

Bogotá D.C., septiembre de 2020.

Doctor
JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
Secretario General
Cámara de Representantes
Ciudad

Ref: Radicación Proyecto de Acto Legislativo.

Respetado Secretario General:

En nuestra condición de Representantes a la Cámara en el Congreso de la República y en uso del derecho consagrado en el artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, mediante su facultad de Secretario, nos permitimos poner a consideración de la Cámara de Representantes el siguiente Proyecto de Acto Legislativo **“Por medio del cual se establecen inhabilidades con el propósito de fortalecer la independencia y la autonomía en el ejercicio de las funciones a cargo de los magistrados de las cortes de cierre y de los organismos de control e investigación del Estado”** (Inhabilidades).

Cordialmente,



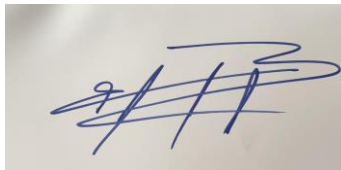
GABRIEL SANTOS GARCÍA
Representante a la Cámara por Bogotá



JOSE JAIME USCÁTEGUI PASTRANA
Representante a la Cámara



MARÍA FERNANDA CABAL MOLINA
Senadora de la República



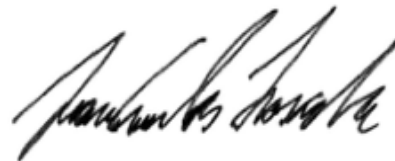
EDWARD DAVID RODRÍGUEZ
Representante a la Cámara por Bogotá



GABRIEL JAIME VALLEJO CHUJFI
Representante a la Cámara por Risaralda



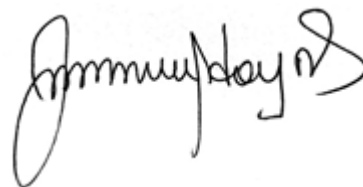
JUANITA GOEBERTUS ESTRADA
Representante a la Cámara por Bogotá



JUAN CARLOS LOSADA VARGAS
Representante a la Cámara por Bogotá



MARÍA JOSÉ PIZARRO RODRÍGUEZ
Representante a la Cámara por Bogotá



JOHN JAIRO HOYOS GARCÍA
Representante a la Cámara por Valle del Cauca

GABRIEL SANTOS GARCÍA

Representante a la Cámara por Bogotá



MAURICIO TORO ORJUELA

Representante a la Cámara por Bogotá



CÉSAR AUGUSTO LORDUY

Representante a la Cámara por Atlántico

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. ____ DE 2020 CÁMARA DE REPRESENTANTES

“Por medio del cual se establecen inhabilidades con el propósito de fortalecer la independencia y la autonomía en el ejercicio de las funciones a cargo de los magistrados de las cortes de cierre y de los organismos de control e investigación del Estado”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Modifíquese el Artículo 179 de la Constitución Política de 1991, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 179. No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.

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

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

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

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

9. Quienes ocho años antes de la elección hayan tenido la investidura o durante este tiempo hayan ejercido en cualquier momento cualquiera de los siguientes cargos: Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación o Defensor del Pueblo.

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

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.”.

ARTÍCULO 2º. Modifíquese el Artículo 197 de la Constitución Política de 1991, el cual quedará así:



GABRIEL SANTOS GARCÍA

Representante a la Cámara por Bogotá

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

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

Ministro, Director de Departamento Administrativo, Comisión Nacional de Disciplina Judicial, ~~Miembro del Consejo Nacional Electoral~~, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Auditor General de la República, Director General de la Policía, Gobernador de departamento o Alcalde.

Tampoco podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente el ciudadano que ocho años antes de la elección haya tenido la investidura o durante este tiempo haya ejercido en cualquier momento cualquiera de los siguientes cargos:

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación o Defensor del Pueblo.”

ARTÍCULO 3º. Modifíquese el Artículo 240 de la Constitución Política de 1991, el cual quedará así:

“ARTICULO 240. No podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.

Tampoco podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes ocho años antes de la elección hayan tenido la investidura o hayan ejercido en cualquier momento cualquiera de los siguientes cargos:

Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación o Defensor del Pueblo”

ARTÍCULO 4º. Modifíquese el Artículo 126 de la Constitución Política de 1991, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 126. Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino **un año hasta ocho años** después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil.”

ARTÍCULO 5º. Modifíquese el Artículo 249 de la Constitución Política de 1991, el cual quedará así

“ARTÍCULO 249. La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no



GABRIEL SANTOS GARCÍA

Representante a la Cámara por Bogotá

podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

No podrá ser elegido quien ocho años antes de la elección haya tenido la investidura o durante este tiempo haya ejercido en cualquier momento cualquiera de los cargos enlistados en el artículo 126 de la Constitución.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.”

ARTÍCULO 5º. Modifíquese el Artículo 276 de la Constitución Política de 1991, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 276. El Procurador General de la Nación será elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

No podrá ser elegido quien ocho años antes de la elección haya tenido la investidura o durante este tiempo haya ejercido en cualquier momento cualquiera de los cargos enlistados en el artículo 126 de la Constitución”

ARTÍCULO 6º. Modifíquese el Artículo 281 de la Constitución Política de 1991, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 281. El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma. Será elegido por la Cámara de Representantes para un periodo institucional de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República.

No podrá ser elegido quien ocho años antes de la elección haya tenido la investidura o durante este tiempo haya ejercido en cualquier momento cualquiera de los cargos enlistados en el artículo 126 de la Constitución”

ARTÍCULO 7º. Vigencia y Derogatoria. Este acto legislativo rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que sean contrarias.

Parágrafo transitorio: Los efectos de la inhabilidad introducida por los tres primeros artículos de este acto legislativo no aplicarán a las personas que a la fecha en que se promulgue el presente acto legislativo tengan o hayan tenido el cargo de Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación o Defensor del Pueblo, siempre que dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición de esta norma dichas personas declaren públicamente



GABRIEL SANTOS GARCÍA

Representante a la Cámara por Bogotá

que tienen interés de estar habilitados para poder ser elegidos dentro de los siguientes ocho años como Presidente de la República o Vicepresidente, congresista, o como magistrados de la Corte Constitucional.

Lo previsto en este párrafo solamente producirá efectos respecto del cargo al que el respectivo interesado declare expresamente su interés de aspirar.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Este proyecto de acto legislativo tiene por propósito desincentivar el uso de las cortes de cierre y de los organismos de control e investigación criminal, disciplinaria y fiscal del Estado como plataforma electoral, de forma que quienes ostenten la calidad de Magistrado Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación puedan desempeñar sus cargos con más independencia y transparencia, y que quienes tengan el interés de ser Presidente de la República, congresista o magistrados de la Corte Constitucional, usen mecanismos legítimos para promover sus aspiraciones.

La Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación son organismos que tienen a su cargo la tarea de proteger los recursos y la función pública, investigando y persiguiendo a quienes han atentado contra los intereses del Estado.

