00 (2362-12), Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz, Consejera ponente Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

No en pocas ocasiones, y debido a su redacción aparentemente controversial, este artículo ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, en medio del estudio judicial tanto de la constitucionalidad de normas internas como de la tutela de derechos fundamentales bajo el amparo de la referida regla convencional.

En efecto, en la sentencia C-028 de 2006⁸, la Corte tuvo que resolver la cuestión de si los artículos 44 numeral 1, 45 literal d) y 46 inciso 1 de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002⁹, vulneraban el bloque de constitucionalidad al consagrar como posibles consecuencias del proceso disciplinario, adelantado por la Procuraduría, la destitución e imposición de inhabilidades para el ejercicio de las funciones públicas.

Lo anterior, bajo el cargo de que tales previsiones, presuntamente, resultaban contrarias a lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de la cual, la Ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal; circunstancia esta última que, en criterio de los demandantes, quedaba infringida con los preceptos acusados.

De acuerdo con lo expresado en aquella ocasión por la Corte Constitucional, una interpretación sistemática y coherente de la Convención Americana de Derechos Humanos con otros instrumentos internacionales, permitió concluir que no se presenta la infracción denunciada. Según se lee en dicha sentencia:

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-028 de 26 de enero de 2006, Magistrado ponente Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

“[...] 6.4. Los tratados internacionales deben ser interpretados de manera coherente y sistemática.

[...]

De allí que, con mayor frecuencia, los jueces constitucionales se han visto abocados a interpretar y aplicar normas internacionales, bien sea para determinar si el legislador actuó o no dentro de los límites fijados por la Constitución, o para amparar los derechos fundamentales de los individuos.

Pues bien, al momento de llevar a cabo dichas labores no se deben perder de vista las particularidades que ofrece la interpretación de los tratados internacionales, en especial, aquellos de derechos humanos, la cual, si bien presenta algunas semejanzas con aquellas de la Constitución y la ley, de igual manera, ofrece ciertas especificidades¹⁰.

En tal sentido, es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos¹¹. En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público.

En tal sentido, es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la

¹⁰ En tal sentido, la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha considerado que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en principio, “[...] deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del mismo [...]”, es decir, debe consultarse la exégesis del instrumento internacional. Dicha regla se explica históricamente por un rezago voluntarista del derecho internacional clásico, según el cual, los Estados únicamente se vinculaban por la manifestación de su consentimiento, bien fue expreso (tratado internacional) o tácito (costumbre).

¹¹ La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrece asimismo, a título enunciativo, ciertas particularidades reseñadas por la doctrina y jurisprudencia internacionales, tales como (i) el carácter autónomo de ciertos términos (vgr. plazo razonable, tribunal independiente e imparcial, etc.); (ii) la existencia de reenvíos puntuales y ocasionales a nociones de derecho interno; (iii) la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos humanos; y (iv) el recurso frecuente a la regla del efecto útil, ver al respecto, Olivier Jacot. Guillarmord, “Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, París, 2000. Emmanuel Decaux, La Convention Européenne des Droits de l’Homme, París, 2004.

evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”¹² y que “Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”¹³. **De tal suerte que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos.**

Ahora bien, en caso de que frente a un determinado problema jurídico concreto la interpretación armónica de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos no acuerde una respuesta satisfactoria, con fundamento en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, será necesario acudir a otros tratados internacionales relevantes.

Así pues, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en lo que concierne a las restricciones legales al ejercicio de los derechos políticos, en concreto al acceso a cargos públicos por condenas penales, debe ser interpretado armónicamente con un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, los cuales, si bien no consagran derechos humanos ni tienen por fin último la defensa de la dignidad humana, sino que tan sólo pretenden articular, mediante la cooperación internacional la actividad de los Estados en pro de la consecución de unos fines legítimos como son, entre otros, la lucha contra la corrupción, permiten, a su vez, ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional.

En tal sentido, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, aprobada por el seno de esta última el 26 de marzo de 1996, **impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas preventivas eficaces, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, con el propósito de combatir dicho flagelo.**

De igual manera, más recientemente, en el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en su artículo 8.6 alude expresamente a la imposición de medidas disciplinarias contra la corrupción:

¹² Cfr. European Court of Human Rights, *Tyrer v. The United Kingdom*, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, párr. 31.

¹³ Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. Ver además, en casos contenciosos, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 12; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 165; 146; Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C. No. 102, párr. 56; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 146 a 148, y Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44.

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, **medidas disciplinarias o de otra índole** contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo”.

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales de reciente adopción en materia de lucha contra la corrupción, no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas, igualmente sancionatorias aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador.

6.5. La Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad deben ser interpretados, a su vez, de manera armónica y sistemática.

La Corte considera que, así como los tratados internacionales deben ser interpretados entre sí de manera sistemática y armónica, **en el entendido de que el derecho internacional público debe ser considerado como un todo coherente y armónico, otro tanto sucede entre aquéllos y la Constitución.**

En efecto, esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen.

[...] en lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversas ocasiones, la Corte ha considerado que hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior.

Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, **pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla**

sistemáticamente con el texto de la Constitución [...]¹⁴ (Negrillas por fuera de texto).

Si bien en esta sentencia se decidió, a la postre, un asunto que redundó en la exequibilidad de la sanción disciplinaria consistente en la destitución e inhabilidad general para ejercer la función pública por la comisión de faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima, así como su carácter permanente cuando se vea afectado el patrimonio económico del Estado, resulta evidente que, las consideraciones allí vertidas para concluirlo, son pertinentes y decisivas en el caso concreto.

Para la Corte Constitucional, en tanto que forman parte de un **sistema coherente y armónico**, como es el Derecho Internacional Público, los tratados internacionales deben ser interpretados entre sí de manera sistemática, **de suerte que se acompasen sus disposiciones y se haga posible que los Estados atiendan de forma adecuada los desafíos que les plantea la transformación de la realidad, de las dinámicas y de los problemas sociales que deben encarar.**

Debido a la falta de comprensión unánime o uniforme de las cláusulas de la Convención y la forma cómo éstas deben ser interpretadas, desarrolladas y aplicadas por los diferentes Estados, y habida cuenta del carácter democrático y soberano de éstos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aludido en diferentes oportunidades **al margen o capacidad de apreciación y discrecionalidad que les corresponde a aquellos**, a efectos de adoptar medidas que permitan conciliar la efectividad de los derechos consagrados con las particularidades históricas, sociales, culturales o políticas de cada Nación¹⁵.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-028 de 2006 *Cit.*

¹⁵ Vid. CIDH, Opinión Consultiva 4 de 1984, sobre la legitimidad de una reforma constitucional en Costa Rica al régimen de naturalización de extranjeros. También véase, p, ej., la sentencia Castañeda Gutman VS.

En efecto, el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, brinda cobertura suficiente a esta prerrogativa, que en últimas busca armonizar los derechos garantizados en la esfera internacional con los intereses y circunstancias propias de cada Derecho interno.

“[...] Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas [...]”.

En particular, esta **discrecionalidad** en materia de regulación o configuración de los derechos políticos fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, en el caso *Castañeda Gutman Vs. México*¹⁶. Este precedente, en el cual se controvierte una limitación al derecho a participar en política contemplada por el sistema electoral mexicano, esclarece importantes elementos para la comprensión del régimen jurídico del referido artículo 23, que resultan indispensables para el caso que se resuelve. Entre otros aspectos, en esta decisión se ponen de relieve los siguientes parámetros:

(i) El artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, **debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica**, de modo que no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma¹⁷.

