

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Barreto-Moreno, A.A. y Pulido-Ortiz, F.E. (2019). El carácter sancionatorio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. *Revista Jurídicas*, 16 (1), 153-171 DOI: 10.17151/jurid.2019.16.1.10.

Recibido el 5 de junio de 2018  
Aprobado el 31 de octubre de 2018

## El carácter sancionatorio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades\*

ANTONIO ALEJANDRO BARRETO-MORENO\*\* |  
FABIO ENRIQUE PULIDO-ORTIZ\*\*\*

### RESUMEN

En el derecho administrativo contemporáneo se resalta la función sancionatoria de su autoridad. Este artículo explica la forma en que esta característica ha impactado en la implementación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública en el derecho colombiano. Para ello, se identifican dos formas de implementar este régimen: 1) la regulación de las inhabilidades e incompatibilidades como normas para la limitación a la capacidad de realizar determinados actos jurídicos y 2) la incorporación de las inhabilidades e incompatibilidades como parte del contenido de reglas jurídicas sancionatorias. En el escrito, y a partir de la conceptualización de las reglas sancionatorias, se concluye que el régimen actual de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública en Colombia es de carácter sancionatorio.

**PALABRAS CLAVE:** sanciones jurídicas, teoría del derecho, derecho administrativo, contratación pública, inhabilidades e incompatibilidades.

---

\* Los autores tuvieron una contribución exactamente igual en el diseño, formulación, revisión del artículo. El orden de los autores se basa en un criterio que resulta estrictamente alfabético.

\*\* Profesor de la Universidad de La Sabana, Doctor en Derecho. E-mail: antonio.barreto@unisabana.edu.co. **Google Scholar.** ORCID: 0000-0003-2180-9864.

\*\*\* Profesor de la Universidad de La Sabana, Doctor en Derecho. E-mail: fabio.pulido@unisabana.edu.co. **Google Scholar.** ORCID: 0000-0003-2180-9864.



## **The sanctioning nature of the regime of inabilities and incompatibilities**

### **ABSTRACT**

In contemporary administrative law, the sanctioning function of its authority is highlighted. This paper explains how this characteristic has impacted on the implementation of the regime of inabilities and incompatibilities of public hiring in Colombian law. For this, two ways of implementing this regime are identified: 1) The regulations of the disabilities and incompatibilities as rules for limiting the ability to perform certain legal acts, and 2) the incorporation of disabilities and incompatibilities as part of the content of sanctioning legal rules. From the conceptualization of the sanctioning rules it is concluded that the current regime of inabilities and incompatibilities in public hiring is of a sanctioning nature.

**KEY WORDS:** legal sanctions, Theory of Law, administrative law, Public hiring, inabilities and incompatibilities

## Introducción

En la explicación de la autoridad del derecho se debe dar cuenta de la forma en que el derecho es capaz de exigir conductas con independencia de las razones que tengan los individuos respecto de cómo deben actuar (Marmor & Sarch, 2015; Raz, 1979; Finnis, 2011). Para algunos, el rasgo distintivo de la autoridad del derecho es su carácter sancionatorio. Según esa línea, la existencia de sanciones es lo que caracteriza la forma en que el derecho ejerce su autoridad (Schauer, 2015; Kelsen, 2005; Austin, 1995).

Esta posición ha sido objetada con base en tres argumentos principales. En primer lugar, hace parte de la naturaleza del derecho que, además de exigir conductas, otorgue potestades tanto a autoridades como a particulares para la realización de determinados actos jurídicos, por ejemplo, las competencias para crear leyes o para celebrar contratos (Hart, 1994). En segundo lugar, es posible que existan reglas primarias (i.e. normas que exigen autoritativamente la realización de determinadas conductas) que, sin embargo, no contemplen sanciones para los casos de incumplimiento (Lamond, 2001; Raz, 1990). En tercer lugar, en la explicación de la autoridad del derecho se debe dar cuenta de la forma como el derecho se constituye en una razón para la acción (i.e. la forma en sus normas que constituyen en justificaciones para la acción), lo cual no puede reducirse a la descripción de las amenazas generadas mediante sanciones (Lamond, 2001; Raz, 1990).

En todo caso, y dejando de lado la cuestión filosófica acerca de si las sanciones son o no una propiedad de la naturaleza del derecho, lo cierto es que en los ordenamientos jurídicos contemporáneos resulta común encontrar diferentes reglas sancionatorias (Schauer, 2015). El derecho administrativo contemporáneo, por ejemplo, viene presentando un *giro sancionatorio*. Hoy en día, el carácter sancionatorio del derecho administrativo ocupa un gran espacio de sus discusiones: el auge del derecho disciplinario, de la responsabilidad fiscal, de las amplias facultades sancionatorias de órganos de control y vigilancia, como las superintendencias y particularmente el fortalecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, hacen parte de ese giro (Nieto-García, 2005, Ossa-Bocanegra, 2015; Medina y Nieto, 2017).

De acuerdo con esto, el objetivo de este artículo consiste en explicar la forma en que el giro sancionatorio ha impactado en la implementación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública en Colombia. Para ello, se identifican dos formas de implementar este régimen: 1) la regulación de las inhabilidades e incompatibilidades como normas para la limitación a la capacidad de realizar determinados actos jurídicos y 2) la incorporación de las inhabilidades e incompatibilidades como parte del contenido de reglas jurídicas sancionatorias. El escrito se dividirá en dos partes: en la primera se desarrollará el concepto de reglas sancionatorias. En la segunda se analizará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública en el marco general

del conflicto de intereses. Con base en lo anterior, se sostiene que el régimen actual de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública en Colombia es de carácter sancionatorio.