A su turno, los magistrados de las cortes de cierre tienen la responsabilidad de actuar en derecho e impartir justicia en los casos más importantes del país. A su cargo está la facultad de revocar sentencias de toda clase de jueces y de interferir de forma fundamental en los asuntos más relevantes de la política nacional, tales como decidir casos importantes que involucran personajes de la política nacional, pronunciarse sobre actuaciones o políticas del Gobierno Nacional –y también de sus opositores–, entre otras.

Para cumplir con estas tareas, estas autoridades cuentan con enormes recursos humanos y con amplios poderes establecidos en la Constitución Política y en la ley.

Por esta razón, estas entidades deben estar gobernadas de la forma más transparente, y por personas que tengan como único propósito defender los intereses del Estado y que actúen de conformidad. Está ampliamente documentado como el hecho de que puedan existir intereses electorales de los funcionarios judiciales y de los funcionarios a cargo de organismos como la Procuraduría General

de la Nación, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación o la Defensoría del Pueblo, no son compatibles con las funciones que tienen que desempeñar, y, por el contrario, pueden manipular el ejercicio de los poderes de la autoridad que representan.

Las inhabilidades que este acto legislativo crea son una limitación al derecho a ser elegido. Pero esta limitación está justificada en fortalecer las funciones que cumplen dichas autoridades en el diseño institucional del Estado, con el propósito de evitar que se sobrepongan intereses propios, disminuyendo el riesgo de que sean utilizadas como plataformas clientelistas, electorales o como mecanismos de persecución de personas con legítimas aspiraciones políticas.

1. Limitación de los servidores públicos para participar en política

En la historia constitucional de Colombia ha existido una limitación expresa de los servidores públicos para participar en política, por la incompatibilidad manifiesta que existe entre trabajar en aras del interés general, y la vocación de poder inherente a la actividad política. La Constitución Política de 1886, a manera de ejemplo, contenía en su artículo 62 una prohibición a los funcionarios públicos de tomar parte en los partidos políticos y las controversias públicas, con la salvedad de que sí podían ejercer su derecho al voto.

Esta limitación tiene por propósito impedir que los funcionarios públicos, con autoridad en determinada jurisdicción, puedan crear –o servirse de– estructuras clientelistas, que drenan las finanzas públicas con el único propósito de incidir en los procesos de participación ciudadana para favorecer a un grupo político determinado¹. Esta práctica debilita el sistema constitucional democrático y es inequitativa con los grupos políticos que no tienen cuotas burocráticas, en la medida en que, por vía del pago de impuestos, indirectamente están obligados a financiar las ideas de los grupos políticos a los que se oponen, o que simplemente no comparten².

Esta limitación, tal y como quedó consagrada en la Constitución Política de 1991, no es absoluta, y tiene en cuenta las diferentes circunstancias. Los miembros de la fuerza pública tienen la restricción más fuerte: no pueden participar en política, ni siquiera, para ejercer el derecho al sufragio³. Tampoco pueden reunirse por derecho propio, sino únicamente por orden de autoridad legítima. A los funcionarios de la

¹ Gaceta Constitucional 105. Antecedentes del artículo 125 al 128. Consejería para la redacción de una nueva Constitución Política. Pag.3

² Gaceta Constitucional 105. Pág. 15. Intervención de Hernando Yepes.

³ Constitución Política de 1991. Artículo 219.



GABRIEL SANTOS GARCÍA

Representante a la Cámara por Bogotá

rama administrativa, aunque pueden votar, no pueden participar activamente en política, difundiendo propaganda electoral, o determinando en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política⁴.

Los funcionarios de la Rama Judicial, de los órganos electorales, de control y de seguridad, por su parte, no pueden formar parte de movimiento político alguno⁵. Esta prohibición aplica a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación, aun cuando los dos primeros son órganos autónomos e independientes que no integran la Rama Judicial. Sobretudo, porque estas entidades (en especial la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación) están encargadas de castigar a aquellos funcionarios públicos que incumplan con sus deberes y que contravengan las prohibiciones establecidas en la Constitución Política y en la ley, mientras que la Contraloría tiene la facultad de imponer multas a quienes considere que causaron un detrimento patrimonial al Estado. La participación en política de los funcionarios que pertenecen a la Rama Judicial y a los organismos de control es totalmente incompatible con las funciones que tienen su cargo.

Los únicos funcionarios exceptuados de este régimen son los miembros de las corporaciones públicas elegidos por voto popular, tales como senadores, representantes a la Cámara, concejales y ediles⁶, en la medida en que la participación en eventos proselitistas hace parte de la naturaleza de sus funciones de representación política de los intereses de sus respectivos sufragantes.

2. Inhabilidades constitucionales de los magistrados de las cortes de cierre y de las personas que ocupan cargos directivos en organismos de control

En lo que se refiere a la restricción constitucional y legal que tienen los magistrados de las cortes de cierre y algunos funcionarios de los organismos de control y de seguridad del Estado para participar en política, es preciso advertir que no solamente opera durante el tiempo en que ejercen sus respectivos cargos, sino que también que está materializada en una inhabilidad hacia el futuro establecida por la Constitución y la ley.

En primer lugar, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política el funcionario que hubiere ejercido cualquier empleo, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, y que tenga interés en ser congresista, tendrá

⁴ Ley 996 de 2005. Artículo 39.

⁵ Constitución Política de 1991. Artículo 127.

⁶ *Ibid.* Artículo 41.

que renunciar a sus funciones con por lo menos doce meses de anticipación a la fecha de la respectiva elección.

Así mismo, la persona que tenga interés en ser Presidente de la República o Vicepresidente, y que haya tenido la investidura o que hayan ejercido los cargos a los que se refiere el inciso tercero del artículo 197 de la Constitución Política (que incluyen los cargos a los que se refiere este acto legislativo)⁷, deberán renunciar a sus respectivas funciones con por lo menos con dos años de anticipación a la fecha de la respectiva elección.

Para ser magistrado de la Corte Constitucional un funcionario público que haya tenido la investidura o haya ejercido el cargo de Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Nación o Contralor General de la República tendrá que haber renunciado con al menos un año de anticipación.

3. Fortalecimiento del debate político – (des)judicialización de la política

Con la expedición de este acto legislativo el Congreso de la República homogeniza y profundiza las inhabilidades para ser congresista, Presidente de la República o Vicepresidente, y magistrado de la Corte Constitucional, de aquellos funcionarios que hayan tenido la investidura o hayan ejercido el cargo de magistrado de corte de cierre, Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Nación o Contralor General de la República.

La razón por la cual las inhabilidades a las que se refiere este acto legislativo se refieren únicamente a las personas que han sido magistrados de las cortes de cierre, o que han dirigido, dirigen o dirigirán estos organismos radica – principalmente– en que es necesario garantizar que la autoridad que representan se ejerza exclusivamente en defensa de los intereses públicos estrictamente relacionados con las funciones que desempeñan, y que por consiguiente, se disminuya el riesgo de que dichas facultades se pongan al servicio de intereses electorales o políticos.

⁷ Vicepresidente, Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial, miembro del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Auditor General de la República, Director General de la Policía, Gobernador de departamento o Alcalde.

Quienes hacen parte de estas entidades ejercen una posición de autoridad sobre otros funcionarios públicos, e incluso, sobre particulares.