México, del 6 de agosto de 2008, en la cual se reconoce la amplitud de la competencia de los Estados para el desarrollo de sus modelos electorales. En sentido similar la sentencia *Chocrón Chocrón VS. Venezuela*, del 1 de julio de 2011, resalta la imposibilidad de la CIDH para determinar cuál es el sistema legal que mejor garantiza la independencia judicial. Estas providencias se encuentran disponibles en línea: [<http://www.corteidh.or.cr/>]

¹⁶ Disponible en línea: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf]

¹⁷ Consideración jurídica nro. 153.

(ii) El párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que la Ley puede reglamentar el ejercicio de tales derechos, exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. En él se definen entonces, las razones por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 y tiene como propósito único, a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales, evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos¹⁸.

(iii) Siempre que no se traduzca en medidas desproporcionadas o irrazonables, **los Estados pueden legítimamente utilizar estos límites para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos**¹⁹.

(iv) Con todo, no solo es posible aplicar, al sistema electoral que se establezca en un Estado, las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰, toda vez que el sistema interamericano no impone un sistema electoral determinado y, porque también, la Convención establece **lineamientos generales** que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos, permitiéndole a los Estados que, dentro de los parámetros convencionales, regulen esos derechos de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las cuales pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad en distintos momentos históricos²¹.

Así las cosas, de lo que se trata es de reconocer a las autoridades nacionales la **discrecionalidad** necesaria para desarrollar, dentro del marco de los principios de

¹⁸ Consideración jurídica nro. 155.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Consideración jurídica nro. 161.

²¹ Consideración jurídica nro. 166.

legalidad, razonabilidad y proporcionalidad que impone la Convención, un sistema de ejercicio de los derechos políticos acorde con su tradición institucional, sus valores y con las singularidades de su realidad y de su propia visión de la materia.

La Corte Constitucional, en la sentencia en SU-712 de 2013²², se ocupó de establecer si se ajustaba o no a la Constitución Política, la decisión del Procurador General de la Nación de imponer a la Senadora Piedad Esneda Córdoba Ruiz la sanción de destitución e inhabilidad de 18 años²³, pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 1° de septiembre de 2011 -caso López Mendoza Vs. Venezuela- aparentemente había establecido la regla, según la cual, los derechos políticos solo pueden ser restringidos **por condena de un juez penal**.

En esa oportunidad la Corte Constitucional negó el amparo constitucional, aplicó la decisión de la mencionada sentencia C-028 de 2008, reafirmó la necesidad de interpretar armónicamente el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos con otros tratados de la misma naturaleza, señaló que la facultad del Procurador General de la Nación de imponer sanciones disciplinarias que limiten el derecho de acceder a cargos públicos no desconoce el artículo 93 de la Constitución ni las normas del Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos y, analizó el pronunciamiento de la Corte Interamericana adoptado en el mencionado caso López Mendoza Vs. Venezuela **para concluir que no había una regla que anulara la competencia de las autoridades disciplinarias para imponer sanciones que limiten los derechos políticos**. Así señaló la sentencia en mención:

²² Corte Constitucional, sentencia SU-712 de 17 de octubre de 2013, Magistrado ponente Doctor Jorge Iván Palacio.

²³ Por incurrir en la falta prevista en el numeral 12 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 según el cual es falta gravísima fomentar o ejecutar actos tendientes a la formación o subsistencia de grupos armados al margen de la ley o, promoverlos, auspiciarlos, financiarlos, organizarlos, instruirlos, dirigirlos o colaborar con ellos.

[...] Como se puede observar, el contexto fáctico y jurídico en el que se desarrolló este caso fue diferente al que se presenta en el asunto que ahora es objeto de examen. **En efecto, mientras que en la Constitución venezolana se requiere “sentencia judicial” para que procedan las inhabilidades, en el caso colombiano la Constitución no lo exige, como sucede con la competencia entregada al Procurador General de la Nación para ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular (art. 277-6).**

En todo caso, aun cuando la Convención Americana alude a la “condena, por juez competente, en proceso penal”, debe destacarse que la propia Corte también reconoce la posibilidad de que se adopten sanciones administrativas y disciplinarias, las cuales son “como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas”, siempre y cuando se hayan respetado las garantías del debido proceso.

Cabe indicar, de forma meramente ilustrativa, cómo en el voto concurrente del juez Diego García-Sayán se da cuenta de la necesidad de hacer una lectura restrictiva y cautelosa de algunas consideraciones del fallo, en la medida en que otros instrumentos internacionales y la normatividad interna de la mayoría de Estados **consagran la posibilidad de imponer restricciones al sufragio pasivo mediante la inhabilitación, especialmente como estrategia legítima en la lucha contra la corrupción.**

Una postura en sentido contrario conduciría al extremo de sostener que en ningún caso el Procurador puede imponer sanciones que impliquen la restricción de derechos políticos como el sufragio pasivo. Aún más, ni siquiera el propio Consejo de Estado, en el marco de un proceso jurisdiccional de pérdida de investidura, podría restringir el ejercicio de derechos políticos, por cuanto no sería una sanción impuesta por un “juez penal”. Todo ello en abierta contradicción con lo previsto en la Carta Política de 1991, que sí autoriza este tipo de decisiones.

En este orden de ideas, la aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta, como lo reconoce la Convención al indicar que corresponde a la ley reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y el mecanismo de sanción. **Así, como fue explicado en la Sentencia C-028 de 2006, la aplicación del bloque de constitucionalidad debe armonizarse la Constitución, a partir de una interpretación coherente, sistemática y teleológica, con el propósito de lograr conciliar las reglas de uno y otro estatuto [...]** (Negritas y subrayas por fuera de texto).

Luego la Corte, en la sentencia C-500 de 2014²⁴, reiteró, al conocer nuevamente una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734, entre otros aspectos, **que no era posible identificar en el caso López Mendoza Vs. Venezuela una regla clara, uniforme y reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al contenido restringido del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos**, debido a que en ese caso se reconoció que las sanciones penales y las disciplinarias, en tanto expresión del poder punitivo del Estado, son aceptables como instrumento de limitación de derechos bajo la condición de respetar las reglas propias del debido proceso²⁵.

Precisamente, esta Corporación también tuvo la oportunidad de pronunciarse con relación al mismo tema, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Gustavo Francisco Petro Urrego contra la Procuraduría General de la Nación²⁶, donde el demandante señalaba la vulneración del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque, según su entender, la restricción de los derechos políticos solo era posible mediante condena de juez penal. En esta ocasión consideró lo siguiente:

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-500 de julio 16 de 2014, Magistrado ponente Doctor Mauricio González Cuervo.

²⁵ Para sostenerlo, la Corte se apoyó en la sentencia de fecha 2 de febrero de 2001 correspondiente al caso Baena Ricardo Vs. Panamá en la que ese Tribunal explicó: “[...] En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste [...] Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva [...]”.

²⁶ Por la sanción disciplinaria de destitución del cargo de alcalde de la ciudad de Bogotá D.C. e inhabilidad por término de 15 años, impuesta por la Sala Disciplinaria Procuraduría General de la Nación mediante fallo de única instancia de 9 de diciembre de 2013 y confirmada mediante fallo de 13 de enero de 2014 por medio del cual esa misma autoridad resolvió un recurso de reposición.

“[...] El primer aspecto, es expresión del empeño del Constituyente en la definición de un esquema robusto de controles sobre los poderes públicos capaz de hacer frente a consabidos problemas institucionales como la corrupción, la ineficiencia o la indisciplina del funcionario público, lo que se puede apreciar en la proliferación de disposiciones puntuales que pretenden el control específico de los distintos niveles de la Administración Pública²⁷ y de otro, en el sometimiento de las instancias más elevadas del poder público a una pluralidad de fórmulas de responsabilidad que se concretan en instituciones tan diversas como los controles político, disciplinario o fiscal, **en la declaratoria de pérdida de investidura** o en el juzgamiento penal de su conducta y el contencioso administrativo frente a los actos electorales y de todas sus decisiones como autoridad del Estado, así como del control que se deriva del ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte del Tribunal Constitucional **y del Consejo de Estado**, así como de los jueces de tutela, habeas corpus, acciones populares y de cumplimiento.

