

Bogotá D. C., 5 de febrero de 2021

Honorable Magistrada
CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Corte Constitucional
E. S. D.

REFERENCIA: expediente D-14045.

ASUNTO: Demanda de inconstitucionalidad contra el literal e) del artículo 1 de la Ley 2003 de 2019, “[p]or la cual se modifica parcialmente la Ley 5 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

Mauricio Ariel Albarracín Caballero, Diana Guarnizo Peralta, Maryluz Barragán González, Paula Alejandra Angarita Tovar y Jesús David Medina Carreño, identificadas(os) como aparece al pie de nuestras firmas, respectivamente subdirector, investigadoras e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), presentamos la siguiente intervención ciudadana en el marco del proceso de la referencia, en el cual se analiza la constitucionalidad del literal 5) del artículo del artículo 1 de la Ley 2003 de 2019.

Dejusticia es un centro de estudios jurídicos y sociales dedicado al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la promoción de los derechos humanos en Colombia y en el Sur Global. Nuestro objetivo es la promoción de la justicia social a través de estudios sociojurídicos y propuestas de política pública. Asimismo, adelantamos campañas de incidencia en foros académicos y de opinión pública, litigios de interés público e impartimos programas educativos y de formación. Dentro de las líneas de acción de la organización está la defensa de la transparencia y la moralidad en la gestión de lo público, para lo cual adelantamos labores de veeduría y acción ciudadana.

Esta intervención tiene como objetivo incorporar al análisis de constitucionalidad elementos relacionados con la importancia de los regímenes de conflictos de interés para la democracia, la prevalencia del interés general sobre el particular y el ejercicio de la función pública, al igual que exponer la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado relevante al respecto. Con este fin, dividimos el documento en tres partes.

En la primera parte, caracterizamos los regímenes de financiación política y conflicto de interés en el derecho comparado. Al respecto, señalamos que estos nacieron con la finalidad de promover valores democráticos, entre los que están el bien común, la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas, y evitar prácticas políticas dañinas

como la corrupción, la influencia indebida de intereses privados en las decisiones políticas y el abuso de poder. En esta parte también ejemplificamos la manera en que algunos intereses privados, como los de las industrias de bebidas azucaradas y tabacalera, han interferido en la consecución de medidas legislativas a favor de bienes colectivos, particularmente, la salud pública. Por esto, resulta necesario garantizar un régimen de conflicto de intereses integral, ajustado a la realidad del contexto nacional y fundamentado en principios de raigambre constitucional.

En la segunda parte, describimos el régimen de conflicto de intereses a partir de los precedentes judiciales en la materia desarrollados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Aquí resaltamos sus características y los principios constitucionales en los que se sustenta, entre estos, la prevalencia del interés general, la justicia y el bien común, el principio democrático, la separación de poderes y la moralidad pública. Igualmente, subrayamos la necesidad de mantener la indeterminación jurídica de su configuración, es decir, el hecho de que su definición permita realizar juicios valorativos caso a caso y no a partir de reglas generales. Bajo esta perspectiva, consideramos que no es factible excluir de eventuales conflictos de interés la participación de los congresistas en medidas legislativas que involucren los intereses de los financiadores de campañas. Finalmente, subrayamos la necesidad de seguir la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre las características del régimen de conflicto de interés, en particular, el precedente sentado en la sentencia C-1056 de 2012.

Por último, cerramos la intervención señalando algunas cuestiones que, por su gravedad, consideramos que deben ser objeto de atención especial por parte de la Corte. En primer lugar, la afectación de valores y principios constitucionales que se genera con un régimen de conflicto de interés que excluye, de entrada y por regla general, a los financiadores de campañas. En segundo lugar, la obstrucción de las discusiones públicas entorno a estos potenciales conflictos de interés y la posibilidad de perseguir actuaciones antidemocráticas por medio de la acción de pérdida de investidura. Por último, que por esta vía no solo se vean afectados elementos axiales de la Constitución Política, sino también el equilibrio de poderes y los mecanismos de reforma constitucional.