3.1. En relación con las funciones a cargo de los organismos de control

3.1.1. Breve reseña de la Procuraduría General de la Nación en el constitucionalismo colombiano

Las inhabilidades que establece este acto legislativo fortalecen las funciones a cargo de la Procuraduría General de la Nación en la medida en que previenen que quienes las ejerzan lo hagan con algún tipo de sesgo causado por un interés electoral o político específico

La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la tarea de salvaguardar el interés general, investigando, persiguiendo y sancionando a todas aquellas personas que, en su calidad de funcionarios públicos o de particulares en ejercicio de funciones públicas, desnaturalicen por su comportamiento la función pública que cumplen⁸.

Se dice que la Procuraduría General de la Nación es la primera institución pública de Colombia porque fue creada desde la Constitución Política de 1830 (artículos 100 y siguientes). En un principio estuvo concebida como una entidad encargada únicamente de defender los intereses del Estado en los juzgados y tribunales.

Pero a mediados del siglo XX, primero en la asamblea nacional constituyente de 1936, y luego, en la que se hizo en 1945, la Procuraduría empezó a actuar con independencia del Presidente de la República y el resto de la rama administrativa, y con funciones de control.

El artículo 21 del Acto Legislativo No. 1 de 1945 confirió a la Cámara de Representantes la designación del Procurador General de la Nación, a partir de una terna conformada por el Presidente de la República. Hasta este momento el Procurador lo designaba el Presidente de la República y dependía enteramente de este, pues no estaba nombrado ni siquiera por períodos fijos.

Que esta designación estuviese en cabeza de una de las cámaras del Congreso de la República garantizaba que los objetivos del Procurador General de la Nación no fueran los mismos que los del Presidente de la República, y en tal virtud, que el ejercicio de sus funciones, fuera autónomo y más independiente del Gobierno Nacional. Desde entonces, y hasta la fecha, el Procurador General de la Nación

⁸ Congreso de la República. Exposición de motivos de la Ley 734 de 2002.

puede investigar asuntos del Gobierno Nacional y sancionar a sus funcionarios sin que exista el riesgo de que el Presidente de la República pueda removerlo, por éste o por otros hechos.

El control de la función pública es una de las principales funciones a cargo de la Procuraduría General de la Nación. Esta entidad sirve de prefecto de la función administrativa en la medida en que tiene a su cargo la vigilancia de todos aquellos que representan, en su calidad de servidores públicos o de particulares, las funciones de la rama administrativa del Estado. En ejercicio de sus funciones, la Procuraduría –desde la expedición de la Ley 83 de 1936– tiene la facultad de imponer multas a los funcionarios públicos.

Este cambio se profundizó cuando por medio del Decreto 2898 de 1953 al Procurador General de la Nación se le confirió la facultad de vigilar a los gobernantes, a los funcionarios públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas, con la posibilidad de destruirlos de sus cargos.

Actualmente, en el marco de la Constitución Política de 1991 y la Ley 734 de 2002, la Procuraduría General de la Nación tiene dentro de sus funciones, las siguientes:

- Destituir funcionarios públicos.
- Imponer inhabilidades para desempeñar cargos públicos.
- Imponer inhabilidades para participar en licitaciones o contratos con el Estado.
- Imponer inhabilidades para ejercer cualquier función pública.
- Inhabilidades para ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, elegido o designado como servidor público.
- Imponer inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.
- Revocar sus propios fallos.
- Verificar el proceso electoral, inclusive, el escrutinio de votos.
- Archivar investigaciones

3.1.2. Breve reseña de la Contraloría General de la República en el constitucionalismo colombiano

En 1923 se creó el Departamento de la Contraloría por medio de la expedición de la Ley 42, producto de una recomendación de la Misión Kemmerer, liderada por el economista estadounidense Edwin Walter Kemmerer, y contratada por el gobierno

del Presidente Pedro Nel Ospina. De acuerdo con la Misión Kemmerer, era necesario que existiera una entidad que se ocupara de la fiscalización, la revisión y la inspección del gasto público.

La Ley 42 de 1923 estableció que en cabeza del Departamento de Contraloría estaría el Contralor General de la República, y que su ayudante sería el Auditor General. En dicha norma se establecieron funciones de control fiscal previo, pues – de acuerdo con la exposición de motivos de dicha ley– el control posterior que funcionaba hasta la fecha era “*muy ineficiente*”⁹.

Desde el comienzo Kemmerer resaltó la importancia de que este órgano estuviese controlado por un funcionario que fuere independiente al Gobierno Nacional. Por eso, en el artículo 2º de la Ley 42 de 1923 estaba establecido que, aunque el Contralor General de la República y el Auditor General eran nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional, dicho nombramiento debía ser en todo caso aprobado previamente por la Cámara de Representantes. Así el Contralor tenía legitimidad política e independencia del Gobierno.

La Contraloría hizo control fiscal previo desde su creación y hasta la expedición de la Constitución Política de 1991 (de hecho, este modelo de control fiscal fue reforzado con la expedición de la Ley 20 de 1975 y del Decreto Ley 925 de 1976), en donde se planteó una reforma total al ejercicio del control fiscal, de forma que se implementaría de nuevo esquema de control posterior, derogando y proscribiendo expresamente el control fiscal previo.

De acuerdo con el diagnóstico que se hizo del esquema de control fiscal en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente, “*el control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración que ha redundado en un gran poder unipersonal del contralor y se ha prestado también para una engorrosa tramitomanía que degenera en corruptelas*”¹⁰.

Por esta razón, el Constituyente de 1991 instituyó un control fiscal posterior ejercido por la Contraloría General de la República, con las siguientes facultades:

- Hacer investigaciones por detrimento patrimonial o gestión fiscal negligente.

⁹ SARMIENTO PAVAS, D. 2007. La Misión Kemmerer y el control estatal. *Apuntes Contables*. 12 (abr. 2007).

¹⁰ Informe de Ponencia, Gaceta Constitucional No. 53 del 18 de abril de 1991, pág. 19

- Perseguir a los funcionarios o a los particulares que considere que le causaron un daño al erario público.
- Emitir condenas por detrimento patrimonial. El no pago de estas condenas genera de todas formas inhabilidad para desempeñar cargos públicos.
- Cerrar procesos de hallazgo fiscal.
- Archivar investigaciones.

El año pasado el Congreso de la República adoptó una modificación a los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 de la Constitución Política con el fin de fortalecer las funciones de control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República. Con dicha reforma esta entidad vuelve a tener funciones de control fiscal preventivo y concomitante, que no solamente se ejerce con posterioridad a la ejecución del gasto, sino que hace seguimiento permanente a los recursos públicos. Puede incluso hacer advertencias de la forma en que se está proyectando hacer un determinado gasto público sin que este se haya ejecutado. También se estableció una prelación en el cobro coactivo de sanciones pecuniarias en cabeza de la Contraloría General de la República¹¹. Esto implica un mayor control de los recursos por parte de la Contraloría, pero a su vez, mayor responsabilidad para quienes ejerce estas funciones.