### **Los conceptos de reglas jurídicas y sanciones**

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos están conformados por dos tipos de reglas: las reglas primarias y las reglas secundarias<sup>1</sup>.

Las reglas secundarias son aquellas normas de los ordenamientos jurídicos cuya función es definir cómo identificar, crear, modificar, derogar o aplicar otras reglas (Hart, 1994). En particular, es característico de los ordenamientos jurídicos que, con independencia de la exigencia de determinadas conductas, defina reglas que confieren competencias a las autoridades públicas y a los particulares para realizar determinados actos normativos<sup>2</sup>. Estas reglas están conformadas por a) *el sujeto* (público o privado) a quien se le otorga la potestad o competencia, b) *el procedimiento y las formas* mediante las cuales se ejerce la competencia y c) *el tipo de actos* que pueden ser generados a través del ejercicio de la potestad definida. Estructuralmente, estas reglas presentan la siguiente manera: *El sujeto S, mediante el procedimiento P, es competente para generar los actos normativos N.*

Las reglas primarias, por otro lado, son aquellas que exigen la realización (o no realización) de determinados tipos de acciones. Estas reglas se caracterizan por contener los siguientes elementos: el *contenido de la regla*, esto es una descripción de la clase de acciones humanas regulada por la regla jurídica. El *carácter o calificación deóntica* de la acción regulada, a saber la clasificación de la acción definida como obligatoria o prohibida. Y *los sujetos vinculados*, es decir, los destinatarios de la acción exigida (en otras palabras, la definición de los individuos que deben realizar la conducta exigida, prohibida o facultada por la norma). La estructura de estas reglas puede ser sintetizada así: *el sujeto S debe realizar la acción C.*

En este orden de ideas, mediante las reglas primarias el derecho exige que los individuos realicen determinadas conductas. Debe subrayarse que las exigencias efectuadas en estas reglas son independientes de la existencia de reglas que establecen sanciones. Para explicar esto, veamos el siguiente ejemplo. Una ley tributaria establece que:

---

<sup>1</sup> Para simplificar la exposición (y teniendo en cuenta que no afecta las tesis centrales del trabajo) en este escrito empleamos el término reglas sin entrar en la discusión acerca de la diferencia entre normas y reglas. Por otro lado, la presentación de la estructura de las reglas se basa en Hart (1994), Alchourron y Bulygin (1991), Bulygin (1992) y von Wright (1963).

<sup>2</sup> En la explicación de las reglas secundarias existen diferentes problemáticas que no serán desarrolladas en este trabajo. En todo caso, ni existe discusión sobre el hecho que las reglas de competencia (o reglas que confieren poderes) son un elemento necesario en el funcionamiento de cualquier ordenamiento jurídico. Sobre el particular véase Ferrer (2000); Bulygin (1992), Ateiza y Ruiz Manero (1996), Hart (1994) y Spaak (2003).

- Regla 1: es *deber* de los ciudadanos declarar renta; y
- Regla 2: A quien incumpla el deber de declarar renta le será aplicada una *multa* de 5 salarios mínimos vigentes.

Con el tiempo, el legislador —pensemos que por la presión de algún grupo de interés— decide derogar la regla 2 y establecer la siguiente regla:

- Regla 3: A quien incumpla el deber de declarar renta le será aplicada una pena de *prisión* de 4 a 5 años.

Supongamos ahora que la regla 3 fue declarada inexecutable (expulsada del ordenamiento jurídico) por el tribunal constitucional al considerar que era una sanción desproporcionada. En nuestro caso hipotético, la decisión del tribunal constitucional se limitó a la expulsión de la regla 3 de tal forma que sigue siendo obligatorio declarar renta. Es sencillo observar que el deber jurídico creado en la regla 1 es independiente de las sanciones creadas en las reglas 2 y 3. En efecto, la existencia (y contenido) del deber jurídico no fue modificado a pesar de que la sanción fue derogada, creada una nueva sanción y posteriormente expulsada del ordenamiento jurídico. Además, al ser derogada la regla 2 y al ser declarada inexecutable la regla 3, el ordenamiento jurídico no dispone nada acerca de las sanciones para los casos de incumplimiento de la regla 1, pero esto no significa que declarar renta no sea jurídicamente obligatorio (otro problema es la relación de las sanciones con la eficacia de los deberes<sup>3</sup>).

De acuerdo con esto, por medio de las reglas primarias, las autoridades jurídicas definen los deberes de los individuos. Y por medio de las reglas sancionatorias pretenden motivar a los individuos para que actúen de conformidad con los deberes jurídicos definidos en las reglas primarias. Por ello, las sanciones no son constitutivas del deber jurídico (v. gr. declarar renta) sino que son una herramienta que puede emplear el derecho para motivar a los individuos para que los cumplan. La finalidad de las sanciones (v. gr. la multa o la prisión) es motivar a que las personas actúen de conformidad con los deberes jurídicos. Si -como ocurre en el ejemplo- las autoridades jurídicas exigen que los individuos declaren renta, entonces es posible que establezcan una sanción amenazando a aquellos que pretendan realizar la conducta contraria a la exigida (no declarar).