En este orden, y tomando en cuenta las consideraciones de la CIDH sobre la interpretación del artículo 23 CADH y el margen de apreciación que le es dado a los Estados para la regulación de los derechos políticos de sus ciudadanos, la Sala concluye que la Procuraduría tiene competencia para sancionar con destitución o inhabilidad a los funcionarios del Estado sin que ello resulte contrario a la norma convencional en cita.

En relación con el segundo aspecto, garantías mínimas que se deben observar en eventos de restricción de derechos políticos, **el párrafo 2 del artículo 23 CADH no puede ser objeto de una interpretación aislada ni literal**, pues no se debe ignorar el conjunto de la Convención ni los principios básicos que la inspiran²⁸, pues la CADH establece “**lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales**”²⁹. Por ende, conforme se concluyó de manera precedente, las potestades que legalmente asisten a la Procuraduría para sancionar con destitución o inhabilidad a los funcionarios del Estado no atentan o infringen dicha previsión de la Convención.

Ahora bien, en relación con el precedente **LÓPEZ MENDOZA VS. VENEZUELA**, que también menciona el actor para cuestionar la

²⁷ Así, por ejemplo, la cláusula general contenida en el artículo 6º, según la cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la Ley “y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, es claramente ilustrativa de esta tendencia. De forma más concreta se observa una alusión al control disciplinario en disposiciones como el artículo 209 y su referencia a que “[l]a administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la Ley”. O también en el artículo 210 que encomienda al legislador definir “el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”. La trascendencia de esta función se hace igualmente manifiesta en el artículo 125, según el cual en virtud de su estabilidad reforzada el retiro de los funcionarios de carrera administrativa procede solo “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la Ley”. La amplitud con la cual el artículo 277 configura la competencia de la Procuraduría para investigar y sancionar servidores públicos, inclusive a los de elección popular, es otra evidencia de ello.

²⁸ Consideración jurídica No. 153.

²⁹ Consideración jurídica No. 166.

conformidad de las facultades sancionatorias de la Procuraduría con el artículo 23.2 CADH, por cuanto en dicho pronunciamiento la CIDH encontró vulnerado dicho artículo, por el hecho de haber recibido esta persona una sanción de inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por parte de una autoridad administrativa, se tiene lo siguiente:

La Corte Constitucional en la sentencia SU-712 de 2013, realizó el examen detallado de dicho pronunciamiento con fundamento en el cual es posible afirmar que esa conclusión no es trasladable al caso sub examine.

En efecto, según lo manifestado por la CIDH en dicho asunto:

“[...] 107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana [...]”

Son pues, tan significativas las diferencias entre uno y otro supuesto, que permiten afirmar con suficiencia una distinción capaz de justificar de forma razonada una conclusión divergente.

Además, no puede perderse de vista el hecho que en el orden jurídico nacional las decisiones sancionatorias de la Procuraduría son pasibles del control jurisdiccional del contencioso administrativo, lo cual refuerza aún más las garantías procesales y asegura la tutela judicial de las personas afectadas por esta clase de determinaciones.

Para la Sala, la vigencia de estas garantías en el derecho nacional no solo permite fundamentar razonadamente una conclusión divergente a la alcanzada por la CIDH en el precitado caso LÓPEZ MENDOZA, sino que además hacen posible constatar la compatibilidad sustancial del sistema de control disciplinario diseñado por el Constituyente y desarrollado por el legislador nacional con la exigencia convencional, **según la cual solo una autoridad que atienda los mínimos que impone la garantía de la protección jurisdiccional (rectius independencia y apego a los principios de legalidad y debido proceso) pueda adoptar medidas restrictivas o limitativas de los derechos políticos de las personas [...]**³⁰ (Negrillas por fuera de texto).

³⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, radicado nro. 25000-23-42-000-2013-06871-01, Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego, Consejero ponente Doctor Alfonso Vargas Rincón.

En una oportunidad posterior, con la sentencia SU-355 de 2015³¹, la Corte Constitucional afirmó que ese asunto no podía volver a debatirse, en la medida en que ya había sido definido en el sentido de considerar que, las potestades sancionatorias que limitan los derechos políticos, otorgadas por nuestro ordenamiento jurídico a las autoridades administrativas de control disciplinario, no vulneran la disposición convencional invocada.

Así las cosas, con fundamento en este escenario que se plantea desde la Jurisprudencia convencional, constitucional y contenciosa, una vez proyectada la discrecionalidad comentada y el margen de maniobra que debe emplearse, sin abusos, en el ordenamiento interno para conseguir la regulación legítima de los derechos políticos en ciernes, se observa que la pérdida de investidura es un medio de control con origen constitucional y, en virtud de este, con desarrollo legislativo, en cuanto también se previó su promoción en contra de miembros de corporaciones públicas del orden territorial.

El artículo 110 Superior estableció la primera de las conductas reprochables con la referida consecuencia jurídica que cobija a estos últimos:

“[...] Artículo 110. Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura [...]” (Negrillas por fuera de texto).

A su vez, el artículo 291 prevé una segunda causal constitucional de pérdida de investidura, así:

³¹ Corte constitucional, sentencia SU-355 de 11 de junio de 2015, Magistrado ponente Doctor Mauricio González Cuervo. Revisión de la Sentencia de tutela de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 5 de marzo de 2014, que confirmó la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se declaró improcedente el amparo constitucional.

“[...] Artículo 291. **Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.**

Los contralores y personeros sólo asistirán a las juntas directivas y consejos de administración que operen en las respectivas entidades territoriales, cuando sean expresamente invitados con fines específicos [...]” (Negrillas por fuera de texto).

La Constitución señala expresamente estas dos causales de pérdida de investidura para los miembros de las corporaciones electivas de las entidades territoriales, a saber: la entrega de contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos y la aceptación de cargos públicos en la administración pública.

No obstante no se detuvo allí, pues en su artículo 293 autorizó al legislador, expresamente, para que desarrollara y determinara los motivos causantes de la pérdida de investidura territorial, en los siguientes términos:

“[...] Artículo 293. Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, **la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales.** La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones [...]” (Negrillas por fuera de texto).

La Corte Constitucional, en efecto, en cuanto a la reglamentación legislativa del instituto de la pérdida de investidura en el caso de los concejales, lo cual corresponde de igual forma con la situación de los diputados y ediles, consideró lo siguiente:

“[...] En relación con el segundo punto, es importante destacar que el instituto de la pérdida de investidura constituye una sanción disciplinaria. A partir de ella, y atendiendo a lo preceptuado por el artículo 293 de la Carta -cuyo contenido es reiterado en lo dispuesto en los incisos 3° del artículo 299 y 2° del artículo 312 de la Constitución-, se llega necesariamente a la conclusión de que, en contra de lo sostenido por el actor, **la Constitución sí autoriza explícitamente al Legislativo para que instituya nuevos motivos para la declaración de la pérdida de investidura de concejal.**

[...]