3.1.3. Breve reseña de la Fiscalía General de la Nación en el constitucionalismo colombiano

La Fiscalía General de la Nación nació con la Constitución Política de 1991 retomando las funciones que tenía hasta ese entonces, y en vigencia de la Constitución política de 1886, la Dirección Nacional de Instrucción Criminal que coordinaba el ejercicio de la acción penal con los jueces de instrucción, ante los jueces de conocimiento de la República. Su principal función es investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito a partir del sistema penal oral acusatorio implementado con la ley 906 de 2004.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 funcionaba el sistema procesal establecido por el Decreto 050 de 1987. Para este entonces ya habían funcionarios especializados para instrucción y juzgamiento, pero algunos estaban a cargo de la Rama Administrativa, y todavía existían funciones de instrucción a cargo de jueces de la República. De hecho, este estatuto estableció

¹¹ Esta prelación debe ser regulada por el Legislador para establecer la forma en que se articulará con las demás prelações establecidas por la ley.

jueces de instrucción permanente que se pronunciarían frente a jueces superiores y de circuito¹².

Con la Asamblea Nacional Constituyente se creó la Fiscalía General de la Nación, como una entidad que pertenecía a la Rama Judicial y que concentraba las funciones de investigación e instrucción, eliminando la figura de los jueces de instrucción. Esto significó un avance hacia un sistema acusatorio real en el que se dividían las funciones de instrucción –en cabeza de la Fiscalía– y de juzgamiento –en cabeza de los jueces–¹³

En el año 2004 se introdujo el nuevo sistema penal acusatorio que divide las funciones de investigación e instrucción. La policía judicial que está a cargo de la Fiscalía está encargada de recopilar el material probatorio, para que los fiscales acusen si consideran que existe mérito. La acción penal la puede ejercer exclusivamente la Fiscalía General de la Nación –salvo en los casos de juicios políticos o fueros especiales, como el militar o el de congresistas, por nombrar un par de ejemplos–. El juez de conocimiento es el director del proceso y emite un fallo en un proceso en el que son partes la Fiscalía y la defensa, pero donde pueden participar las víctimas, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación. Las medidas de aseguramiento las solicita la Fiscalía y deciden sobre estas solicitudes los jueces de garantías constitucionales.

Actualmente la Fiscalía General de la Nación tiene –entre otras– las siguientes facultades:

- Único órgano del Estado con capacidad de ejercer la acción penal.
- Solicitar la privación de la libertad de personas.
- Archivar investigaciones penales.
Solicitar preclusión de procesos.
- Incautar, ocupar o suspender el poder dispositivo de cualquier susceptibles de valoración económica o sobre el que pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos.
- Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones.

¹² SALAZAR CÁCERES, Carlos Gabriel. "Breve historia del Derecho Penal en Colombia" En: Revista Principia Juris, ISSN Impreso 0124-2067 / ISSN En línea 2463-2007 Julio-Diciembre 2016, Vol. 13, No. 26, pp. 35-53

¹³ BERNAL ACEVEDO, Gloria. "Las Reformas Procesales en Colombia" . En: Colombia Iusta ISSN: 1900 0448 ed: Usta Universidad Santo Tomas v.22 fasc.N/A p.45 - 65 ,2005.

- La Fiscalía tiene además su propio cuerpo de policía.

3.1.4. Necesidad de fortalecer la independencia en el ejercicio de las funciones a cargo de la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación

Es evidente que el ejercicio incorrecto de poderes con el alcance de los que tienen la Fiscalía, la Contraloría y la Procuraduría, puede interferir de forma contundente con el debate político. La potestad de abrir investigaciones, acusar a funcionarios o a particulares y establecer inhabilidades puede ser usada con fines electorales, con el propósito de desacreditar contrincantes políticos, o por el contrario, la potestad de cerrar investigaciones, precluir procesos, revocar fallos; también puede ser usada con fines electorales con el propósito de favorecer indebidamente a políticos aliados.

Pero en Colombia no solamente es ejerciendo la autoridad que los directores de los organismos de control e instrucción pueden llegar a participar activamente y de manera indebida de la contienda política. En muchas ocasiones un funcionario puede alterar el panorama electoral con simplemente mencionar el hallazgo de un “presunto” detrimento patrimonial, la investigación de una “posible” falta disciplinaria, o la existencia de una “eventual” conducta delictiva; o al contrario, archivando investigaciones y dándole apariencia de legalidad aquello que no lo tiene.

La voz que tienen el Fiscal, el Procurador y el Contralor en el debate nacional es muy contundente, sobre todo cuando se refiere a posibles actos de corrupción, pues son estos tres los órganos encargados de combatir este fenómeno. En últimas, si los funcionarios que ocupan estos cargos quieren participar en elecciones generales o a magistrado tienen la oportunidad de incidir en quiénes serán sus contrincantes.

Colombia tiene un sistema político el que el debate público está completamente judicializado, y que gran parte de las contiendas electorales tienen como eje de debate con las presuntas conductas impropias de los diferentes candidatos, o de sus respectivos entornos, por lo que se presta para la participación indebida en política por parte de funcionarios con capacidad de sancionar. Dice el profesor Ran Hirschl que este fenómeno es consecuencia del interés de las hegemonías tradicionales de trasladar asuntos políticos a las cortes en aquellos casos en los que encuentran que el escenario deliberativo de la democracia pone en riesgo su conservación¹⁴

¹⁴ HIRSCHL, Ran. *Judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review. Diciembre de 2006. At. 721

Este no es un análisis nuevo, pues es un tema que se viene debatiendo en Colombia en los últimos años. Por ejemplo, fue un tema de discusión en la campaña presidencial del año 2014 en la que hubo investigaciones de parte de la Fiscalía General de la Nación al candidato Óscar Iván Zuluaga y a sus hijos por –presuntamente– interceptar comunicaciones ilegalmente y acceder a información reservada¹⁵. También lo fue cuando un Procurador General de la Nación destituyó a Gustavo Petro de la Alcaldía de Bogotá¹⁶.

3.2. Necesidad de fortalecer la independencia en el ejercicio de las funciones de los magistrados de las cortes de cierre

La política en Colombia está judicializada porque los jueces en ocasiones intervienen en los procesos electorales definiendo sobre la posibilidad que tienen algunos candidatos de presentarse a los comicios, profiriendo fallos en su contra –o absteniéndose de hacerlo–. En la doctrina constitucional colombiana está plenamente documentada la forma indebida en que los magistrados han participado en política. Es muy conocido el caso de los “carteles de la toga” en el que un grupo de magistrados se alió con un grupo de políticos para archivar o dilatar procesos criminales que se seguían en su contra, y también, para abrir procesos contra otros políticos, rivales de aquellos.¹⁷

Pero también los jueces –sobre todo los constitucionales– intervienen indebidamente en política electoral cuando definen los asuntos más relevantes del debate político nacional con el pretexto de estar defendiendo derechos fundamentales o la integridad de la Constitución Política, extralimitándose de las funciones que les fueron asignadas en la Constitución Política, como ocurrió cuando la Corte Constitucional se pronunció frente a la activación del mecanismo fast track a pesar de la derrota del plebiscito del 2 de octubre de 2016; o cuando se pronunció frente

¹⁵ En esta oportunidad, la (entonces) Senadora Claudia López (hoy Alcaldesa de Bogotá) y el senador Ernesto Macías hicieron un debate en el programa de televisión “Polos Opuestos” del 8 de marzo de 2016 en el que llegaron a la conclusión que la política estaba judicializada porque el (entonces) Fiscal General de la Nación no daba garantías de imparcialidad a todos los grupos políticos. Más allá de la afirmación respecto de dicho funcionario, es llamativo que dos políticos –opositores entre sí– coincidan en que la política la pueden manipular órganos como la Fiscalía General de la Nación.

