



Concepto 653022 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000271491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000271491

Fecha: 30/06/2023 10:52:21 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Diputado. Inhabilidad para que el hermano de la jefe de control interno de gestión de una entidad del nivel municipal se postule para ser elegido como diputado. RAD. 20239000653022 del 28 de junio de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante el cual si el hermano de la asesora de control interno de gestión de una entidad del nivel municipal se encuentra inhabilitado para postularse a ser elegido como diputado en el respectivo departamento, me permito indicar lo siguiente:

1.- Previo a dar respuesta a su solicitud, es preciso indicar que, conforme establecido en el Decreto 430 de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por lo anterior, se deduce que esta entidad no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para determinar derechos individuales, ni tiene la potestad legal para dictaminar si una persona en particular se encuentra inhabilitado para acceder a cargos de elección popular, dicha competencia es propia de los Jueces de la República; por consiguiente, las manifestaciones dadas mediante conceptos tienen la finalidad de dar orientación general de las normas de administración de personal en el sector público en el marco del alcance que determina el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011; es decir, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución y no comprometen a la entidad pública.

Aclarado lo anterior, se considera pertinente tener en cuenta que, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, determina que las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección.

Dicho en términos más estrictos, estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un

cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido”. Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.

Frente al particular, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos² ha sido consistente al manifestar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado³ en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

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

2.- Ahora bien, con el fin de atender la solicitud de concepto, en relación con establecer si existe algún tipo de inhabilidad para que el hermano de una empleada que ejerce funciones de control interno en una entidad del nivel municipal se postule para ser elegido diputado en el respectivo departamento, la Ley 2200 de 2022⁴ determina las inhabilidades para ser elegido diputado en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 49. De las inhabilidades de los diputados. Además de las inhabilidades establecidas en la Constitución, la ley y el Código General Disciplinario, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido diputado:

(...)

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

(...)

Parágrafo. Interprétese para todos sus efectos, que las inhabilidades descritas en el artículo, se refieren al departamento como entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, que funcionan en el respectivo territorio o ejercen competencias que involucran a la respectiva entidad territorial.” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma transcrita, se tiene que se encuentran inhabilitados para ser elegidos en el cargo de diputado, entre otros, quien tenga vínculo por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad con empleados que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que, el Consejo de Estado en Sentencia número 00606 de 2021, del 9 de septiembre de 2021, con ponencia de la magistrada Dra. Nubia Margoth Peña Garzón, en relación con la inhabilidad para que parientes de empleados públicos del nivel municipal se postulen para ser elegidos diputados o gobernadores; así como la interpretación que del departamento establece la norma, determinó lo siguiente:

"INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Vínculo de parentesco con quien dentro de los doce meses anteriores a la elección ejerció autoridad / CAUSAL DE INHABILIDAD DE DIPUTADO DEL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 33 DE LA ley 617 de 2000- Elemento o factor territorial / CIRCUNSCRIPCION DEPARTAMENTAL - Los municipios que integra cada departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial / FALTA DE COMPETENCIA DEL LEGISLADOR - Para interpretar de una manera flexible los mandatos de la Carta Política / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS DIPUTADOS - No puede ser menos estricto que el de los congresistas / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS DIPUTADOS - Límite de regulación por el legislador / CAPACIDAD INTERPRETATIVA DEL LEGISLADOR - Límites / POTESTAD INTERPRETATIVA DEL LEGISLADOR - Se desbordó / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Prospera respecto del párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017

Para la Sala, empero, la capacidad interpretativa del legislador no es absoluta, razón por la que un verdadero límite a la regulación de las inhabilidades de los diputados, lo constituye lo establecido en el artículo 299 de la Constitución Política que prescribe que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades "[...] No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda [...]" Por lo tanto, esta disposición constitucional impide que el legislador flexibilice, o haga menos severo, el régimen de inhabilidades de los diputados respecto de aquel fijado para los miembros del Congreso de la República.