Ahora bien, como se mencionó, una propiedad fundamental de los ordenamientos jurídicos es su pretensión de autoridad, esto es, que pretende exigir de forma obligatoria determinadas conductas. En la explicación de la autoridad del derecho se debe dar cuenta de la forma en que las exigencias jurídicas se constituyen en

---

<sup>3</sup> Como lo explica Lamond (2001), la tesis de la necesidad de las sanciones vía la eficacia de las normas jurídicas no tiene posibilidad de éxito. En primer lugar, la eficacia no es una propiedad que haga parte del concepto del derecho. Es un presupuesto empírico del derecho, pero no una propiedad que explique su naturaleza. Segundo, la eficacia puede buscarse por otros medios (algunos, incluso, más idóneos) distintos a las sanciones.

una razón para la acción, i.e. la forma en las normas jurídicas son justificaciones de la acción. En estos términos, una teoría de la autoridad del derecho debe ser capaz de ofrecer las razones que justifican seguir las exigencias de las autoridades jurídicas. Y en esta tarea resulta insuficiente dar cuenta de las eventuales amenazas que son generadas por las contingentes reglas que establecen sanciones (Lamond, 2001; Raz, 1990).

En efecto, los ordenamientos jurídicos pueden —de forma contingente— crear sanciones como herramientas para motivar a los individuos para que actúen de conformidad con los deberes jurídicos. Así las cosas, las sanciones, a diferencia de las reglas primarias (i.e. las que establecen deberes) no pretenden constituirse en razones para la justificación de la acción. Explicar la autoridad del derecho supone dar cuenta de la forma en que los deberes jurídicos son capaces de justificar acciones más allá del autointerés del individuo de evitar la imposición de sanciones o conseguir beneficios. Es decir, se debe mostrar en qué sentido si la norma X exige hacer  $\emptyset$ , entonces X es una razón que justifica hacer  $\emptyset$  más allá de las razones auto-interesadas que pueden tener los individuos como consecuencia de la existencia de una sanción (Lamond, 2001).

Las reglas primarias son constitutivas de razones para la acción siempre que su existencia sea una consideración que cuente a favor de la realización de la conducta exigida o como justificación para el reproche de conductas que no lo hacen (Finnis, 2011; Raz, 1990). Las sanciones jurídicas, por su parte, no pretenden generar ese tipo de razones; lo que buscan es motivar a los individuos para que ajusten su comportamiento a lo exigido por las reglas primarias (Lamond, 2010). ¿Qué significa, por tanto, que las sanciones motivan? Para responder esta cuestión, vemos brevemente la diferencia entre una razón justificadora y un motivo. Una razón es justificatoria cuando se constituye en una consideración a favor de una acción determinada. No mojarse es una razón que justifica usar paraguas. Los motivos son consideraciones que hacen parte del conjunto motivacional del individuo, esto es las consideraciones que el individuo, en efecto, tiene en cuenta respecto de cómo actuar. Juan escucha en el radio que lloverá a la tarde y decide llevar paraguas. La creencia en la probabilidad de lluvia es un motivo de Juan para salir con paraguas (Audi, 2004; Raz, 2000; Farrell, 2012).

Al respecto, es necesario resaltar dos cuestiones. Primero, los motivos no son una condición necesaria y suficiente de la acción. Puede ocurrir que Juan piense (y, por tanto, que forme parte de conjunto motivacional) que el paraguas lo protegerá de la lluvia, pero que decida, por ejemplo, llevar un impermeable o simplemente que prefiera mojarse. En este orden de ideas, si la finalidad de las sanciones es constituirse en motivo para la acción, puede ser el caso que el individuo, a pesar de que la sanción forme parte de su conjunto motivacional, decida actuar en contra del deber jurídico (v. gr. no declarar renta).

Segundo, no existe equivalencia entre las razones justificatorias y motivos. Existen razones justificatorias que no motivan y motivos que no justifican. La envidia de Juan respecto de Pedro por el paraguas lo motivó a robárselo. La envidia, por el contrario, no puede justificar esa acción de Juan. Por lo mismo, es conceptualmente posible que en el derecho existan sanciones, y que motiven a actuar, pero que las acciones motivadas no estén justificadas. La justificación de la acción no depende de las sanciones sino de la justificación de los deberes, de tal forma que el propósito de las sanciones es motivar (no justificar) la conducta de los individuos, y en consecuencia son independientes de la cuestión de si la conducta exigida por las reglas primarias se justifica o no.

Las sanciones son una técnica de motivación en el sentido que pretenden ser fuente de motivos para la acción. En particular, las sanciones se proponen motivar a los individuos para que realicen las conductas exigidas por las reglas jurídicas primarias (y, por tanto, son una técnica empleada por el derecho para motivar el cumplimiento de ese tipo de normas). En estos términos, el funcionamiento de las sanciones en el razonamiento práctico de los individuos (i.e. el razonamiento acerca de cómo actuar) depende de que se constituyan en un motivo para la acción de los individuos.