Como se puede colegir de la lectura de este artículo, la Carta autoriza al legislador para determinar, entre otras cosas, las causas de destitución de los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales. La destitución es la máxima sanción existente en el orden disciplinario y, como ya lo ha precisado la Corte, la pérdida de investidura es también un reproche disciplinario que se equipara a la destitución. **Los ciudadanos que son elegidos popularmente para las corporaciones públicas no están sujetos al régimen jerárquico administrativo que cobija a la generalidad de los servidores públicos. Estos ciudadanos no son nombrados en una posición sino elegidos. De allí que no tengan superiores jerárquicos, que puedan ejercer atribuciones disciplinarias sobre ellos. Por esta razón, a estos servidores se les aplica un régimen especial para la separación del cargo, que es el de la pérdida de investidura.** Así las cosas, la única conclusión posible es que cuando el artículo 293 consagra la posibilidad de que el legislador determine las causas de destitución de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, **incluye la determinación de las causales de pérdida de investidura de estos funcionarios.**

[...]

14. De lo anterior se infiere que la ley sí puede consagrar causales adicionales para la declaración de la pérdida de investidura de concejal. Sin embargo, cabe precisar que el legislador tiene límites en el ejercicio de esa atribución, **límites que están fundamentalmente trazados por la obligación de respetar el derecho a la participación política de los ciudadanos a los que se les ha conferido un mandato por parte de los electores.** Sobre este tema también se ha pronunciado la Corte en relación con la atribución del legislador para regular las inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y los alcaldes, con motivo de las regulaciones dictadas en ese sentido por la Ley 136 de 1994. Así, en la sentencia C-373/93 (M.P Carlos Gaviria Díaz)³² se expresó:

“[...] El Congreso no dispone de una facultad irrestricta e incondicionada para elevar a inhabilidad electoral cualquier hecho o condición al que estime conveniente dar ese tratamiento. Los derechos de participación política, configurados por la Carta, excepcionalmente pueden ser limitados y, a su turno, las restricciones válidamente introducidas por el legislador, esto es, teniendo competencia para el efecto, deberán interpretarse de manera que, en lo posible, se privilegie su ejercicio.

La tarea legislativa de fijación de inhabilidades, cuando la Constitución la autoriza, no puede violar los derechos de igualdad y de participación política y, por ende, pierde todo asidero si se traduce en preceptos excesivos, innecesarios e irrazonables. La doctrina de la Corte es constante sobre este punto:

³² Ver también la sentencia C-194 de 1994, Magistrado ponente Doctor José Gregorio Hernández, que trata sobre el tema de las incompatibilidades.

“[...] Se reitera que aunque la Carta faculta al legislador para supeditar el ejercicio de funciones y cargos públicos a condiciones y requisitos, para esta Corte cualquier limitación a los derechos consagrados en los artículos 13 y 40-7 Superiores debe consultar los valores, principios y derechos de la Carta, so pena de profundizar la desigualdad social mediante la negación del núcleo esencial de tales derechos, los cuales tienen además incidencia en el ejercicio del derecho al trabajo. La exigencia de requisitos o condiciones excesivas, innecesarias o irrazonables para aspirar a ejercer un cargo o función pública, violaría el contenido esencial de los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a escoger y ejercer profesión u oficio y a participar efectivamente en el ejercicio del poder político [...]”³³³⁴. (Negrillas por fuera de texto).

El Constituyente consideró necesario crear una sanción especial para los integrantes de las corporaciones públicas territoriales, consistente en la declaración de la pérdida de su investidura. Es decir, aquel estimó que determinadas faltas de los representantes populares exigían sanciones y procedimientos más severos y pronto que las que podrían conseguirse a través de las acciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría o mediante el retiro del apoyo electoral a los mandatarios o partidos infractores de sus compromisos con los electores a manera de sanción política.

Si bien el debate que se presentó en la Asamblea Nacional Constituyente acerca de la figura de la pérdida de investidura giró en torno a la importancia de su aplicación a los Congresistas, lo cierto es que lo manifestado al respecto se aplica a todos los integrantes de las corporaciones públicas, pues, como se vio atrás, en la misma Carta se consideraron situaciones en las que esta institución debía ser aplicada a todos los miembros de los cuerpos colegiados³⁵. Acerca de la discusión que se presentó en la Asamblea, y de la importancia que se le confirió a la figura, se expresó la Corte Constitucional así:

³³ Corte Constitucional, sentencia C-537 de 1993, Magistrado ponente Doctor Hernando Herrera Vergara.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-437 de 1997, Magistrado ponente Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵ Ídem.

“[...] 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 [...]

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 comisión³⁶ 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 [...]”³⁷.

En desarrollo del referido mandato constitucional, el legislador organizó y reguló todo el régimen de calidades, inhabilidades, incompatibilidades y causales de pérdida de investidura adicionales para los miembros de estas corporaciones públicas territoriales, entre muchos otros aspectos, dentro de las cuales se encuentran, para el caso concreto, las de los concejales municipales.

³⁶ Gaceta Constitucional nro. 79 del 22 de mayo de 1991.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-319 de 1994, Magistrado ponente Doctor Hernando Herrera Vergara.

Por ello, señaló como juez competente, para adelantar el proceso de pérdida de investidura en primera instancia, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo Departamento de acuerdo con la ley (que en el *sub judice* fue el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca), así como la segunda instancia que es la surtida ante esta Sección³⁸, todo de conformidad con el procedimiento adoptado mediante la Ley 144 de julio 13 de 1994³⁹, trámite judicial que se celebra con plena observancia del debido proceso y las garantías procesales de rigor.

En cuanto al juez competente para dirigir el proceso de la pérdida de investidura, la Corte Constitucional sostuvo que:

“[...] La Constitución ha establecido la pérdida de la investidura como una sanción que es independiente de las penales que pudieran ser aplicables por la comisión de delitos y que encuentra su razón de ser en el régimen constitucional de las actividades que cumplen los congresistas. Tiene un carácter disciplinario de muy especiales características, la competencia para decretarla es atribuida de manera exclusiva a un tribunal - el Consejo de Estado - y tan sólo puede operar en los casos, bajo las condiciones y con las consecuencias que la Carta Política establece. Las causas que dan lugar a ella son taxativas (artículo 183 C.P.).

[...]

La Corte debe insistir en que las normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético. Buscan preservar la dignidad del congresista y, aunque se refieran a conductas que puedan estar contempladas en la legislación como delictivas, su objeto no es el de imponer sanciones penales, sino el de castigar la vulneración del régimen disciplinario impuesto a los miembros del Congreso en razón de la función que desempeñan. **Al congresista no se lo priva de su investidura, inhabilitándolo para volver a ser elegido en tal condición, por el hecho de haber incurrido en un determinado hecho punible y menos como consecuencia de haber sido hallado penalmente responsable.** Lo que el Consejo de Estado deduce en el curso del proceso correspondiente es la violación, por parte del implicado, de las normas especiales que lo obligan en cuanto miembro del Congreso. **Se trata de un juicio y de una sanción que no están necesariamente ligados al proceso penal que, para los respectivos efectos, lleve a cabo la jurisdicción, pues la Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solamente está**

³⁸ Ley 617, artículo 48.

³⁹ Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas.

comprometido a no delinquir sino a observar una conducta especialmente pulcra y delicada que, si presenta manchas, así no sean constitutivas de delito, no es la adecuada a la dignidad del cargo ni a la disciplina que su ejercicio demanda [...]⁴⁰ (Negrillas por fuera de texto).

Una vez, haya sido decretado el respectivo despojo de su investidura como concejal, si es que a ello hubo lugar, la Ley tiene prevista una serie de efectos directos que dejan limitado y restringido el ejercicio de los derechos políticos de este ciudadano desde el presente y hacia el futuro, más allá de las meras consecuencias judiciales que conllevan retirarle su calidad de cabildante municipal.