¹⁶ Sobre este ejemplo es preciso aclarar que la destitución fue revocada por el Consejo de Estado y que ambos estuvieron involucrados en primera persona en la campaña a la Presidencia de la República en 2018.

¹⁷ <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/que-fue-el-cartel-de-la-toga-y-quienes-son-los-investigados-227456>

la exequibilidad del acto legislativo que pretendía otorgar curules en el Congreso a las víctimas del conflicto armado¹⁸.

Un caso muy conocido es el de un magistrado que luego de haber terminado su periodo en una de las altas cortes se lanzó a la Presidencia de la República como fórmula vicepresidencial usando como propaganda política un conocido caso relacionado con la depresión que vivió el país en los años noventa por la caída de los precios de la finca raíz en Colombia.

En Colombia es usual oír que es necesario que los jueces intervengan en política siempre que hay derechos fundamentales comprometidos. Pero se ha demostrado que esto no es necesariamente cierto, y que los jueces no tienen que intervenir siempre que haya derechos fundamentales comprometidos, toda vez que el Congreso de la República, y otros órganos constitucionales nacionales y territoriales, tienen también la competencia de proteger derechos fundamentales.

El sistema político colombiano cuenta con los suficientes mecanismos de participación política para que en escenarios democráticos puedan discutirse y reconocerse derechos fundamentales. A manera de ejemplos pueden citarse las discusiones que se dieron en el Congreso de la República en el trámite de la Ley 70 de 1993 (reconocimiento de derechos de minorías afrodescendientes) y en el trámite del fallido referendo sobre adopción por parte de parejas del mismo sexo¹⁹. Por el contrario, se ha demostrado que cuando los jueces intervienen en política pública las decisiones no se implementan por no tener la legitimidad política y la concertación que normalmente tienen las leyes o los reglamentos, como por ejemplo ocurrió en el caso de la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre el Río Bogotá.

4. Limitaciones al derecho a ser elegido en la Constitución Política de 1991

Las inhabilidades a las que se refiere este acto legislativo tienen el propósito de limitar la injerencia de la función pública en la contienda electoral, teniendo en cuenta que el ejercicio de los poderes que atribuyen las distintas dignidades del Estado no solamente tiene repercusiones inmediatas, sino a futuro. Dichas inhabilidades, así como las que incorpora este acto legislativo, establecen una limitación al derecho a ser elegido, y a acceder y desempeñar cargos públicos, consagrado en el artículo

¹⁸ CUREA MONCADA, Daniel, y LLINÁS RESTREPO, Camila. “Judicialización de la política: control de constitucionalidad y principios democráticos en conflicto”. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 18: 11-36, Julio-Diciembre 2018

¹⁹ *Ibíd.*

40 de la Constitución Política y en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

El derecho a ser elegido –así como los demás derechos protegidos constitucionalmente– no es absoluto y admite limitaciones. En primer lugar, la Constitución Política no solamente establece inhabilidades por inconveniencia, como las ya mencionadas en esta exposición de motivos, sino además se las impone a aquellas personas que han sido condenados penalmente (Artículos 107, 122, 134 y 179 de la Constitución Política de 1991). Según ha precisado la jurisprudencia constitucional²⁰, la posibilidad de acceder a cargos públicos es un derecho fundamental pero no absoluto, sino sujeto a límites y requisitos constitucionales, legales y reglamentarios²¹. Tiene como fundamentos el principio participativo previsto en el preámbulo y el artículo 1º superior²², así como el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político en igualdad de condiciones y con base en parámetros objetivos²³. En efecto, el artículo 123 de la Constitución señala que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Por ello, quienes pretendan acceder al desempeño de funciones públicas deben someterse al cumplimiento de ciertas reglas y exigencias que procuran la realización del interés general y garantizan el cumplimiento de los principios de la función pública dispuestos en el artículo 209 de la Carta²⁴.

Los requisitos o limitaciones para acceder a cargos públicos tienen diversas manifestaciones y se materializan a través de distintas instituciones tales como las prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, medidas disciplinarias y el concurso de méritos²⁵.

Las inhabilidades han sido definidas por la jurisprudencia constitucional reciente, como *“aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (...) y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad,*

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-393 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.

²¹ Corte Constitucional. Sentencias C-618 de 2015, M.P Gabriel Mendoza Martelo y C-393 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2019, M.P Alberto Rojas Ríos.

²³ Como lo ha establecido la propia Corte Constitucional en sentencias C-537 de 1993, C-408 de 2001 y C-037 de 2017.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-558 de 1994, M.P Carlos Gaviria Díaz y C-393 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-133 de 2016, M.P Gloria Ortiz Delgado y C-393 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.

imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos"²⁶.

Existen principalmente dos tipos o categorías de inhabilidades: las inhabilidades objetivas y las inhabilidades subjetivas²⁷. Las inhabilidades objetivas, o "inhabilidades requisito"²⁸, que son aquellas originadas "en el mero desempeño previo de una determinada función o cargo público"²⁹. Las subjetivas o "inhabilidades-sanción"³⁰, por su parte, se originan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria causada por un comportamiento subjetivo³¹. Así mismo, las inhabilidades pueden ser temporales o permanentes. Serán temporales cuando únicamente operan por un periodo de tiempo determinado en la ley y permanentes cuando tienen una vigencia indefinida, intemporal o a perpetuidad³².

La jurisprudencia ha explicado de manera consistente, que el legislador cuenta, en términos generales, con un amplio margen de configuración a efectos de establecer inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas que le permite "evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de inhabilidad, así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas"³³. Sin embargo, el alcance concreto de la potestad de configuración del legislador depende de la precisión con la que la Constitución haya regulado cada caso particular.

Específicamente, la Corte Constitucional ha señalado que la facultad de configuración del legislador en materia de inhabilidades está sujeta a dos límites: En primer lugar, el legislador no puede modificar ni alterar el alcance y los límites de las inhabilidades fijadas directamente por la Carta Política, de modo que en relación con los funcionarios cuyo régimen de inhabilidad está fijado en la Constitución, las

²⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-558 de 1994, M.P Carlos Gaviria Díaz y C-098 de 2019, M.P Alberto Rojas Ríos.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 2018, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1016 de 2012, M.P Jorge Iván Palacio.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-126 de 2018, M.P Cristina Pardo Schlesinger y C-393 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1016 de 2012, M.P Jorge Iván Palacio.

³¹ Al respecto, pueden consultarse entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-798 de 2003, C-1062 de 2003, C-325 de 2009 y C-634 de 2016.

³² Corte Constitucional. Sentencias C-1212 de 2002, M.P Jaime Araújo Rentería, C-353 de 2009, M.P Jorge Iván Palacio y C-393 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.