I. REGÍMENES DE FINANCIACIÓN POLÍTICA Y CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL DERECHO COMPARADO

Para nadie es un secreto que el dinero con el que se financian campañas electorales, sea de origen público o privado, es un componente necesario en cualquier democracia, en tanto que permite la participación, la puesta en marcha de campañas y la representación política. Sin embargo, factores como el incremento del número de partidos políticos, la mayor afluencia del dinero privado para financiar campañas y el surgimiento de candidaturas independientes han puesto a prueba a las autoridades electorales al momento de fiscalizar los ingresos y gastos de las campañas. Por esta razón, la manera en la cual se financia *la política* en las democracias es un elemento trascendental para la

gestión de lo público, la búsqueda del interés general y el debido comportamiento de quienes ocupan cargos de elección popular.

La importancia de las reglas de financiación política se constata en la base de datos de financiamiento político del *International Institute For Democracy and Electoral Assistance* (IDEA), donde casi todos los 180 países incluidos en la base de datos cuentan con algún tipo de regulación de financiamiento político con respecto al origen público o privado de los ingresos, los gastos, los informes sobre el manejo de los recursos, y los mecanismos de supervisión y sanciones¹. De allí que sea simple colegir que la normatividad relacionada con el financiamiento de partidos políticos y campañas electorales es fundamental en la mayoría de países del mundo².

Muchos de estos países han dado prioridad a la creación de políticas y estrategias de lucha contra la corrupción y financiamiento político en aras de promover una cultura más amplia de integridad en las instituciones públicas y privadas. En América Latina se destaca el marco regulatorio establecido por Uruguay, que creó el primer fondo político público del mundo en 1928, décadas antes de que lo hicieran en Europa occidental y América del Norte³.

En Europa, Alemania estableció un régimen que permite el financiamiento político a partir de dineros de origen público y privado. Son dos los objetivos de las normas que rigen el financiamiento de los partidos en este país: primero, poder garantizar el acceso igualitario al mercado electoral, y segundo, evitar que determinados donantes ejerzan una influencia indebida en la formulación de políticas⁴. Francia, por su parte, estableció un sistema de financiamiento político mixto, en el cual únicamente las personas naturales pueden hacer donaciones a partidos o agrupaciones políticas y no está permitido que personas jurídicas, con excepción de los partidos o agrupaciones políticas, participen en el financiamiento de la campaña electoral de un candidato o contribuyan al financiamiento de partidos o agrupaciones políticas⁵.

El sistema electoral de Estados Unidos de Norteamérica desde 1907, por medio del *Tillman Act*, prohibió las contribuciones monetarias de las corporaciones a las campañas políticas⁶. Sin embargo, una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 2003, concretamente en el caso *Citizens United v. FEC*⁷, marcó una nueva tendencia dentro de

¹Agrawal, Yukihiko Hamada and Khushbu. 2019. «Political Finance Reforms How to respond to today's policy challenges? .» *IDEA International*. Último acceso: 1 de febrero de 2021. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/political-finance-reforms.pdf>

² Ibídem.

³ Ibídem.

⁴Pulzer, Peter. 2016. «El Financiamiento Político en Alemania.» *Reforma del Estado* 90-136.

⁵International (IDEA). (2020, January). *Institute For Democracy and Electoral Assistance*. Retrieved from: <https://www.idea.int/data-tools/country-view/86/55>

⁶International (IDEA). (2020, January). *Institute For Democracy and Electoral Assistance*. Retrieved from: <https://www.idea.int/data-tools/country-view/295/55>

⁷ *Citizens United v. FEC*. 2003. (The Supreme Court of The United States of America). <https://www.fec.gov/updates/citizens-united-v-fecsupreme-court/>

la interpretación de la primera enmienda⁸, pues permitió a las corporaciones apoyar con recursos propios a los candidatos o partidos políticos a través de pautas publicitarias. La Corte Suprema sostuvo que, en razón del principio de libertad de expresión, los gastos corporativos independientes a campañas electorales no pueden estar limitados, pues se entienden como parte de este principio. Por su lado, el sistema de financiamiento político de Canadá permite únicamente las donaciones privadas por parte de personas naturales canadienses, con un límite de contribuciones que no excedan \$1,500 CAD en total en cualquier año calendario⁹.