Es evidente, a partir de lo expuesto, que el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871, al significar que para todos los efectos legales la inhabilidad descrita en la primera parte del numeral 5 del artículo 33 de la ley 617 "[...] se refiere a Departamento como entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, no al aspecto territorio [...]", modifica sustancialmente el elemento territorial o espacial de la misma, tornando menos estricta su aplicación a los diputados con relación al mismo hecho inhabilitante previsto para los congresistas en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional, [...] Esta inhabilidad determinada para los congresistas en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional, corresponde a la misma descrita para los diputados en la primera parte del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617, en cuanto ordena que no puede ser congresista quien tenga vínculos por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en los grados señalados, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección, esto es la nacional para senadores, -solo en esta hipótesis la circunscripción nacional no coincide con cada una de las territoriales-, y departamental para representantes a la Cámara, -evento que sí incluye las situaciones que tengan lugar dentro de toda la circunscripción departamental y Distrito Capital de Bogotá escenario de la elección-. Se recuerda que, según lo establecido en los artículos 176 y 179 de la Constitución Política, por una parte, la circunscripción nacional es el espacio geográfico que cubre todo el territorio nacional, en el cual se desarrolla la elección de Senado; y, de otro lado, las circunscripciones territoriales que corresponde a cada uno de los departamentos y al Distrito Capital de Bogotá, sin perjuicio de las circunscripciones especiales. Lo anterior, permite concluir que el elemento territorial que integra los supuestos de cada una de las inhabilidades de los congresistas, se refiere a situaciones que acontezcan en la "circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección", lo que en términos de la actual división política se refiere a toda la extensión del territorio nacional, en el caso del Senado, y a los diferentes departamentos que conforman aquel, tratándose de la Cámara de Representantes, estos últimos entes entendidos en el sentido lato o amplio que el constituyente les adscribió, como porción territorial en cuyo ámbito se ubican los distintos municipios y distritos que lo integran, delimitación geográfica que tiene, entre otras finalidades, la determinación del censo electoral en un ámbito espacial específico. Y es que si los voceros departamentales, diputados y representantes a la Cámara-, son elegidos por el electorado municipal y/o distrital que componen el respectivo departamento, -quienes además son los únicos habilitados para votarlos, por la misma razón las inhabilidades también se predicen de ese conglomerado municipal y/o distrital que tiene el potencial de elegirlos, esto es, que las conductas prohibidas están instituidas de forma que sí involucran a los municipios y/o distritos. No existe, en efecto, un electorado departamental autónomo que no dependa del municipal o distrital; existe un electorado municipal o distrital que elige autoridades departamentales, lo que se resalta sin perjuicio de aquellas conductas que comprenden prohibiciones desplegadas en el departamento como ente territorial que también hace parte de la circunscripción territorial departamental. Por ello, no hay duda que el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871, al disponer que el entendimiento de la expresión "departamento", insertado en algunos de los supuestos inhabilitantes previstos en el artículo 33 de la Ley 617, entre estos la primera parte de su numeral 5, debe ser entendido como "entidad pública" y no como "territorio", el legislador desbordó su potestad interpretativa, como quiera que modificó, en términos más flexibles, el componente territorial de la causal de inhabilidad que ahora ocupa la atención de la Sala, con lo cual se quebrantaron los artículos 179 y 299 de la Constitución Política, amén de que desconoció los principios de unidad de materia pues la norma en estudio en nada guarda relación con el objeto de la ley, cual es fijar el régimen de remuneración, prestacional y seguridad social de los miembros de las asambleas departamentales. [...] Así las cosas, con fundamento en el artículo 4 Superior, se impone para la Sala acudir, de oficio, al mecanismo de la excepción de

inconstitucionalidad o también denominado control de constitucionalidad por vía de excepción, toda vez que el parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871, desconoció, abiertamente, los artículos 179 y 299 de la Constitución Política, al hacer menos estricta la inhabilidad para diputados prevista en la primera parte del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617, respecto de la misma que se ordena para los representantes a la Cámara en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional y, por demás, no ha sido objeto de un control abstracto de constitucionalidad por parte del máximo Tribunal de lo Constitucional.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Diputado / **PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES** - Vínculo de parentesco con quien dentro de los doce meses anteriores a la elección ejerció autoridad / **PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES** - Presupuestos de la inhabilidad por parentesco o vínculo con autoridad / **ELEMENTO OBJETIVO / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA** - Concepto / **AUTORIDAD CIVIL** - Concepto / **AUTORIDAD POLÍTICA** - Concepto / **AUTORIDAD** - Secretario de despacho municipal / **SECRETARIO DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA** - Funciones / **PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES** - Configurada al determinarse que su hijo ejerció autoridad como Secretario de Tránsito y Transporte dentro del período inhabilitante en uno de los municipios del departamento donde fue elegido.