³³ Corte Constitucional. Sentencias C-194 de 2005, M.P Marco Gerardo Monroy, C-325 de 2019, M.P Gabriel Mendoza Martelo y C-176 de 2017, M.P Alberto Rojas Ríos.

causales constitucionales de inhabilidad e incompatibilidad tienen carácter taxativo y no son susceptibles de modificación.

En segundo lugar, las inhabilidades deben ser razonables y proporcionadas. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, una inhabilidad será razonable y proporcionada siempre que: (i) persiga la materialización de los principios que rigen la función administrativa –transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia (C.P. art. 209) –; y (ii) sea definida en atención a las características del cargo de que se trate, es decir, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades. Igualmente, la Corte ha resaltado que las inhabilidades son de interpretación restrictiva³⁴.

En ese sentido, el legislador es el único facultado para desarrollar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o faltas de los servidores públicos, y que no es posible trasladar esa competencia a ningún otro sujeto por tratarse de reserva de ley³⁵.

4.1. Casos de reserva constitucional

En primer lugar, el artículo 197 de la Constitución Política previó lo relativo a la habilidad para ser elegido Presidente de la República. Como ha explicado la Corte Constitucional, *“Que el régimen de inhabilidades para ser elegido Presidente de la República sea cerrado es de suma trascendencia en una democracia pluralista y participativa porque impide que el legislador establezca nuevas prohibiciones que excluyan a ciertas personas o grupos de la posibilidad de competir en determinada campaña presidencial, si la prohibición es temporal, o para siempre, si la prohibición se basa en una condición inmutable”*³⁶.

Así mismo, el artículo 179 de la Constitución Política dispuso las inhabilidades para ser congresista³⁷. En tercer lugar, el artículo 126 de la Constitución Política

³⁴ Sentencias de la Corte Constitucional C-509 de 1997, C-617 de 1997, C-1412 de 2000, C-200 de 2001, C-247 de 2001, C-540 de 2001, C-952 de 2001, c-064 de 2003, C-625 de 2003, C-015 de 2004, C-348 de 2004, C-179 de 2005, C-468 de 2008, C-325 de 2009, y C-106 de 2018.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2019, M.P Alberto Rojas Ríos.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-015 de 2004, M.P Manuel José Cepeda Espinoza.

³⁷ Artículo 179. No podrán ser congresistas:

(...)

2. Quienes hubieren ejercido como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ella en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de

estableció tres prohibiciones diferentes que, indirectamente, acarrear una inhabilidad para ejercer funciones públicas o para celebrar contratos con el Estado: (i) la prohibición a los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, para nombrar, postular, o contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente; (ii) la prohibición para nombrar o postular como servidores públicos, o celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, o con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en la hipótesis anterior; (iii) La prohibición de reelección (inelegibilidad) para determinados cargos o para ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de las funciones enlistadas³⁸, (prohibición de la denominada “puerta giratoria”)³⁹.

En cuarto lugar, el artículo 292 de la Constitución Política dispuso que los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, pudieran ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial.

Finalmente, el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2009, estableció una inhabilidad para quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior y respecto de los servidores públicos que, con su conducta dolosa o gravemente culpable hayan conducido a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Como se colige de lo expuesto, de acuerdo con el criterio que actualmente establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁰, para modificar las inhabilidades

entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección. (...)”

³⁸ Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-053 de 2016, M.P Alejandro Linares Cantillo y C-106 de 2018, M.P.

⁴⁰ A pesar de que en un primer momento la Corte Constitucional sostuvo que “Debe observarse que la Constitución no agotó el catálogo de las incompatibilidades aplicables a los congresistas, pues, a la luz de sus preceptos, bien puede el legislador introducir nuevas causales de incompatibilidad igualmente obligatorias”: Corte Constitucional, sentencia C-497/94; dicha interpretación fue

configuradas por el constituyente, para ampliarlas, o para reducir las en sus componentes y sus efectos, por ejemplo, en cuanto al tiempo de su duración o en cuanto a los grados de parentesco determinados por la norma superior, se hace necesaria una reforma constitucional.

Estas consideraciones condujeron a la Corte a expresar en sentencia C-540 de 2001 que: *“No es admisible que la Constitución consagre una inhabilidad de 12 meses para un cargo o posición determinado y que la ley amplíe injustificadamente, a través de la figura de la incompatibilidad, a 24 meses la prohibición señalada específicamente en la Constitución. Por lo tanto, el artículo 32 de la Ley 617 no podrá tener efecto alguno en las hipótesis señaladas”*. Debido a lo anterior, declaró la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 617 de 2001, en el entendido de que la incompatibilidad especial de 24 meses no se aplicará al gobernador que se inscriba como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, en cuanto ya la Constitución fijó expresamente en los artículos 179-2 y 197 un término de inhabilidad de 12 meses para acceder a tales posiciones.

Finalmente, cabe destacar que el carácter taxativo de las inhabilidades e incompatibilidades del Presidente de la República y de los congresistas encuentra razón constitucional en el principio de separación de poderes (artículo 113 de la Constitución Política) y en el principio democrático (artículo 1 de la Constitución Política), ya que esta reserva constitucional busca excluir esta materia de la competencia del legislador para evitar que, a través del endurecimiento de este régimen, se vean afectados los equilibrios constitucionales establecidos y se altere el funcionamiento del sistema democrático, excluyendo de dichos cargos a determinadas personas que el Constituyente consideró, no obstante, como hábiles para el ejercicio de tales funciones⁴¹.

4.2. El Congreso en ejercicio del poder constituyente derivado

cambiada: “No obstante, la regla general de competencia legislativa para fijar el régimen de inhabilidades de los distintos cargos públicos encuentra una excepción en lo tocante a los cargos de Congresista o Presidente de la República, puesto que tal y como ha reconocido en anteriores oportunidades esta Corporación, los artículos pertinentes de la Constitución establecen un sistema cerrado y no facultan expresamente al Legislador para agregar nuevas inhabilidades a la enumeración efectuada por el Constituyente” C-015/04. También la sentencia C-540/01 concluyó que respecto del Presidente de la República, como de los congresistas “La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40)” (Sentencia C-106 de 2018, M.P Alejandro Linares Cantillo.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencias C-015 de 2004, M.P Manuel José Cepeda Espinoza y C-106 de 2018, M.P Alejandro Linares cantillo.

Concretamente, desde la sentencia C-551 de 2003⁴², la Corte estima que el poder constituyente derivado tiene límites competenciales, pues le han sido conferidas facultades para reformar la Constitución, pero no para sustituirla o cambiarla por otra opuesta, total o parcialmente, a la adoptada por el Constituyente primario⁴³.

En tal sentido, resulta de la mayor importancia señalar que la reforma constitucional que se propone, lejos de contradecir el espíritu de la Constitución Política, reafirma y profundiza su esencia, al paso que desarrolla los principios que inspiran el ordenamiento superior.