Esto es que, al haber perdido su investidura de concejal, quedaría inhabilitado para inscribirse, ser elegido y ejercer como **gobernador**⁴¹, **diputado**⁴², **alcalde municipal o distrital**⁴³ o, nuevamente, **concejal municipal o distrital**⁴⁴, así como también para ser elegido **edil del Distrito Capital de Bogotá**⁴⁵, en lo que, si bien

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-247 de 1 de junio de 1995

⁴¹ Ley 617, “[...] Artículo 30.- De las inhabilidades de los gobernadores. **No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador: 1. Quien** haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o **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 [...]” (Negrillas por fuera de texto).

⁴² Ley 617, “[...] Artículo 33.- De las inhabilidades de los diputados. **No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: 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 [...]” (Negrillas por fuera de texto).

⁴³ Ley 136, “[...] Artículo 95.- Inhabilidades para ser alcalde <modificado por la Ley 617, artículo 37. Inhabilidades para ser alcalde> **No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital: 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 [...]” (Negrillas por fuera de texto).

⁴⁴ Ley 136, “[...] Artículo 43.- Inhabilidades <modificado por la Ley 617, artículo 40. De las inhabilidades de los concejales> **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 [...]” (Negrillas por fuera de texto).

⁴⁵ Decreto 1421 de 21 de julio de 1993 "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá" (expedido por el Presidente de la República, en uso de las atribuciones que le confirió el artículo transitorio 41 de la Constitución Política para desarrollar los mandatos vertidos en sus artículos 322, 323 y 324). Su artículo 66 ordena: “[...] Inhabilidades. **No podrán ser elegidos ediles quienes: [...] 3. Hayan perdido la investidura de miembros de una corporación de elección popular [...]**” (Negrillas por fuera de texto).

se entiende como una imposibilidad permanente de desarrollar la función pública para dichos empleos de elección popular, no se traduce *per se* en su muerte política omnímoda, como quiera que otros cargos electorales como el de congresista de la República, e incluso, el de Presidente o Vicepresidente de la República, no incorporaron a su régimen de inhabilidades la condición relativa a haber perdido la investidura de concejal municipal o distrital.

Más aun, se mantienen intactos los derechos que le asisten de desempeñar empleos públicos distintos a los indicados de elección popular, en cuanto que la pérdida de investidura castiga una conducta transgresora de la dignidad e integridad de la respectiva corporación pública de la que era miembro, sin que por ello logre restringirse el ámbito individual y personal para acceder a la función pública que le garantiza la Constitución Política.

En este sentido, la Sala encuentra que en el ordenamiento jurídico colombiano, **las sentencias que son adoptadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en materia de pérdida de investidura**, a través de sus Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado:

- (i) Proviene de una autoridad que formal y sustancialmente tiene la calidad de juez, con independencia orgánica y autonomía funcional, rasgos determinantes para la concesión de la garantía de la protección judicial,

La Sala advierte que, si bien la circunstancia de haber perdido la investidura no está estipulada expresamente como causal de inhabilidad para ser elegido edil de otro municipio o distrito diferente al Capital de Bogotá, lo cierto es que ello se menciona en esta providencia de forma ocasional e ilustrativa, sin perjuicio de que, en un caso particular de igual o distinta naturaleza al presente (de nulidad electoral, disciplinario, etc.), sean estudiados de fondo cargos relacionados con la eventual configuración de la causal de inhabilidad para ediles prevista en la Ley 136, artículo 124, numeral 2, a partir de un despojo de investidura previamente decretado: “[...] Artículo 124. Inhabilidades. Sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezcan la Constitución y la ley, **no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes: [...] 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 [...]**” (Negrillas por fuera de texto).

acuñada de forma reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁶.

(ii) Son impuestas como típica “expresión del poder punitivo del Estado”⁴⁷, tal cual sucede con las sanciones penales, las que a su vez, resultan proporcionales en una sociedad democrática-representativa en donde la Constitución exige más al representante popular de las corporaciones públicas territoriales que a las demás personas, ya que no solamente está comprometido a no delinquir (ámbito de la justicia penal), sino a observar una conducta especialmente escrupulosa y honorable que, si presenta manchas, así no sean constitutivas de delito, atentan contra la dignidad institucional del cargo y la disciplina que su ejercicio demanda (ámbito de la pérdida de investidura).

(iii) Por disposición constitucional, son providencias producto de investigaciones que deben respetar las garantías propias del debido proceso y de legalidad, por lo cual, las condenas que se profieren deben instruir un procedimiento previo al interior del cual, se brinden las oportunidades de defensa y audiencia que establecen la Constitución y la Ley.

(iv) Y, a raíz de las particularidades y realidades históricas, sociales, culturales y políticas que envuelven a la Nación colombiana, conllevan e implican la causación de efectos restrictivos de los derechos políticos de

⁴⁶ Vid. sentencia Chocrón Chocrón VS. Venezuela, del 1 de julio de 2011. También la sentencia Reverón Trujillo Vs. Venezuela, del 30 de junio de 2009. La razón de ser de esta consideración es simple: se trata de “evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”. Cfr. Sentencia Chocrón Chocrón *Op. Cit* , consideración jurídica No. 97.

⁴⁷ Cfr. Caso Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001. También caso Vélez Loor Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

quien es sancionado, así como consecuencias inhabilitantes que están previstas tanto en la Constitución Política como en la Ley, que no son discriminatorias por factores ajenos a la órbita del reprochado acto de representación popular, que se basan en criterios razonables y, además, atienden a un propósito útil y oportuno para satisfacer el interés público, especialmente, como estrategia legítima en la lucha contra la corrupción y la indignidad de la investidura que se porta, por hechos no necesariamente circunscritos a delitos contra el patrimonio público.

Tomando en cuenta las referidas consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional y de esta Corporación sobre la interpretación del artículo 23 de la Convención, así como el margen de apreciación que le es dado a los Estados para la regulación de los derechos políticos de sus ciudadanos, se concluye que la declaratoria de pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas territoriales de elección popular, de por sí, como sentencia sancionatoria, no resulta contraria a la norma convencional en cita, ni atenta o infringe dicha previsión, sino todo lo contrario, la efectiviza de forma consecuente con la realidad político-jurídica interna.

O lo que es igual, según fuera establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no poder ser objeto, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de una interpretación aislada ni literal, pues no se debe ignorar el conjunto de la Convención ni los principios básicos que la inspiran y, al ser su propósito el de “evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos”, mediante, por ejemplo, un uso ilegítimo de la potestad de regulación de estas posiciones jurídicas por parte de los Gobiernos, no es procedente entender que los derechos políticos solo son limitables por las razones definidas por dicho

párrafo 2, ya que la Convención lo que contiene es la fijación de “lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales”, ecuación dentro de la cual, fue establecida la acción de pérdida de investidura para los miembros de las corporaciones públicas territoriales.

En estas condiciones, contrario a lo manifestado por el impugnante, no hay duda que las sentencias adoptadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que afectan los derechos políticos del demandado, no representan un desconocimiento de los derechos garantizados por los artículos 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 40 de la Constitución Política colombiana, pues si bien es cierto que éstos se han visto limitados como consecuencia de la providencia judicial sancionatoria que ahora se controvierte, no lo es menos que se trata de una decisión que resulta legítima desde el punto de vista de la competencia sancionadora, así como ponderados, coherentes y armónicos con el bloque de constitucionalidad, permanecen los efectos inhabilitantes de la pérdida de investidura.

Una vez resuelta la improcedencia del argumento relacionado con la infundada anti convencionalidad de la figura de la pérdida de investidura sostenido por el apelante en su recurso, la Sala continuará con el estudio de la configuración de la causal de incompatibilidad que dio lugar a la pérdida de investidura del concejal municipal de La Victoria (Valle del Cauca), señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES**, prevista en el artículo 55, numerales 1 y 2 de la Ley 136, el cual establece:

“[...] Artículo 55º.- Pérdida de la investidura de concejal. **Los concejales perderán su investidura por:**

1. **La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo 291 de la Constitución Política, salvo que medie renuncia previa**, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al alcalde sobre este hecho.