Para la Sala resulta evidente que el señor JOSÉ LUIS DUARTE CONTRERAS, hijo del demandado, al fungir como secretario de Tránsito y Transporte del municipio de San José de Cúcuta (Norte de Santander), sí ejerció autoridad política y administrativa por cuanto así se prevé, taxativamente, en el criterio orgánico incorporado en los artículos 189 y 190 de la Ley 136; en este caso el cargo ocupado fue el de Secretario de Despacho, empleo público al cual se le atribuyen, de forma expresa, tales funciones de mando político y administrativo. A su vez, también desempeñó autoridad civil como quiera que ejerció el poder público en función de mando para desarrollar los altos fines perseguidos por la ley, - en el caso concreto las políticas de tránsito y transporte municipal-, con las que debía obligar al acatamiento de los particulares y, en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública, principalmente, a través de funciones como: (i) dirigir y coordinar el diseño, adopción e implementación de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de educación, capacitación y sensibilización, encaminados al establecimiento de cultura ciudadana, en materia de tránsito, transporte, seguridad vial y movilidad sostenible, para el Municipio de San José de Cúcuta; (ii) definir los parámetros para la prestación del servicio de Transportes de acuerdo con los requerimientos de la comunidad; (iii) actuar en coordinación y armonía con las entidades competentes para lograr la integración de las políticas de gestión del tránsito y de seguridad vial con las políticas de transporte, uso del suelo e infraestructura vial; (iv) dirigir y coordinar el desarrollo de estudios técnicos para el análisis de las problemáticas de tránsito, circulación y seguridad vial con el objetivo de tomar decisiones para el establecimiento de alternativas de solución correspondientes; (v) verificar la efectividad en la ejecución de las políticas, planes, programas, proyectos liderados por la secretaría y en el cumplimiento de sus funciones, adelantando entre otros, procesos de revisión y actualización de los proyectos, procedimientos, indicadores y plan de acción conforme con lo dispuesto en el Sistema de Gestión de la Calidad; y (vii) autorizar la adquisición de algún bien o servicio genérico o específico requerido por los funcionarios de la secretaría. Para definir el último de los requisitos configurativos de la inhabilidad en ciernes, esto es que el ejercicio de esa autoridad civil, política y administrativa, por parte del secretario de Tránsito y Transporte municipal de San José de Cúcuta (Norte de Santander), señor JOSÉ LUIS DUARTE CONTRERAS, haya ocurrido en el Departamento de Norte de Santander, es necesario recurrir a la jurisprudencia aplicable al caso concreto. [...] [L]a Sección Primera ha prohijado esta postura en distintas oportunidades en las que ha resuelto, como en el caso bajo análisis, la configuración de la inhabilidad de diputados por tener vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección han ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar, en alguno de los municipios que conforman el departamento para el cual fue elegido miembro de la respectiva duma. La necesidad de definir y llenar de contenido la expresión de la inhabilidad "en el respectivo departamento", nació, precisamente, de circunstancias como las actuales en las que el funcionario está vinculado con la administración de uno de los municipios que forman parte del departamento del cual el demandado es diputado, en el entendido de que cuando aquel trabaja directamente con la administración departamental, no subsiste vacilación alguna para concluir la tipificación de la conducta prohibitiva. [...] En los referidos términos y consideraciones, la Sala encuentra que se configura la inhabilidad demandada, objetivamente, como quiera que el municipio de San José de Cúcuta hace parte de la circunscripción territorial del departamento de Norte de Santander, de hecho, es su capital, es decir que el señor JOSÉ LUIS DUARTE CONTRERAS, hijo del demandado, ejerció autoridad civil, política y administrativa en ese departamento, durante el año anterior a la elección de su padre, el diputado JOSÉ LUIS ENRIQUE DUARTE GÓMEZ."

De acuerdo con el Consejo de Estado, a partir de lo expuesto, que el parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871, hoy parágrafo del artículo 49 y 111 de la Ley 2200 de 2022 al significar que para todos los efectos legales la inhabilidad descrita en la primera parte del numeral 5 del artículo 33 de la ley 617 se refiere a Departamento como entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, no al aspecto territorio modifica sustancialmente el elemento territorial o espacial de la misma, tornando menos estricta su aplicación a los diputados con relación al mismo hecho inhabilitante previsto para los congresistas en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional, [...] Esta inhabilidad determinada para los congresistas en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional, corresponde a la misma descrita para los diputados en la primera parte del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617, en cuanto ordena que no puede ser congresista quien tenga vínculos por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en los grados señalados, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección, esto es la nacional para senadores, -solo en esta hipótesis la circunscripción nacional no coincide con cada una de las

territoriales-, y departamental para representantes a la Cámara, -evento que sí incluye las situaciones que tengan lugar dentro de toda la circunscripción departamental y Distrito Capital de Bogotá escenario de la elección.

