



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 083271

Fecha: 27/02/2023

Bogotá D.C.

REFERENCIA: INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD. RADICACION: 20239000054562 del 26 de enero de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe alguna prohibición para que una persona que se encuentra realizando su judicatura pueda aspirar al concejo, me permito dar respuesta de la siguiente manera:

En primer lugar, precisar que, las inhabilidades es importante señalar que de acuerdo con la Corte Constitucional: *“las inhabilidades son requisitos negativos para acceder a la función pública o circunstancias fácticas previstas en el ordenamiento jurídico que impiden que una persona tenga acceso a un cargo público o permanezca en él. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento o cargo anterior del aspirante no afectará el desempeño de las funciones públicas que pretende ejercer.*

Las inhabilidades tienen como como propósito: (i) garantizar la transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad en el acceso y la permanencia en el servicio público; y (ii) asegurar la primacía del interés general sobre el interés particular del aspirante. Así, las inhabilidades son un mecanismo determinante “para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función

públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño”

En virtud de lo anterior, las inhabilidades son situaciones taxativas determinadas por el legislador en la Constitución y en la Ley que impiden ejercer funciones de públicas con el fin de evitar un menoscabo o cualquier afectación al interés general.

En cuanto a las incompatibilidades, señala la Corte Constitucional lo siguiente: *“las incompatibilidades consisten en una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.”*

De conformidad con la jurisprudencia constitucional transcrita, las incompatibilidades son situaciones donde el servidor se vea impedido para ejercer funciones públicas, al considerarse que por la ejecución de la mismas se vea afectado el interés superior.

Ahora bien, respecto de las inhabilidades para quien se postule para ser elegido en el cargo de Concejal, la Ley 617 de 2000, señala:

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

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

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

En virtud de lo anterior, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado concejal quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

De lo anterior, corresponde analizar respecto de la práctica de la judicatura lo siguiente:

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-749 de 2009 *Áf Âç¿¿*, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva definió la Judicatura como:

“la actividad jurídica que realizan los estudiantes de derecho que hayan terminado las materias del pensum académico, como requisito para obtener el título de abogado; su validez constitucional radica en la existencia de una relación inescindible entre el desempeño idóneo del abogado y la posibilidad de acceder a prácticas jurídicas que sirvan de escenario para la aplicación de los conocimientos adquiridos en las distintas asignaturas que integran el pensum correspondiente, a través del ejercicio de cargos o actividades que impliquen el desarrollo de tareas propias de la disciplina del Derecho, y su exigencia es una expresión ajustada a la Constitución de la competencia del Congreso para establecer requisitos y condiciones para el ejercicio de profesiones que impliquen riesgo social”.

La judicatura como opción para recibirse en el título de abogado se encuentra regulada mediante Decreto 1221 de 1990, “por la cual el Ministerio de Educación Nacional aprobó el Acuerdo No. 60 de 1990 del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior - ICFES-, por el cual se determinaron los requisitos mínimos para la creación y funcionamiento de los programas de derecho”, y en su artículo 21 estableció como requisitos para grado, el haber cursado y aprobado la totalidad de las materias, haber presentado y aprobado los exámenes preparatorios y por último, el haber elaborado y sustentado una monografía que debe ser aprobada, o el haber desempeñado, con posterioridad a la terminación de los estudios, durante un (1) año continuo o discontinuo uno de los cargos previstos en las disposiciones pertinentes o haber prestado el servicio jurídico voluntario regulado por el Decreto 1862 de 1989; o haber ejercido durante dos (2) años la profesión en las condiciones señaladas en el artículo 31 del Decreto 196 de 1971.