2. **Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses [...]** (Negrillas por fuera de texto).

El referido régimen de incompatibilidades de los concejales, viene dispuesto en el artículo 45 de la misma ley:

“[...] Artículo 45º.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

1. **Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública**, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura [...]⁴⁸ (Negrillas por fuera de texto).

Previéndose en su parágrafo 1º, la siguiente excepción:

“[...] Parágrafo 1º.- **Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra [...]**” (Negrillas por fuera de texto).

Esta causal de pérdida de investidura, luego fue ratificada por el artículo 48 de la Ley 617, así:

“[...] Artículo 48.- Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. **Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:**

1. **Por violación del régimen de incompatibilidades** o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general [...]

(Negrilla por fuera de texto).

⁴⁸ Esta causal fue modificada por el artículo 3º de la Ley 177 de 28 de diciembre de 1994 “Por la cual se modifica la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones”, a su vez derogado por el artículo 96 de la Ley 617. Para su comprensión, deberá tenerse en cuenta lo considerado por la Sala en sentencia de 21 de enero de 2016, radicado nro. 13001-23-33-000-2014-00333-01, Consejero ponente Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés: “[...] Inicialmente debe señalarse que el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que consagró las incompatibilidades de los concejales, fue modificada por la Ley 177 de 1994 y, posteriormente, fue derogada por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, **razón por la que no puede edificarse, con sustento en ella, la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades [...]**” (Negrillas por fuera de texto).

Por su parte, resulta pertinente recordar el artículo 291 de la Constitución Política, con fundamento en el cual, fueron previstas esta conducta incompatible con el ejercicio de la función pública desde una corporación territorial y su consabida consecuencia sancionadora de pérdida de investidura. Esta norma Superior, prohíbe esta actuación y ordena el despojo de la investidura, así:

“[...] Artículo 291. **Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura [...]**” (Negrillas por fuera de texto).

En la causal, inicialmente, deberán verificarse los elementos propios de su **análisis objetivamente considerado** para que, de ser procedente, se continúe con la revisión del aspecto subjetivo de la misma. Aquellos son:

- (i) Que el demandado tenga la calidad de concejal al momento de la ocurrencia de los hechos.
- (ii) Que el concejal acepte o desempeñe, simultáneamente, un cargo en la administración pública, ya sea que lo haga con posterioridad a su posesión como cabildante o ya estuviese ejerciéndolo para ese momento.
- (iii) Que no estén presente alguna de las dos condiciones eximentes previstas por la Ley, esto es que, no haya renunciado al cargo en la administración pública antes de tomar posesión como concejal o que la actividad paralela corresponda al ejercicio de la cátedra docente.

En cuanto al primero de los elementos, se encuentra probado que el señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES**, identificado con cédula de ciudadanía nro.

10.249.806, **resultó elegido como concejal del Municipio de La Victoria (Valle del Cauca), para el período constitucional 2016-2019**, por el Partido Alianza Social Independiente, de conformidad con el formulario E26-CON de 27 de octubre de 2015, expedido por los Miembros de la respectiva Comisión Escrutadora (folio 5). De igual forma, a partir de la contestación de la demanda (folios 14 a 24), aceptó el hecho relativo a su posesión en dicho empleo de elección popular desde el día 2 de enero de 2016 y su ejercicio desde entonces.

Con relación al segundo de los elementos, es de resaltar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-231 de 25 de mayo de 1995⁴⁹, acerca del ejercicio simultáneo de la función de concejal y el cargo público específico de docente, consideró lo siguiente:

“[...] Cabe señalar que en el evento de que el concejal ejerza una función docente que requiera una vinculación con el carácter de tiempo completo o de medio tiempo, propia del desempeño del respectivo empleo, se configura la violación a la prohibición constitucional de que trata el artículo 128, según el cual, “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público...”, en concordancia con el artículo 291 de la misma Carta Política, que prohíbe a los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales aceptar cargo alguno en la administración pública, así como con el artículo 312 del mismo estatuto, que señala que “su aceptación de cualquier empleo público, constituye falta absoluta”, en armonía con el artículo 96 numeral 6o. de la Ley 136 de 1994, ya declarado exequible por esta Corporación en la sentencia No. C-194 de 1995.

Como se expresó en la mencionada providencia, “en el ámbito municipal, se hace necesario que quienes tienen a su cargo la administración pública y la representación de los intereses generales de la localidad se dediquen íntegramente a la gestión que han asumido”.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la cátedra simultáneamente con la función de concejal, no implica vulneración del ordenamiento constitucional, como se ha dejado expuesto, ello siempre y cuando que aquél que la ejerza, no lo haga vinculado a la entidad donde ejerce la docencia de tiempo

⁴⁹ Magistrado ponente doctor Hernando Herrera Vergara.

completo o medio tiempo, pues conllevaría la imposibilidad de dedicación que exige su actividad como concejal, ni que además, coincidan las horas de cátedra con las de sesiones o labores propias de concejal, ya que en tal caso, se incurriría en la incompatibilidad a que se refieren tanto la Constitución como la Ley 136 de 1994 [...]" (Negrillas por fuera de texto).

Esta Corporación ha sostenido, que solo basta que se tenga la condición de miembro de una corporación administrativa territorial y, simultáneamente, aceptar o desempeñar un cargo en la administración pública, para que se configure la causal de incompatibilidad que se le atribuye al demandado, desde su óptica objetivamente abordada.

Que, por su parte, el hecho de que renuncie a los honorarios de cualquiera de ellos "[...] no evita o elimina la simultaneidad de ambas condiciones o calidades oficiales, empleado público o concejal [...]" y que "[...] tampoco elimina esa dualidad e incompatibilidad, la circunstancia de que hubiera aceptado o desempeñado tales cargos en municipios distintos, ya que la norma no distingue en ese sentido [...]"⁵⁰.

Tal criterio es el que siempre ha sostenido esta Sala respecto de asuntos similares como el que ahora ocupa su atención, entre otras, en sentencias de 11 de octubre de 2001 (Expediente 7308, Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola), reiterada en sentencias de 27 de febrero de 2003 (Expediente núm. 8196, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), 18 de agosto de 2005, 2 de junio y 26 de octubre de 2006 (Expedientes 01938, 00156 y 00594, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), 25 de septiembre de 2008 (Expediente 2008-00085-01, Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz

⁵⁰ Sentencia de 30 de agosto de 2007 (Expediente 2006-01385-01 (PI), Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta).

Tobón) y de 9 de febrero de 2012 (Expediente 2011-00267-01, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González)⁵¹.

En dichas providencias, se ha precisado que la vinculación laboral de los docentes, mediante relación legal y reglamentaria, que implica el desempeño de la labor de medio tiempo o de tiempo completo, comporta el ejercicio de un cargo o empleo en una institución educativa pública.

Que, por ello, cuando un concejal desempeña al mismo tiempo ese cargo público con el de docente de medio tiempo o tiempo completo en una institución educativa, bien sea del mismo ente territorial u otro distinto, lo hace incurso en la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades, sin que, por lo demás, la desvirtúe la circunstancia de no devengar honorarios. En cualquier caso, la excepción se predica de la hora cátedra, pues, como ya se indicó, la vinculación laboral de medio tiempo o de tiempo completo comporta el ejercicio de un cargo o empleo en una institución educativa de naturaleza pública.