Recuerda el Consejo de Estado que, conforme lo establecido en los artículos 176 y 179 de la Constitución Política, por una parte, la circunscripción nacional es el espacio geográfico que cubre todo el territorio nacional, en el cual se desarrolla la elección de Senado; y, de otro lado, las circunscripciones territoriales que corresponde a cada uno de los departamentos y al Distrito Capital de Bogotá, lo que permite concluir que el elemento territorial que integra los supuestos de cada una de las inhabilidades de los congresistas, se refiere a situaciones que acontezcan en la “circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección”, lo que en términos de la actual división política se refiere a toda la extensión del territorio nacional, en el caso del Senado, y a los diferentes departamentos que conforman aquel, tratándose de la Cámara de Representantes, estos últimos entendidos en el sentido lato o amplio que el constituyente les adscribió, como porción territorial en cuyo ámbito se ubican los distintos municipios y distritos que lo integran, delimitación geográfica que tiene, entre otras finalidades, la determinación del censo electoral en un ámbito espacial específico.

Manifiesta el Consejo de Estado que los gobernadores, diputados y representantes a la Cámara, son elegidos por el electorado municipal y/o distrital que componen el respectivo departamento, quienes además son los únicos habilitados para votarlos, por la misma razón las inhabilidades también se predicen de ese conglomerado municipal y/o distrital que tiene el potencial de elegirlos, esto es, que las conductas prohibidas están instituidas de forma que sí involucran a los municipios y/o distritos. No existe, en efecto, un electorado departamental autónomo que no dependa del municipal o distrital; existe un electorado municipal o distrital que elige autoridades departamentales.

Así entonces, determina el Consejo de Estado que se debe INAPLICAR por inconstitucional el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871, hoy contenido en el párrafo de los artículos 49 y 111 de la Ley 2200 de 2022, que determinan las inhabilidades para postularse y ser elegido diputado y gobernador respectivamente, y que interpretó al departamento a efectos de definir inhabilidades para acceder al cargo de diputado o gobernador, por transgredir los artículos 179 y 299 de la Carta Política.

Finaliza el Consejo de Estado que, es necesario advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en la providencia objeto de estudio respecto del alcance del párrafo del artículo 6º de la Ley 1871 de 2017, en virtud de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad que frente al mismo se hace, tendrá efectos a partir del próximo proceso electoral que se surta para la elección de diputados; es decir, año 2023.

Por su parte, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-396 del 18 de noviembre de 2021, con ponencia del magistrado Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar, en relación con la constitucionalidad del párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 determinó lo siguiente:

“97. Para la Sala el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 es inconstitucional. Y es inconstitucional porque desconoce los artículos 150-1, 179 y la prohibición prevista en el segundo inciso del artículo 299 de la Constitución. Ahora bien, en este caso se analizará el cumplimiento de los requisitos de una ley interpretativa para demostrar que el legislador excedió el marco constitucional de su competencia en esta materia. Y la excedió porque con el pretexto de interpretar el concepto de “Departamento” terminó fijando un régimen de inhabilidades menos estricto que el dispuesto por la Constitución para los congresistas y desconoció la prohibición prevista en el inciso segundo del artículo 299, razón por la cual modificó el alcance material de las normas interpretadas.”

Para la Corte, el Legislador desbordó su competencia por cuenta de violar otra norma constitucional (establecer un régimen menos estricto de inhabilidades o desarrollar un contenido estatutario en una ley interpretativa).

Según la Corte, “la Ley 1871 de 2017, por medio del enunciado normativo objeto de estudio, utilizó el concepto de “Departamento,” para efectos de aplicarlo como elemento de algunas de las causales de inhabilidad previstas en el artículo 33 de Ley 617 de 2000, para lo cual determinó que por “Departamento” debe entenderse ahora la entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, y excluyó expresamente el aspecto territorial. En esta interpretación, el legislador quiso optar por el concepto de administración departamental basado en la estructura administrativa que se refiere al departamento y a sus entidades descentralizadas, al tiempo que descartó que, para los efectos de configuración de las causales de inhabilidad, se pueda utilizar en lo sucesivo el alcance territorial de “Departamento.”.

(...)