La cuestión que surge consiste en definir justamente cómo afectan las sanciones el razonamiento práctico de los individuos. La respuesta a esta pregunta apunta a la explicación del concepto de coerción, entendida como la *presión* sobre la deliberación práctica que surge como consecuencia de la probabilidad de la imposición de la sanción (Berman, 2002; Stavropoulos, 2009). Según esto, cuando la amenaza definida en la sanción es internalizada por los individuos entonces es posible afirmar que los individuos están coercionados. En términos simples, la coerción surge cuando la amenaza establecida en la sanción logra formar parte del conjunto motivacional de los individuos (Nozick, 1969). En este orden de ideas, las sanciones influyen la deliberación práctica alterando, a través de la coerción, el conjunto motivacional de los individuos, lo que reduce las alternativas y modifica las circunstancias normales de la definición acerca de cómo actuar (Anderson, 2015; Stavropoulos, 2009). Mediante las sanciones, por lo tanto, los ordenamientos jurídicos pretenden motivar a los individuos a actuar de conformidad con los deberes jurídicos, para ello crea amenazas frente a las conductas contrarias a esos deberes.

¿Esto quiere decir que no es posible contemplar sanciones para las reglas secundarias? En estricto sentido, no. Las reglas secundarias establecen las condiciones para la identificación de las normas jurídicas (la regla de reconocimiento) o las condiciones necesarias para que un acto jurídico (i.e. la creación, modificación, derogación o aplicación) sea válido<sup>4</sup>. Así, por ejemplo, las condiciones necesarias para realizar un

---

<sup>4</sup> Sobre el particular véase Bulygin (1992), Atienza y Ruiz-Manero (1996), Hart (1994) y Ferrer-Beltrán (2000).

contrato de compraventa son a) el acuerdo de voluntades, b) la cosa y c) el precio. Si los individuos no cumplen con alguna de estas condiciones la consecuencia es que el acto jurídico que pretendían realizar será nulo. Es decir, la consecuencia jurídica ante el incumplimiento de una regla secundaria es la nulidad del acto.

Sin embargo, al respecto es necesario hacer algunas precisiones. El término nulidad se utiliza en sentido amplio referido a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las condiciones establecidas en las reglas secundarias. Así, el incumplimiento de reglas secundarias puede llevar a nulidades (en estricto sentido), inexistencia, invalidez, etc.

Por otro lado, es posible que en el ordenamiento jurídico se contemplen deberes cuyo contenido incluya la realización de un acto jurídico y, por tanto, el seguimiento de reglas secundarias. Imaginemos que el legislador formula las disposiciones jurídicas D1, D2 y D3. Mediante D1 define las condiciones  $p$  y  $q$  necesarias para la validez del acto  $t$ . D2 establece que es obligatorio para un conjunto de individuos  $i$  realizar los actos  $t$ . D3, por último, establece una sanción para los casos en que los individuos no realicen  $t$ , es decir para aquellos  $i$  que no cumplen la obligación establecida en D1.

No obstante, esto no significa que la sanción sea consecuencia del incumplimiento de la regla secundaria pues, como se ve, es una eventual consecuencia del incumplimiento de la regla formulada en D2. Una sentencia judicial, por ejemplo, es un acto jurídico cuya validez depende del cumplimiento de las condiciones establecidas en reglas secundarias (vr. gr. competencia, procedimiento, motivación y formalidades específicas). Si los jueces no cumplen con tales condiciones sus sentencias serán nulas. Pero además de ello, los ordenamientos jurídicos contemplan el deber de que los jueces resuelvan, mediante sentencias, los casos sometidos a su competencia. Por lo tanto, en relación con las sentencias es posible diferenciar entre a) las reglas secundarias que definen las condiciones de validez de las sentencias y b) las reglas primarias que establecen el deber de los jueces de proferir sentencias. Deber, que incluso, puede justificar la creación de sanciones penales (vr. gr. el prevaricato) o disciplinarias.

Puede ocurrir también que el contenido de una regla sancionatoria corresponda a una propiedad que hace parte de una regla secundaria. Pensemos que el legislador formula las siguientes disposiciones jurídicas:

- D4 establece las condiciones  $p, q, r$  para la validez de un acto jurídico "A".
- D5 establece el deber de hacer  $\emptyset$ .
- D6, por último, establece la sanción para motivar el cumplimiento de la regla formulada en D5, y dentro de ellas establece que la propiedad  $z$  que afecta las propiedades definidas en D4



D6, además de formular una sanción, está definiendo una propiedad adicional que formará parte de las reglas secundarias del ordenamiento jurídico. Supongamos que "A" se refiere a un contrato con el Estado y que, para ello, D4 establece las siguientes condiciones de validez: ser una persona capaz (*p*), perfeccionar un acuerdo de voluntades (*q*) y reunir las condiciones establecidas en los términos de condiciones (*r*).

Por otra parte, D5 establece el deber de los ciudadanos colombianos de declarar renta y, de ser el caso, de pagar los impuestos respectivos. Por último, D6 establece como sanción, para motivar el cumplimiento del deber establecido en D5, una multa y que quienes sean sancionados no podrán celebrar contratos con el Estado. Esto quiere decir que D5 estableció como sanción una propiedad que se adiciona a las establecidas en D4, de tal forma que a las condiciones *p*, *q*, *r* para realizar el acto jurídico (contrato con el Estado) se adicionó una nueva condición: no haber sido sancionado por no declarar renta o por no pagar los impuestos respectivos.

Es cierto que los ordenamientos jurídicos planteen relaciones complejas entre reglas primarias y secundarias, y entre sanciones y nulidades. Pero ello no quiere decir que existan casos de reglas que son secundarias y primarias al mismo tiempo, ni que las nulidades se puedan reducir a un tipo especial de sanciones. Lo que ocurre es que el contenido de las reglas secundarias se puede formular en distintas disposiciones jurídicas (como es el caso de D4 y D6) y una sola disposición jurídica puede formular distintas reglas e incluso distintos tipos de reglas (como es el caso de D6, en la cual una consecuencia lógica de la sanción es la creación de una condición que formará parte de una regla secundaria).