Asimismo, que lo que buscaron el constituyente y el legislador al establecer la causal en comento, fue garantizar la exclusividad de la labor, en este caso, de concejal, al igual que su independencia e imparcialidad que obviamente resultan afectadas con una dedicación de medio tiempo o tiempo completo a la docencia, en la medida en que ello también entraña el desempeño de un cargo o empleo público.

En ese orden de ideas, en el proceso *sub judice* está acreditado, mediante certificación de 21 de octubre de 2016 y sus respectivos anexos (folios 79 al 90), expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, que

⁵¹ Recientemente en sentencia de 2 de agosto de 2017 (Expediente nro. 2016-01077-01, Consejera ponente María Elizabeth García González).

el demandado, a través del Decreto nro. 2009 de 17 de septiembre de 1993, **fue nombrado profesor de tiempo completo** en el Colegio “La Presentación” del municipio de El Cairo (Valle del Cauca), con Acta de Posesión nro. 20/1 del día 28 de septiembre de 1993.

A su vez, obra certificación de 21 de octubre de 2016, suscrita por la Rectora de la Institución Educativa “Santa Teresita” de La Victoria (Valle del Cauca) (folios 70 a 76), con la que se demuestra que el señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES**, para esa fecha, se desempeñaba allí como **docente activo de aula tiempo completo** (calidad que se contrapone a la de docente de cátedra), con tipo de nombramiento en propiedad, grado 14 en el escalafón docente, con fecha de ingreso a dicha Institución del día 16 de septiembre de 2004, de conformidad con el traslado realizado a través del Decreto nro. 1375 de 3 de septiembre de 2004, expedido por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, Acta de Posesión nro. 2004-4393 de 16 de septiembre de 2004 y con un horario de clases de 26 horas semanales, en las áreas de Química y Ciencias Naturales para el año lectivo 2016, de las cuales 22 correspondieron a las horas reglamentarias y 4 a horas extras.

Frente al tercero de los elementos de la causal de inhabilidad, la Sala pone de presente que el demandado **no aportó prueba alguna de su renuncia al empleo de docente de tiempo completo previo a su posesión como concejal municipal** y, más aún, según su propio dicho, ello nunca tuvo ocurrencia porque confió en evadir los efectos prohibitivos de la norma, deteniendo el desembolso de su asignación salarial proveniente de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca y evitando que se traspusieran entre sí los horarios laborales de ambos empleos públicos.

A la luz del tenor normativo de la incompatibilidad y de la Jurisprudencia consolidada de la Sección, ni dejar de percibir su salario como concejal, ni laborar en uno de los cargos públicos por la mañana y en el otro por la tarde, constituyen hechos con la entidad necesaria para exonerarlo de caer incurso en dicha prohibición constitucional y legal, en tanto que, su razón de ser, es la de evitar que en un mismo ciudadano confluya el ejercicio o desempeño de dos o más empleos públicos y, en consecuencia, de dos o más grupos de funciones, propósitos, conocimientos básicos, requisitos y competencias disímiles entre sí, transgrediendo el mandato de las referidas normas Superiores⁵².

Ello sin dejar de mencionar que, la duplicidad de cargos públicos ante el censurable acto de acaparamiento de dos por un solo funcionario, vulnera, a su vez, el derecho constitucional fundamental de los demás individuos del conglomerado social a acceder al desempeño de funciones públicas y a ocupar dichos empleos⁵³.

⁵² “[...] Artículo 128. Regulado parcialmente por la Ley 269 de 1996. **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 [...]” (Negrillas por fuera de texto).

[...] Artículo 291. **Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública**, y si lo hicieren perderán su investidura [...]” (Negrillas por fuera de texto).

[...] Artículo 312. Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 01 de 2007. En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

[...]

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta [...]” (Negrillas por fuera de texto).

⁵³ “[...] Artículo 40. **Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:**

[...]

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 [...]” (Negrillas por fuera de texto).

Por lo tanto, al ser evidente que el demandado tenía la calidad de concejal al momento de la ocurrencia de los hechos y que, al momento de su posesión como cabildante, venía desempeñando simultáneamente el cargo público de docente de aula de tiempo completo en la Institución Educativa “Santa Teresita” de La Victoria (Valle del Cauca), entidad oficial del orden departamental, sin que estuvieran presente alguna de las dos condiciones eximentes, forzoso es concluir que quedó configurada la incompatibilidad bajo el análisis de su perspectiva eminentemente objetiva.

En cuanto al aspecto subjetivo, la Sala se permite precisar que, la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 11 de agosto 2016 (Magistrada ponente doctora Gloria Stella Ortiz Delgado), señaló que en los procesos de pérdida de investidura, una vez verificada la causal endilgada, el juez debe examinar “[...] si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión [...]”.

Que, asimismo, “[...] debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que esta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa [...]”.

En consideración a esta postura de la Corte Constitucional, la Sala en sentencia de 25 de mayo de 2017 (Expediente nro. 2015-00081-01 (PI), Consejera ponente

María Elizabeth García González), determinó que el “[...] proceso de pérdida de investidura exige, entonces, a partir de estos claros parámetros, la observancia del derecho fundamental al debido proceso del demandado, particularmente, de los principios *pro homine*, *in dubio pro reo*, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad [...]”.

Por tal razón, estudió el elemento subjetivo, en ese caso particular, a partir del análisis del dolo y la culpa. Para tal efecto, consideró:

“[...] El abordaje del aspecto subjetivo requiere el análisis del dolo y la culpa, entendido el primero como la intención positiva de lesionar un interés jurídico, entretanto la segunda atañe a un concepto que está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad.

Para llegar a definir si una conducta se cometió con dolo o con culpa, deben analizarse los elementos que constituyen el aspecto subjetivo de la misma, los cuales corresponden al conocimiento tanto de los hechos como de la ilicitud, esto es, si el sujeto **conocía o debía conocer** que su comportamiento resultaba contrario al ordenamiento jurídico.

En los casos en los cuales se pruebe que el demandado conocía plenamente que su comportamiento era constitutivo de una causal de pérdida de investidura, estaríamos ante una situación de total intención en la realización de la misma y, por ende, de un grado de culpabilidad doloso. En aquellos eventos en los que se concluya que el sujeto no conocía la ilicitud de su conducta, pero que en virtud de la diligencia requerida para el desarrollo de su actividad debía saber que la misma resultaba contraria a derecho, se está ante un comportamiento culposo, de no mediar sólidas circunstancias que se lo hubieran impedido.

[...]

Ahora bien, esta diligencia debida corresponde, según el artículo 63 del Código Civil, al cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios, por lo cual para poder definirla, deben atenderse aspectos como la calidad del sujeto así como las obligaciones que determinada actividad le impone, entre otros aspectos.

En el caso concreto, la revisión de las prohibiciones y el marco normativo que rige el desempeño del cargo que se ocupa, es una obligación general para quien accede a la función pública, incluso en los eventos de elección popular, sin embargo el **entendimiento** de

ello debe analizarse de acuerdo con las condiciones personales del sujeto, esto es el grado de formación, su profesión, las circunstancias que lo rodearon, así como a los actos que haya realizado para conocer dicho marco normativo, por ejemplo solicitar conceptos o asesorarse frente a la configuración o no de la referida incompatibilidad, para con base en ello, determinar si se obró con el cuidado requerido y así definir si su conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

Al aplicar dichos lineamientos al caso bajo examen, con miras a definir este elemento subjetivo y así determinar si existió dolo o culpa en su comportamiento, el análisis de la conducta debe dirigirse a establecer si el señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES** conocía o debía conocer que la suya era constitutiva de la referida incompatibilidad.