En efecto, el concepto de “Departamento”, que es objeto de la interpretación por parte del parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, tiene como efecto una flexibilización de las causales previstas en el artículo 179 de la Constitución, lo que implica el diseño de un régimen de inhabilidades para los diputados menos estricto que el dispuesto para los congresistas. Como se dijo, el punto fundamental consiste en que el legislador utilizó un concepto de departamento a partir de la noción de entidad pública, que la define a partir de una parte de su estructura (entidades descentralizadas e institutos científicos) y prescindió del aspecto territorial que el Departamento tiene para efectos de las inhabilidades.

Esto significa que el Congreso afectó uno de los elementos que configuran la inhabilidad, esto es, el elemento territorial, pues la circunscripción departamental que se refiere a la comprensión geográfica o territorial del departamento se limita, por lo demás anti técnicamente, se insiste, a la administración departamental integrada por el departamento como entidad pública y a sus entidades descentralizadas. Para la Sala es claro que esta precisión conlleva flexibilizar el régimen aplicable a los diputados y, en consecuencia, hacerlo menos estricto que el señalado para los congresistas.”

Concluye la Corte manifestando que, el artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, no cumple con los requisitos propios de las leyes interpretativas, puesto que el legislador no se limitó a fijar el sentido de una disposición anterior, esto es, del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, sino que, como se demostró, modificó el alcance material de estas disposiciones, al disponer qué debe entenderse por departamento, para efectos de la aplicación del régimen de inhabilidades de los diputados, esto es, el aspecto puramente institucional (entidad pública y sus entidades descentralizadas), sin tener en cuenta el aspecto territorial.

Para la Corte, esta modificación material de las leyes interpretadas, hace que el régimen de inhabilidades de los diputados sea menos estricto que el señalado para los congresistas, lo cual constituye un desconocimiento de la prohibición del inciso segundo del artículo 299 de la Carta, por cuanto el legislador no puede fijar un régimen de inhabilidades menos estricto que el señalado por la Constitución para los congresistas, razón por la cual la Sala encuentra que el parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 es inconstitucional.

En este orden de ideas y como quiera que su consulta se refiere a verificar si se encuentra inhabilitado el hermano de una empleada del nivel municipal que aspira al cargo de diputado, se colige que deberá estudiarse dos circunstancias particulares, por un lado, si los hermanos se encuentran dentro del grado de parentesco prohibidos por la norma, y en segundo lugar, si el empleo objeto de su escrito es de aquellos que conllevan autoridad civil, política o dirección administrativa.

Frente al primer presupuesto, tenemos que de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre, mientras que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones; por su parte, el parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

De lo anterior se infiere que los hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad; es decir, dentro de los grados prohibidos por la ley.

Frente al segundo presupuesto, en relación con el empleo de asesora de control interno de gestión, se considera pertinente tener en cuenta que la Ley 136 de 1994 contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.

Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones"

"ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

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

"ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias."

(Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto por el Legislador, los empleados públicos que hagan parte de las unidades de control interno ejercen Dirección Administrativa.

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, es importante precisar que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación 413 de Noviembre de 5 de 1991, expresó:

"La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, determinados cargos genéricamente dispone que no podrán ser elegidos congresistas "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 (Artículo 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo 18 Transitorio)

En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la Republica, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisoriales, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar.

Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

e) Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos gobernadores y reelegidos como senadores y representantes.

5) Sin embargo, la Sala considera que, aunque la Constitución se refiere a los empleos con autoridad en la forma disyuntiva, antes indicada, ello no obsta para que algunos de ellos impliquen, según el mismo Estatuto, el ejercicio concurrente de todas o alguna de las modalidades específicas que asume la autoridad". (Subrayado fuera de texto)

Conforme lo anterior, y por expresa disposición contenida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, los empleados públicos que hagan parte de las unidades de control interno en las entidades públicas, ejercen dirección administrativa.

Así las cosas, y en atención puntual de su interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, el hermano de la asesora de la oficina de control interno de gestión de una entidad del nivel municipal se encuentra inhabilitado para postularse y ser elegido diputado en el departamento de que haga parte el municipio.

En estos términos, y a partir del presente escrito, esta Dirección Jurídica acoge el pronunciamiento del Consejo de Estado emitido mediante Sentencia 00606 de 2021 y de la Corte Constitucional en Sentencia C-396 de 2021, mediante la cual está última estudió la Constitucionalidad del parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, hoy replicada en el parágrafo de los artículos 49 y 111 de la Ley 2200 de 2022, en los que el Legislador interpretó que por "Departamento" debe entenderse la entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, y excluyó el aspecto territorio.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública"

2 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

3 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

4 "POR LA CUAL SE DICTAN NORMAS TENDIENTES A MODERNIZAR LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS DEPARTAMENTOS"

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 23:59:56