Por último, debemos subrayar que las sanciones y las nulidades tienen una naturaleza distinta y no se puede reducir la explicación de las nulidades a la afirmación de que constituyen un tipo de sanción. Las nulidades son la consecuencia de no observar las condiciones establecidas en las reglas de competencia. Estas reglas, se reitera, no prescriben conductas, sino que definen las condiciones que posibilitan la creación de actos normativos (sentencias, leyes, contratos, etc.). Las nulidades, por tanto, no son la consecuencia de incumplir una prohibición o de actuar en contra de una obligación, sino la consecuencia de no haber seguido ciertos parámetros o requisitos anteriormente establecidos por una regla secundaria.

En este punto es posible señalar una diferencia fundamental entre las nulidades y sanciones<sup>5</sup>. Las sanciones son la consecuencia contingente (es decir, el ordenamiento jurídico las puede o no establecer) del incumplimiento de las reglas primarias. Las nulidades (en sentido amplio) son la consecuencia necesaria del incumplimiento de las reglas de competencia. En otras palabras, en el caso de las

---

<sup>5</sup> Este asunto ha sido analizado con ocasión de la regla de precedente en el derecho administrativo colombiano en Pulido y Barreto (2019).

reglas primarias es posible separar la regla que establece el deber de la sanción (y, de hecho, la primera subsiste aun cuando no exista la segunda). Por el contrario, en el caso de las reglas secundarias no es posible separar la nulidad del contenido de la regla. En el caso de las reglas primarias tiene sentido afirmar que la conducta es obligatoria (vr. gr. declarar renta) aun cuando no exista sanción (vr. gr. si fue declarada inexecutable). Por el contrario, no tiene sentido establecer los requisitos para la celebración de un contrato de compraventa (acuerdo, cosa y preciso), si en todo caso ese acto jurídico es válido si no se respetan esos requisitos.

En suma, es conceptualmente posible una regla primaria sin sanción y conceptualmente imposible una regla de competencia sin nulidad. Es decir, a diferencia de la relación entre reglas prescriptivas y sanciones (que, como vimos, es contingente y justificatoria), la relación entre reglas secundarias y nulidades es conceptual y necesaria. El incumplimiento de una regla de competencia lleva necesariamente a la nulidad (en sentido amplio) de los actos que ella misma posibilita.

Las sanciones pretenden, como vimos, motivar (mediante la amenaza de un castigo) el cumplimiento de acciones que, en todo caso, son obligatorias. Las reglas secundarias, por el contrario, no exigen conductas sino que posibilitan la realización de actos jurídicos. Si no se cumplen estas reglas entonces el acto jurídico será nulo, pero no por ello se puede concluir que se está castigando a una persona. Pensemos, por ejemplo, que para realizar un contrato de compraventa se deba ser mayor de edad. Nicolás, un niño de 10 años, decide entregar un libro a Martín en contraprestación de \$ 5.000. Este acto, en tanto incumple una condición establecida en una regla secundaria (ser mayor de edad) es nulo. Sin embargo, no es posible sostener que se esté castigando a Nicolás, ni que el propósito de la regla secundaria -y su correlativa nulidad- sea el de motivar una conducta mediante amenazas, más bien obedece a la intención de proteger al individuo.

## **El régimen de las inhabilidades e incompatibilidades en el marco general del conflicto de intereses**

En las siguientes líneas abordaremos el problema de la naturaleza jurídica de las inhabilidades e incompatibilidades. Las inhabilidades e incompatibilidades son en primera medida condiciones que establece el ordenamiento jurídico para la realización de determinados actos (por ejemplo, contratos con el Estado). En particular, las inhabilidades e incompatibilidades son afectaciones a la capacidad de los individuos para la validez de actos jurídicos (y en ese sentido, las inhabilidades e incompatibilidades son parte del contenido de las reglas secundarias). Sin embargo, como se concluyó al final del apartado anterior, las reglas que establecen sanciones pueden definir propiedades que modifican condiciones establecidas en las reglas secundarias. En particular, es posible que la creación de inhabilidades e

incompatibilidades esté ligada a la creación de sanciones. Por ello, explicaremos que existen dos formas de implementar legislativamente las inhabilidades e incompatibilidades: 1) su regulación como reglas para la limitación a la capacidad de realizar determinados actos jurídicos y 2) su incorporación en el contenido de reglas jurídicas sancionatorias.

### **Las inhabilidades e incompatibilidades como limitaciones a la capacidad**

Las reglas secundarias establecen las condiciones necesarias para la creación, modificación, derogación y aplicación de actos jurídicos. En materia contractual del Estado, una de tales condiciones es la capacidad para contratar. En efecto, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 señala que “pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y las uniones temporales...”. A estas personas, la Constitución Política sumó las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (artículo 355 de la C.P. y Decreto 092 de 2017) y la Ley incluyó además las promesas de sociedad futura (Ley 1508 de 2012). Esta sería la regla de capacidad en asuntos de contratación pública; la excepción son aquellos que se encuentran incurso en una causal de inhabilidad e incompatibilidad, esto es, están limitados por la Constitución o la Ley para presentar ofertas o celebrar contratos con entidades públicas.