En efecto, se trata de ampliar mediante reforma constitucional el término de duración de una inhabilidad suprallegal, objetiva, de carácter temporal, destinada a garantizar la probidad, imparcialidad y eficacia en el desempeño de determinados altos funcionarios del Estado. En relación con dichos servidores públicos, por cierto, se han previsto tratamientos especiales como aquél del artículo 126 de la Constitución Política, que les prohíbe postularse a cargos de elección popular dentro del año siguiente al cese de sus funciones, y por supuesto, los contemplados en los artículos cuya reforma se propone.

Respecto de estas últimas inhabilidades, es necesario tener en cuenta que durante toda la vigencia de la Constitución Política, quienes ejercen las más altas dignidades en la administración de justicia y en los órganos electorales y de control, han tenido un tiempo de inhabilidad contado desde la cesación de sus respectivos ejercicios, dentro del cual no pueden ser elegidos en los cargos de congresista o Presidente de la República. La única modificación que se propone es ampliar el término de dicha inhabilidad, a fin de garantizar que quienes ejerzan aquellas funciones trascendentales para el funcionamiento del Estado, superen al menos dos ciclos políticos alejados de las campañas electorales para poder presentarse a ser elegidos, con el propósito de evitar que alguien utilice dichos espacios de para impulsar aspiraciones propias o de terceros.

La satisfacción de estos muy elevados cometidos, muchas veces resulta incompatible con la búsqueda de visibilidad, popularidad o influencia, y con cualquier afán de congraciarse con la opinión general. Este acto legislativo incorpora en la

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

⁴³ Esta doctrina en todo caso tiene mucha oposición en la academia jurídica colombiana pues no está expresa la facultad que tiene la Corte Constitucional para pronunciarse sobre el fondo de las reformas a la Constitución Política. Al respecto ver: GARCÍA JARAMILLO, Santiago; y GNECCO ESTRADA, Francisco. (2016). “La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo”. *Vniversitas*, 65(133), 59-104. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsp>

Constitución nuevos estándares institucionales que fortalecen la democracia, en tanto repercuten positivamente sobre la legalidad de las actuaciones públicas, y lo que es de importancia comparable, su legitimidad frente a los ciudadanos, en términos de construcción de confianza.

La Corte Constitucional ha establecido que el Congreso de la República puede adoptar inhabilidades para el ejercicio de la función pública con base en el margen de configuración normativa que le otorga la Constitución Política, “*según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución*”⁴⁴ (resaltado fuera de texto original).

En relación con el fragmento resaltado de la Sentencia C-147 de 1998, queda claro que la Corte Constitucional ha establecido que en Colombia las inhabilidades también pueden tener por propósito garantizar la separación del interés público y el privado que tienen los funcionarios estatales, por lo que es perfectamente admisible imponer inhabilidades con el propósito de fortalecer la función que cumplen quienes dirigen los órganos de control e investigación del Estado, desincentivando que usen sus facultades como plataforma electoral o para intervenir de cualquier forma en el debate político nacional, pues esta no es su función.

5. Fortalecimiento del diseño institucional de la Constitución Política de 1991

El Congreso de la República no considera que quienes han servido al país como magistrados, Fiscales, Procuradores o Contralores –ni quienes hoy en día lo son– sean necesariamente políticos con interés en una carrera electoral, ni tampoco que ejerzan sus funciones para interferir en el debate político nacional o regional. Tampoco el autor de este proyecto. Al contrario, gran parte de los funcionarios antes mencionados han sido designados por el Congreso de la República en razón de su experiencia, su probidad ética y sus capacidades para ejercer las más importantes funciones a cargo del Estado.

Sin embargo, esto no obsta para que se introduzcan mecanismos concretos en la Constitución Política para prevenir que se presenten situaciones –que en el pasado se han presentado– que debiliten –aún más– nuestro sistema democrático, como es

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-147 de 1998.

la injerencia indebida en elecciones por parte de funcionarios con capacidad de investigar y sancionar a otros funcionarios. Quienes expedimos las normas tenemos que regular previendo los peores resultados. Esto tiene mayor importancia cuando hay temas relacionados con corrupción, pues las normas anticorrupción no operan cuando hay actuaciones transparentes, sino que previenen hay funcionarios que abusen de su poder o que lo usen en beneficio propio o de terceros.

El término de inhabilidad propuesto, no se extiende por un término mayor al necesario para garantizar que quienes cesen en el ejercicio de alguno de los cargos relacionados, se abstendrán de participar en elecciones próximas a la terminación de su respectiva estancia en el cargo.

Así mismo, la ampliación del término que rige actualmente resulta conducente para alcanzar los fines propuestos, en tanto guarda una relación de causalidad positiva con la supresión de incentivos para la politización del ejercicio público en determinadas altas instancias del Estado, donde la política electoral resulta indeseable.

Finalmente, la medida propuesta comporta una intervención adecuada en el derecho a la participación política y en su manifestación particular del derecho al ejercicio de cargos públicos. Primero, por que la ampliación del término en las inhabilidades dispuestas genera una restricción leve en el ámbito concernido, en tanto la propia Constitución Política reconoce que el derecho de acceso a cargos públicos, por su naturaleza, está sujeto a diversas restricciones, una de las cuales son las inhabilidades. Y adicionalmente, el supuesto de hecho constitutivo de inhabilidad seguirá estando limitado temporal y espacialmente.

El fundamento teórico de las normas que este acto legislativo introduce en la Constitución Política es el iluminismo escocés, particularmente el desarrollado por Hume y Mandeville⁴⁵, quienes desde la filosofía concibieron el diseño de las instituciones como un proceso que debía llevarse a cabo a partir de una concepción humanista, en el sentido en que el diseño adecuado de una institución debía prever los aspectos más deshonestos del comportamiento humano⁴⁶. De acuerdo con este planteamiento, el diseño de normas y procedimientos debe advertir que los funcionarios perpetren “actos deshonestos o injustos” (*knavery*), como los que hoy en día conocemos: tomar decisiones teniendo conflictos de interés que no hayan

⁴⁵ BAOGANG, He. *Knavery and Virtue in Human Institutional Design*: En The Journal of Value Inquiry. Marzo 28, 2012. Vol. 37. pp. 543–553.

⁴⁶ HUME, David. *The Philosophical Works*. Vol. 3. Ed. by Green, Thomas Hill and Grose, London: Scientia Verlag Aalen, 1964. pp. 117–119.

sido previamente advertidos y resueltos, problemas de agencia, fallas de mercado y problemas en la información.

La escuela del iluminismo escocés no considera que todos los seres humanos sean deshonestos o injustos, pero sí que todos están en capacidad de hacerlo, por lo que las normas que introducimos los previenen de no hacerlo, limitando la capacidad para ello.

6. Fortalecimiento del diseño institucional de la Constitución Política de 1991

Por último, este acto legislativo contiene un régimen transitorio que tiene el propósito de que la promulgación de las inhabilidades a las que se refiere no altere las condiciones de participación en política de quienes hoy en día ejercen como magistrados, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República y Fiscal General de la Nación, así como de quienes lo fueron en los últimos años –y en consecuencia podría aplicarles la inhabilidad dependiendo del tiempo que haya transcurrido desde que dejaron los cargos que los inhabilitan–, en la medida en que cuando se postularon a dichos cargos no tenían conocimiento del alcance de la limitación que este acto legislativo impone.