De acuerdo con lo anterior, el Decreto 3200 de 1979 dispone sobre la judicatura, lo siguiente:

“ARTÍCULO 23. *Los estudiantes que hayan iniciado el Programa de Derecho con anterioridad al 31 de diciembre de 1979, y aquellos a que hace referencia el inciso segundo del artículo precedente, estarán sujetos para obtener el título de abogado al lleno de los requisitos previstos en el artículo 20, pero podrán compensar los exámenes preparatorios o el trabajo de investigación dirigida, cumpliendo con posterioridad a la terminación del plan de estudios uno cualquiera de los siguientes requisitos:*

1.- Hacer un año continuo o discontinuo de práctica o de servicio profesional, en uno de los cargos que se enumeran a continuación:

a). Juez, Fiscal, Notario o Registrador de Instrumentos, en interinidad.

b). Relator del Consejo superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia o del consejo de Estado.

- c). *Auxiliar de Magistrado o de Fiscal.*
- d). *Secretario de Juzgado, de Fiscalía y de Procuraduría Delegada o de Distrito.*
- e). *Oficial Mayor de despacho Judicial, de Fiscalía, de Procuraduría Delegada, de Distrito o Circuito y auditor de Guerra.*
- f). *Comisario o Inspector de Policía o de Trabajo; Personero titular o delegado, Defensor o Procurador de menores.*
- g). *Empleado oficial con funciones jurídicas en entidades públicas del orden nacional, departamental o municipal.*
- h). *3 de la Ley 1086 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: > Abogado o asesor jurídico de entidad sometida a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las Superintendencias i). Monitor de consultorio jurídico debidamente nombrado para jornada completa de trabajo, con el carácter de asistente docente del Director del Consultorio en la realización de las prácticas del Plan de Estudios.”*

De acuerdo con la anterior norma, una de las formas de adelantar la práctica jurídica o judicatura, es en forma remunerada, para ello es preciso haber desempeñado con posterioridad a la terminación de las materias que conforman el pensum académico de la carrera de derecho durante un (1) año continuo o discontinuo uno de los cargos arriba enumerados, **en este caso se considera que el judicante es un empleado público.**

Por su parte, la Ley 1322 de 2009 dispone sobre la judicatura **Ad-honorem** como requisito para optar al título de abogado se puede realizar en cargos ad - honorem es de dedicación exclusiva, se ejercerá de tiempo completo durante nueve (9) meses, y servirá como judicatura voluntaria para optar por el título de abogado, en reemplazo de la tesis de grado, así mismo, quienes ingresen como auxiliares jurídicos ad honórem desempeñarán funciones en las áreas de naturaleza jurídica que conforme a las actividades de cada dependencia les asignen los respectivos jefes como superiores inmediatos.

En este aspecto, es necesario precisar que si bien es cierto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1171 de 2004, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa declaró exequible el carácter de servidor público de quien realiza la práctica de la judicatura en una entidad pública, dicha condición no le da la connotación de empleado público, que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 123 de la Constitución Política, se deduce que servidor público es el género, mientras que empleado público es la especie, así:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y los que la ley determine (como es el caso de los judicantes).

De conformidad con lo expuesto, es viable concluir que;

Las inhabilidades y las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

Quien realiza la práctica de la judicatura ad-honorem en una entidad pública no ostenta la calidad de empleado público, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se encuentra inmerso dentro de las causales de inhabilidad contenidas en la ley para postularse al cargo de concejal.

Por otra parte, y como quiera que el judicante ad-honorem no es considerado un empleado público, no tendrá que separarse del ejercicio de la judicatura para postularse y ser elegido en el cargo de concejal; es decir que la restricción contenida en el artículo 127 de la Constitución Política, en el sentido que a los empleados del Estado les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio, no le es aplicable; así las cosas, el judicante podrá inscribir su candidatura al cargo de elección popular y continuar con el ejercicio de la judicatura.

No obstante lo anterior, en caso de tratarse de una judicatura remunerada, se considera que ostenta la calidad de empleado por lo que deberá contemplar sobre la prohibición del artículo 127 constitucional.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como 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 relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Ana María Naranjo

Revisó: Maia Valeria Borja

Aprobó: Armando López Cortes

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.