La Corte Constitucional resalta esta característica así:

Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. (Corte Constitucional, 1996)<sup>6</sup>

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha dicho:

Las normas jurídicas referentes a las inhabilidades y a las incompatibilidades consagran impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de las cuales a los sujetos mencionados en tales normas se les limita la capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado. Este tipo de normas tienen por objeto preservar

---

<sup>6</sup> Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte Constitucional (2013).

valores superiores tales como la moralidad administrativa y la igualdad.  
(Consejo de Estado, 2011)

Así las cosas, las inhabilidades e incompatibilidades establecen una limitación a la capacidad para contratar en tanto restringen la posibilidad de que una persona o un ente autorizado por la Constitución o la Ley para hacerlo, puedan presentarse o celebrar contratos con alguna o algunas entidades públicas.

Veamos ahora algunos ejemplos de la historia legislativa y constitucional en Colombia que muestran las características de las inhabilidades e incompatibilidades como limitan la capacidad de las personas.

El artículo 110 de la Constitución Política de 1886 señalaba que “los Senadores y Representantes no pueden hacer por sí, ni por interpuesta persona, contrato alguno con la administración, ni admitir de nadie poder para gestionar negocios que tengan relación con el Gobierno de Colombia”. En el artículo 40 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912) se establecía como causales de limitación a la capacidad además de aquellas reconocidas por el derecho privado, “los deudores morosos del Tesoro” y “los que anteriormente hubieren faltado al cumplimiento de contratos con el Estado”. Tanta relación tiene la norma con la capacidad que habilitó a las “mujeres casadas” a presentar ofertas, “cuando se vaya a contratar obras o servicios propios de su sexo, y comprueben tener la autorización competente”.

Luego, encontramos el artículo 59 de la Ley 167 de 1941 que limitaba a los Magistrados de los Tribunales a “celebrar contrato alguno, directa ni indirectamente, con entidades de carácter oficial” y el artículo 4 de la Ley 4 de 1964 que limitó la capacidad para contratos de administración delegada. Siguiendo este enfoque, el capítulo II del Decreto 150 de 1976 se denominó “*capacidad para contratar*” y allí desarrolló lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades; esquema que después habría de seguir el Decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993. Sobre las inhabilidades, el decreto diferenció en dos artículos, el 7° y el 8°. En el primero mencionó cinco hipótesis iniciales y en el segundo “*de otros casos de inhabilidades*” enlistó cinco causales más. Con la misma lógica que luego iba a aplicar en el Decreto 222 de 1983, pero no la Ley 80 de 1983; el Decreto 150 de 1976 señaló de forma separada en el artículo 9 las causales de incompatibilidad, así:

[N]o podrán celebrar los contratos previstos en este Estatuto:

1°. Los empleados públicos y trabajadores oficiales, Esta prohibición se extiende por todo el año siguiente a la fecha de su retiro, si se trata de la celebración de convenios con la entidad en la cual prestaron sus servicios o con organismos del sector administrativo al que la misma pertenece.

2º Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de organismos descentralizados, mientras conserven tal carácter y un año después de su retiro con la entidad a cual prestan o prestaron sus servicios o con las que hagan parte del sector administrativo al que ésta pertenece.

Las personas a que se refiere el presente artículo no podrán en ningún momento contratar sobre asuntos o negocios de los cuales conocieron durante el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, en cuanto a la validez del contrato estatal y la repercusión de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el artículo 189 del Decreto 150 de 1976, reprodujo la siguiente causal de nulidad absoluta: “Cuando se celebren por funcionarios que carezcan de competencia para ello o por alguna de las personas señaladas en los artículos 7º, 8º y 9º de este Estatuto”. Por otra parte, el artículo 5 de la Ley 19 de 1982 señalaba:

En el desarrollo de la autonomía de los Departamentos y Municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; para las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades.

En el título II del Decreto 222 de 1983<sup>7</sup> denominado “*capacidad para contratar*”, se enunciaron de forma diferenciada causales de inhabilidad e incompatibilidad para celebrar contratos. El artículo 8 de esa norma incorporó las primeras seis hipótesis de inhabilidad, agregó una más a las recogidas en el Decreto 150 de 1976, la última relacionada con pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, así: “No podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona con las entidades a que se refiere este estatuto: ...”, algunas todavía vigentes en la actualidad, “1. Quienes se hallen inhabilitados para ello por la Constitución o las leyes, 2. Quienes por hechos de que fueron responsables dieron lugar a la declaración de caducidad por parte de cualquier entidad pública, 3. Quienes con anterioridad hubieren celebrado contratos estando inhabilitados para ello..., 6. Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas; esta inhabilidad se extenderá por el mismo término de dicha sanción”, entre otras. El párrafo del propio artículo 8 señaló el siguiente efecto: “Las inhabilidades a que se refieren los numerales 2 y 3, se extenderán por cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la resolución de caducidad o de la firma del contrato; la señalada en el numeral 6 se contara a partir de la fecha de la sentencia definitiva”.