Para este fin, este acto legislativo otorga un tiempo prudente para dichas personas puedan estudiar el texto, sus consecuencias y sus respectivos programas profesionales, y que puedan tomar la decisión de acogerse al régimen pasado o al régimen que impone esta norma.

En el caso en que estas personas tengan interés de aspirar a Presidente de la República o Vicepresidente, congresista o magistrado de la Corte Constitucional dentro del tiempo en que estarían inhabilitados para hacerlo bajo las normas de este acto legislativo, y que adicionalmente quieran que dicha inhabilidad no les sea aplicable, deberán informar públicamente al país de su interés, expresando con claridad a cuál cargo desean aspirar. Si no lo hiciesen en el término que está establecido, les aplicarán todos los efectos del nuevo régimen establecido por este acto legislativo.

Esta norma está soportada en que el derecho a ser elegido implica también el interés de postularse, pues este es un derecho que la Corte Constitucional protege en concreto que a los funcionarios que fueron elegidos para un cargo se les permita cumplir el periodo para el cual fueron elegidos, y también que a los interesados en

postularse para un cargo público puedan hacerlo si cumpliesen los requisitos de ley⁴⁷.

De lo anterior se sigue que es un derecho que se aplica en los casos específicos de que quienes quieren –y pueden– ser elegidos, y ejercer aquellos cargos para los cuales sean elegidos, puedan hacerlo, por lo que en todo caso está implícito el interés del ciudadano titular del derecho a ser elegido, de ejercerlo. Entonces, en la medida en que un funcionario no tenga interés en aspirar a un cargo específico, no hay razón para que pretenda que no le aplique la inhabilidad sin tener interés de ejercer el derecho a ser elegido, pues este derecho, implica querer ejercerlo.

7. En relación con la llamada puerta giratoria

Originalmente el término “puertas giratorias” (acuñado como “revolving door” en la legislación norteamericana), alude a la rotación de funcionarios entre el sector público y el privado, cuando puede dar lugar a situaciones de conflicto de interés o promover el tráfico de influencias, favoreciendo que el servidor público anteponga su beneficio personal al interés general durante el ejercicio de sus funciones⁴⁸. En Colombia, se ha denunciado un ejercicio clientelista de las funciones electorales confiadas a los altos órganos de justicia y la instauración del corporativismo judicial, donde un círculo cerrado de influencias realiza los nombramientos. El cruce de favores cristalizado en la premisa “yo te elijo, tú me eliges”, sigue la misma lógica de todas las puertas giratorias ya que significa la captura interna de las instituciones para favorecer intereses particulares y evidencia una urgente necesidad de mayores esfuerzos para eliminar “*las posibilidades de acceso a los altos cargos merced a la politiquería, la mendicidad electorera y los compromisos*”⁴⁹.

Consciente de tan sombrío panorama, el proyecto contiene varias disposiciones destinadas a minimizar las posibilidades de aprovechamiento particular respecto de los más altos cargos de control y de administración de justicia, no sólo en relación con posiciones de elección popular, sino también entre ellos. Espacios temporales entre la terminación de un cargo y el nombramiento en otro, conocidos como

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-232 de 2014

⁴⁸ Cooling-off periods: Regulating the revolving door. Transparency International Knowledge Hub | Knowledge Hub. Available at: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/cooling-off-periods-regulating-the-revolving-door>

⁴⁹ Documentos: La crisis de la justicia y del derecho. La Voz del Derecho. Disponible en: <https://www.lavozdelderecho.com/index.php/docu/item/5405-documentos-la-crisis-de-la-justicia-y-del-derecho>



GABRIEL SANTOS GARCÍA

Representante a la Cámara por Bogotá

“períodos de enfriamiento”, de modo que quienes hayan ejercido o ejerzan cualquiera de los cargos a que se refiere el artículo 126 superior, deban esperar como mínimo ocho años contados desde la finalización de su período (ya no sólo un año), para poder ejercer otra cualquiera de estas dignidades, a fin de evitar que tales posiciones sigan convirtiéndose en peldaños desde donde los funcionarios pueden hacer campaña para los cargos a que realmente aspiran, sino que quienes lleguen a dichas instancias se concentren exclusivamente en desempeñar las funciones atinentes a sus altas responsabilidades.

Para comprender la ampliación del término de inhabilidad hay que tener en cuenta que en la postulación o en la designación de cargos como Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Nación, Auditor General de la República y magistrados de la Corte Constitucional, intervienen magistrados de cortes de cierre, hecho que aconseja que quienes culminen sus períodos en dichas cortes no puedan ser postulados o nombrados por sus compañeros que, pueden permanecer hasta ocho años integrando los colegiados. De esta manera, realmente se logra el cierre constitucional de las puertas giratorias, fortaleciendo el marco de integridad del sector público.

Un buen sistema de elección de las altas cortes y los organismos de control debe asegurar tanto su independencia frente a las fuerzas políticas como la posibilidad de renovación de las mismas, y eso más allá del eterno debate sobre quién debe nominarles, puede garantizarse estableciendo condiciones de habilidad para ejercer tales dignidades y previniendo los conflictos de interés. Cuando la impartición de justicia comienza a moverse por razones de poder, deja de ser justicia para convertirse en política. Estamos convencidos que combatir la nominación de funcionarios públicos bajo prácticas políticas cuestionables, otorga independencia entre los poderes, fomenta la confianza ciudadana y enaltece el ejercicio de la función pública.

Eventuales Conflictos De Interés

De conformidad con los criterios definidos en el artículo 286 de la ley 5ª de 1992, se considera que podrían encontrarse en situación de conflicto de interés para discutir y votar el proyecto de acto legislativo, quienes hayan ejercido en propiedad o en interinidad, en cualquier época, el cargo de Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o como magistrado de las altas cortes. También aquellos, cuyo cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de

GABRIEL SANTOS GARCÍA

Representante a la Cámara por Bogotá

afinidad o primero civil hayan ejercido cualquiera de los cargos antes mencionados. Todo ello sin perjuicio de las demás causales de impedimento que puedan advertir los congresistas.

Cordialmente,



GABRIEL SANTOS GARCÍA
Representante a la Cámara por Bogotá




JOSE JAIME USCÁTEGUI PASTRANA
Representante a la Cámara



MARÍA FERNANDA CABAL MOLINA
Senadora de la República



EDWARD DAVID RODRÍGUEZ
Representante a la Cámara por Bogotá
D.C.



GABRIEL JAIME VALLEJO CHUJFI
Representante a la Cámara por
Risaralda



JUANITA GOEBERTUS ESTRADA
Representante a la Cámara por Bogotá



JUAN CARLOS LOSADA VARGAS
Representante a la Cámara por Bogotá



GABRIEL SANTOS GARCÍA

Representante a la Cámara por Bogotá

MARÍA JOSÉ PIZARRO RODRÍGUEZ

Representante a la Cámara por Bogotá

JOHN JAIRO HOYOS GARCÍA

Representante a la Cámara por Valle del Cauca

MAURICIO TORO ORJUELA

Representante a la Cámara por Bogotá

CÉSAR AUGUSTO LORDUY

Representante a la Cámara por Atlántico