En el caso del dolo, el objeto de prueba está encaminado a determinar el **pleno conocimiento** que tenía el sujeto sobre que determinada conducta constituía una incompatibilidad (en el *sub lite* la de ejercer simultáneamente el cargo de concejal con el de docente de aula de tiempo completo), pues ante dicha conciencia y voluntad sobre los hechos, la ejecución de ese comportamiento demuestra la intención de permanecer en aquella, a pesar de la irregularidad que llevaba implícita.

Y, para determinar si la conducta fue culposa, tiene que estar demostrado, al menos, que el sujeto **debía conocer** su ilicitud en virtud de la diligencia que, para ejercer sus funciones como concejal del Municipio de La Victoria (Valle del Cauca) y, por ende, como servidor público, le era menester desplegar con la antelación requerida.

Como ya se indicó en párrafos anteriores, en el evento de que el concejal ejerza una función docente que requiera una vinculación con el carácter de medio tiempo

o tiempo completo, propia del desempeño del respectivo empleo, se configura la prohibición constitucional de que trata el artículo 128, **por cuanto nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público** ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público; además, de conformidad con el referido artículo 291 Superior, les está prohibido a los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales aceptar cargo alguno en la administración pública, inobservancia que, incluso, constituye falta absoluta de acuerdo con el inciso final del artículo 312 Constitucional.

De las pruebas obrantes en el expediente, la Sala advierte que el demandado no fue diligente en consultar las normas tanto legales como constitucionales relativas al régimen de incompatibilidades, ni en averiguar el estado actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto del ejercicio simultáneo de concejal y docente de medio tiempo o tiempo completo, pues de haberlo hecho, se habría percatado de la prohibición de desempeñar dos cargos de manera concomitante, al margen de recibir, o no, más de una asignación que provenga del Estado como servidor público, pues el hecho de renunciar a los honorarios como concejal no eliminó la conformación de la incompatibilidad, criterio que siempre ha mantenido esta Corporación frente al tema objeto de examen.

En su defensa y en aras de resaltar su buena fe e idoneidad, el demandado aduce que el Ministerio de Educación Nacional a través de su Oficina Asesora Jurídica, con fundamento en conceptos del Consejo Nacional Electoral, le contestó a una señora de nombre Arloth Murcia Medina (folios 25 y 26), al preguntarle si podía ser **candidata** a concejal siendo **docente** o que si debía renunciar antes, que: “[...] de conformidad con las disposiciones, Jurisprudencia y conceptos descritos, **un docente puede ser candidato a cargos de elección popular, sin renunciar al cargo de docente**, con la advertencia de que si existe prohibición expresa

constitucional y legal para recibir más de una asignación que provenga del Tesoro público [...]”.

La Sala observa que tal concepto fue aportado de forma incompleta por quien lo invoca (concejal demandado), pues no aparecen sus conclusiones, no aparece la firma del funcionario que supuestamente lo suscribió, ni se pueden corroborar sus términos finales. No obstante, en las páginas que se aportaron se alcanza a leer lo siguiente: “[...] Existen conceptos del Consejo Nacional sobre “Inhabilidad para ser elegido concejal por ser docente” en el que opina que: “Un docente **no está inhabilitado para presentarse como candidato a concejal ni para ser elegido como tal**, por cuanto no está comprendido en ninguna de las causales de la ley 617 de 2000 ni de la Ley 734 de 2002”; “[...] En el caso de **los docentes que deseen postularse como candidatos a la alcaldía, no deben renunciar a su empleo, ni solicitar licencias para presentarse como aspirantes a cargos de elección popular**” (Consejo Nacional Electoral, radicado 2628 de 10 de julio de 2003; radicado 3052 de julio 25 de 2003 [...])” (Negrillas por fuera de texto).

Al respecto, resulta evidente que este documento no constituye una prueba de la diligencia debida a cargo del entonces docente-candidato, así como tampoco ampara una supuesta actuación de buena fe eximente de culpa; tres son las razones principales que lo explican: la primera es que el Ministerio de Educación Nacional no es cuerpo consultivo del Gobierno Nacional en materia electoral, por lo que sus conceptos carecen de la especialidad y pertinencia requeridas para provocar, en el peticionario, una convicción fundada en torno a la aparente configuración, o no, de una causal de incompatibilidad en medio de un proceso de elecciones territoriales.

La segunda es que, si lo que se quisiera es enrostrar los dos conceptos expedidos por el Consejo Nacional Electoral a los que el Ministerio acudió dentro de su propio concepto, debe advertirse que, si bien aquel sí es cuerpo consultivo⁵⁴ del Gobierno Nacional, especializado en la materia electoral, lo que allí plasmó en cuanto a las **inhabilidades para ser inscrito como candidato o elegido concejal municipal o distrital**, no riñe con lo previsto en la norma prohibitiva del caso concreto, ni con lo considerado acerca de esta por la Jurisprudencia de la Sección, así como tampoco se contrapone a la efectiva configuración de la **incompatibilidad** en el *sub judice*.

El Consejo Nacional Electoral, al concluir que un docente (no docente directivo), podía inscribirse y ser elegido concejal municipal o distrital, sin necesidad de renunciar previamente a su cargo (siempre y cuando no se encuentre incurso en alguna de las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución Política y la Ley), se refirió, acertadamente, al escenario de las **inscripciones y elecciones territoriales**, que es el previo al de la **posesión y ejercicio** del cargo público de cabildante, momento este último que sí exige que haya renunciado a su empleo de docente de tiempo completo para desactivar la respectiva incompatibilidad y esquivar la simultaneidad de cargos, en perjuicio de lo cual, allí si quedaría transgredida la prohibición como ocurrió en el *sub lite*.

O lo que es igual, los conceptos del Consejo Nacional Electoral giran en torno a **inhabilidades** para ser inscrito y elegido concejal, mientras que, la demanda de pérdida de investidura que nos ocupa, incorporó hechos relativos a una

⁵⁴ “[...] Artículo 265. Modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, artículo 12. El nuevo texto es el siguiente: El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales: [...]”

5. Servir de cuerpo consultivo del Gobierno en materias de su competencia, presentar proyectos de acto legislativo y de ley, y recomendar proyectos de decreto [...]” (Negrillas por fuera de texto).

incompatibilidad desde cuando ya era concejal el demandado, pues la naturaleza de esta sí lleva implícita la ostentación *sine qua non* de dicha calidad.

Sumado a ello, como tercera razón, e igual de trascendente, no fue demostrado que el concepto hubiese sido expedido a instancia del candidato electo **OCTAVIO JARAMILLO MORALES**, lo que tampoco le permite analizar a la Sala, los eventuales aspectos volitivos que hubiesen conllevado la supuesta actuación diligente y de buena fe que este alega en su defensa.

Si bien la Sala no cuenta con elementos probatorios que le permitan inferir que el señor **OCTAVIO JARAMILLO MORALES** sabía de la existencia de una incompatibilidad que le impedía ejercer simultáneamente el cargo de concejal con el de docente de medio tiempo o tiempo completo y que, aun así, de forma dolosa, optó por hacerlo, lo cierto es que sí quedó demostrado que, teniendo un deber de diligencia ordinaria que atender en el marco de sus funciones -las que debía saber-, evidentemente no lo satisfizo con el cuidado mediano que las personas emplean normalmente en sus negocios propios, incurriendo en un descuido que tornó en negligente su conducta, es decir, que lo hizo actuar con la culpa objeto de verificación en el análisis subjetivo de esta causal de pérdida de investidura.

Así las cosas, al quedar configurados los elementos objetivo y subjetivo en el estudio de la causal de pérdida investidura de concejal prevista en el artículo 55, numerales 1 y 2 de la Ley 136, de conformidad con el artículo 291 de la Constitución Política, ratificada por el artículo 48 de la Ley 617, la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 20 de octubre de 2017.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