---

<sup>7</sup> Derogado parcialmente por la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el artículo 9 del mismo Decreto 222 de 1983 formuló cuatro nuevas causales que denominó “*otros casos de inhabilidad*”, entre ellas:

1. Quienes hayan tenido el carácter de empleado oficial o miembro de la Junta o Consejo Directivo de la entidad contratante. Esta inhabilidad tendrá vigencia durante un año contado a partir de la fecha del retiro y, en cuanto al empleado oficial, se entiende respecto de aquellos que desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor y ejecutivo tal como se describen en los artículos 4o., 5o. y 6o. del Decreto 1042 de 1978 o normas que lo modifiquen o adicionen, 2. El cónyuge, compañero o compañera Permanente y los parientes de los empleados oficiales y de los miembros de la Junta o Consejo Directivo de la entidad contratante, 3. Las sociedades en que los empleados oficiales o miembros de la Junta o Consejo Directivo de la entidad contratante tengan participación *en el capital social o desempeñen cargo de dirección o manejo...*

En cuanto a las incompatibilidades, estas tuvieron tratamiento diferenciado en el decreto en mención; el artículo 10 del Decreto 222 de 1983 señaló tres a diferencia del Decreto 150 de 1976, incluyó la primera, precisó la segunda y la tercera en cuanto a su ámbito de aplicación y duración, así:

[N]o podrán celebrar contratos con las entidades a que se refiere este estatuto, por sí o por Interpuesta persona: 1. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 11 de 1973, los Senadores y Representantes principales desde el momento de su elección y hasta cuando cese su investidura y los suplentes que hayan ejercido el cargo. Esta incompatibilidad se extenderá durante el período constitucional respectivo; en caso de renuncia se mantendrá por un (1) año después de su aceptación si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período, 2. Los empleados oficiales, 3. Los miembros de las juntas o consejos directivos o asesores de organismos descentralizados mientras conserven tal carácter.

Frente a la validez del contrato estatal, el artículo 78 de la norma mencionada, señalaba como causal de nulidad absoluta “a. Cuando se celebren con personas afectadas por causa de inhabilidades o incompatibilidades según este estatuto”.

En lo general, la Ley 80 de 1993 siguió una estructura similar a la norma anterior, fue con posterioridad a la entrada en vigencia del estatuto general de contratación que se observa ese giro sancionatorio a figuras del derecho administrativo, predicable también al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

### **Las inhabilidades e incompatibilidades como estrategia sancionatoria**

Los ejemplos anteriores muestran que las inhabilidades e incompatibilidades en contratación estatal son antes que nada limitaciones a la capacidad para contratar.

En estos términos, las inhabilidades forman parte de las reglas secundarias que deben cumplirse para la validez de los contratos estatales. Sin embargo, la historia legislativa reciente muestra que las inhabilidades e incompatibilidades son empleadas, además, como estrategia sancionatoria.

Existen diferentes causas de este giro sancionatorio, entre ellas, instrucciones provenientes de organismos internacionales para radicalizar la lucha anticorrupción y la tendencia neopunitiva de gran impacto en nuestro medio (Barreto, 2017). De hecho, las recientes regulaciones en la materia son un ejemplo de como el legislador colombiano las concibe como un mecanismo sancionatorio<sup>8</sup>. Para resaltar algunos ejemplos de las corrientes en mención<sup>9</sup>, el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 atribuye elementos punitivos propios del derecho penal al procedimiento sancionatorio administrativo, así:

El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdos anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

Por otra parte, el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011, reformado por el artículo 31 de la ley 1778 de 2016 establece que están inhabilitados para contratar con la administración:

[l]as personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a

---

<sup>8</sup> Sobre el particular véase la exposición de motivos del proyecto de ley de Cámara número 159 de 2014 “por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”

<sup>9</sup> Para no desenchajar metodológicamente el escrito con citas extensas, basta con agregar que hay varias causales que tienen similar orientación, como los artículos 2, 27 y 90 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, entre otros.

sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

En la exposición de motivos del proyecto de ley de Cámara número 159 de 2014 que se conoció como la Ley 1778 de 2016, el Gobierno Nacional como autor de la iniciativa justificó la utilización del derecho administrativo y sus figuras por encima del derecho penal de la siguiente forma:

De este modo y ante la rapidez, diligencia y el régimen probatorio del derecho administrativo en Colombia, el Gobierno nacional propone optar por una responsabilidad administrativa que imponga multas y sanciones proporcionales y disuasivas. La decisión de no optar en este momento por el establecimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas no obedece a la supuesta imposibilidad teórica o jurídica de hacerlo, sino a la complejidad de reformas que ello supondría; en el ámbito procesal.

Cuando el proyecto se refiere a sanciones proporcionales y disuasivas se refiere a la inhabilidad para contratar con la Administración del artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, que enlista dentro de las “sanciones” a imponer por la Superintendencia de Sociedades la “[i]nhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años”. Sin embargo, la tendencia de enfocar las inhabilidades desde un punto de vista sancionatorio no es novedosa. De tiempo atrás se puede observar que el Congreso vía facultad reformativa a la Constitución Política, expidió el Acto Legislativo 1 de 2009 y allí señaló:

[S]in perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán (...) celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, 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.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Esta regla impide de forma indefinida la posibilidad de celebrar contratos con el Estado a las personas incurso en los hechos allí señalados. Lo que supone la existencia de una sanción perpetua, situación que ha sido negada por la teoría constitucional y penal. Si la inhabilidad fuera entendida como una limitación a la capacidad, podría ser permanente si las razones que dieron lugar a la incapacidad nunca se superan, como podría ser el caso de una persona sordomuda que no



se da a entender por ningún medio, o un disipador o pródigo que no superó su condición.

En la actualidad, la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente promueve el reemplazo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública por uno nuevo que denomina de “prohibiciones y conflictos de interés” (Agencia de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, 2016); allí se puede analizar a donde se ha llegado con la dirección sancionatoria que tomó el régimen (Barreto, 2017).

## Conclusiones

Los ordenamientos jurídicos están conformados por reglas primarias y secundarias. Las primarias se caracterizan por ordenar o exigir determinadas conductas (vr. gr. los ciudadanos deben declarar renta). Las secundarias, por otro lado, se caracterizan por conferir potestades (o competencias) públicas o privadas necesarias para constituir actos jurídicos (en el caso de los contratantes, por ejemplo, se establece que deben ser mayores de edad). Las autoridades jurídicas pueden, además, establecer sanciones como consecuencia del incumplimiento de las normas prescriptivas (por ejemplo, una multa por no declarar renta). Por el contrario, la consecuencia jurídica ante el incumplimiento de una regla secundaria es la nulidad (en sentido amplio) de los actos jurídicos.

Así las cosas, las sanciones son la consecuencia contingente (es decir, el ordenamiento jurídico las puede o no establecer) del incumplimiento de las reglas primarias. Las nulidades (en sentido amplio) son la consecuencia necesaria del incumplimiento de las reglas secundarias. Sin embargo, las relaciones entre las reglas primarias y secundarias son complejas de tal forma que es posible que 1) en el ordenamiento jurídico se contemplen deberes cuyo contenido incluye la realización de un acto jurídico y, por tanto, el seguimiento de reglas secundarias, y 2) el contenido de una regla sancionatoria corresponda a una propiedad que hace parte de una regla secundaria.

En este escenario se insertarían las inhabilidades e incompatibilidades como reglas secundarias para la definición de la capacidad para celebrar contratos. Sin embargo, el régimen actual de inhabilidades e incompatibilidades en el derecho de la compra pública en Colombia se ha implementado –además– como un instrumento de carácter sancionatorio.

## Referencias bibliográficas

- Alchourron, C. & Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Vienna/New York: Springer.
- Agencia de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. (2016). *Proyecto de reforma al régimen de compra pública*. Recuperado de [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documentos/20160620articulado.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620articulado.pdf).
- Anderson, S. (2015). Coercion. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Retrieved from <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/coercion/>.
- Atienza, M. y Ruiz-Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Audi, R. (2004). Reasons, practical reason, and practical reasoning. *Ratio an International Journal of Analytic Philosophy*, 17: 119-149. DOI: 10.1111/j.1467-9329.2004.00243.x
- Austin, J. (1995). *The province of jurisprudence determined*. UK: Cambridge University Press.
- Barreto-Moreno, A. (2017). Del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al de prohibiciones y conflictos de interés en la contratación estatal, un proyecto de reforma con objetivos sancionatorios. *Revista de Derecho*, (47). Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/8204/9760>
- Berman, M (2002). The normative function of coercion claims. *Legal Theory*, 8 (1). 45-89. Recuperado de <https://doi.org/10.1017/S1352325202081028>
- Bulygin, E. (1992). On Norms of Competence. *Law & Philosophy*, 11, 201-216.
- Consejo de Estado. (2016), sección tercera, subsección A, sentencia febrero 10 de 2011, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, exp. 16306. Actor: Consorcio Distrimundo.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C- 489 de 1996, septiembre 26 de 1996, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-434 de 2013, julio 10 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Farrell, M. (2012). *Entre el Derecho y la Moral*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ferrer-Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights (2ª ed)*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. (1994). *The Concept of LAW (2a. ed.)* (P. Bulloch y J. Raz, ed.). Oxford: Clarendon Press.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho (14a. ed.)* (R. Vernengo, trad.). México: Editorial Porrúa.
- Lamond, G. (2001). Coercion and the Nature of Law - *Legal Theory* (2001) 7. 35-57. Retrieved from [http://journals.cambridge.org/abstract\\_S1352325201071026](http://journals.cambridge.org/abstract_S1352325201071026)
- Lamond, G. (2010). En Patterson, D (Ed) *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory (Second edition)*. UK: Blackwell Publishing. 642-653.
- Marmor, A. & Sarch, A. (2015). "The Nature of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Retrieved from <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/>
- Medina, M. y Nieto, M. (2017). *El derecho administrativo sancionador en Colombia*. Bogotá, Legis, 2017.
- Nieto-García, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Nino, C. (1984). *Introducción al análisis del derecho (2a. ed.)*. Buenos Aires: Astrea.
- Nozick, R (1969). "Coercion". In S. Morgenbesser, P. Suppes & M. White (eds.), *Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel* New York: St. Martin's Press.

- Ossa-Bocanegra, C. (2015). Análisis económico de las sanciones administrativas en el derecho de la competencia y el consumo. *Revista Derecho del Estado*, (35), 151-179. Recuperado de <https://doi.org/10.18601/01229893.n35.06>
- Pulido, F. & Barreto, A. (2019). *La regla de precedente en el derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Temis y Universidad de La Sabana.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Schauer, F. (2009). *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, Harvard University Press.
- Schauer, F. (2015). *The Force of the Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Spaak, T. (2003). Norms that Confer Competence. *Ratio Juris* 16 (1), 89-104.
- Stavropoulos, N. (2009). The Relevance of Coercion: Some Preliminaries. *Ratio Juris* (2009) 22. 339-358. DOI: 10.1111/j.1467-9337.2009.00429.x. Recuperado de <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9337.2009.00429.x/full>
- Von Wright, G. (1963). *Norm and Action*. London: Routledge.