Además del caso uruguayo referenciado arriba, en América Latina la mayoría de los Estados establecieron sistemas mixtos de financiación política, donde está permitido tanto el financiamiento público como las donaciones privadas, solo que con algunas diferencias en el tipo de financiación privada que se recibe. México, por ejemplo, únicamente permite donaciones de personas naturales a partidos políticos o candidatos con determinados límites¹⁰. Por su parte, Argentina permite que el sector privado haga donaciones a través de personas naturales o jurídicas a los partidos políticos, pero no a los candidatos, porque las postulaciones de candidaturas individuales o independientes no están permitidas¹¹. Finalmente, Chile estipula la posibilidad de financiamiento privado, ya sea a partidos políticos como a campañas electorales, por medio de personas naturales con determinados límites¹².

Un caso especial es el de Brasil, país que hasta el año 2016 permitía la donación tanto de personas naturales como de corporaciones a partidos políticos y candidatos con un límite de contribución igual al 2% de los ingresos brutos obtenidos en el año anterior a la elección¹³. Sin embargo, una sentencia del Supremo Tribunal Federal¹⁴ determinó inconstitucional el aporte de personas jurídicas a los partidos políticos y las campañas electorales, bajo el argumento de que en la actualidad existe una excesiva penetración del poder económico en los procesos políticos, situación que estaba comprometiendo el

⁸La Primera Enmienda garantiza las libertades de religión, expresión, reunión y el derecho de petición. Prohíbe al Congreso tanto promover una religión sobre otras como restringir las prácticas religiosas de un individuo. Garantiza la libertad de expresión al prohibir al Congreso restringir la prensa o el derecho de las personas a hablar libremente. También garantiza el derecho de los ciudadanos a reunirse pacíficamente y presentar peticiones a su gobierno.

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”. Retrieved from: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment

⁹International (IDEA). (2020, January). *Institute For Democracy and Electoral Assistance*. Retrieved from: <https://www.idea.int/data-tools/country-view/74/55>

¹⁰International (IDEA). (2020, January). *Institute For Democracy and Electoral Assistance*. Retrieved from: <https://www.idea.int/data-tools/country-view/220/55>

¹¹International (IDEA). (2020, January). *Institute For Democracy and Electoral Assistance*. Retrieved from: <https://www.idea.int/data-tools/country-view/51/55>

¹²International (IDEA). (2020, January). *Institute For Democracy and Electoral Assistance*. Retrieved from: <https://www.idea.int/data-tools/country-view/79/55>

¹³International (IDEA). (2020, January). *Institute For Democracy and Electoral Assistance*. Retrieved from: <https://www.idea.int/data-tools/country-view/68/55>

¹⁴*Acción Directa de Inconstitucionalidad 4.650 Distrito Federal*. 2015. ADI 4650 (Supremo Tribunal Federal, 17 de Septiembre).

estado ideal de las cosas. A pesar de dicha decisión, un estudio de *Parlametria* en 2019¹⁵ logró determinar que el 90% de los diputados federales electos recibieron alguna donación de socios comerciales de corporaciones en la campaña electoral de 2018. Entre los sectores que mayores donaciones realizaron se encuentran el de comercialización de productos y construcción¹⁶.

Si bien la corrupción adopta diversas formas¹⁷ (como el soborno, el abuso de recursos públicos, la evasión fiscal, el blanqueo de capitales y el fraude contable), la financiación política controlada de manera inadecuada es uno de los puntos de entrada más explotados por los intereses privados para influir indebidamente en las decisiones políticas¹⁸. Precisamente, Transparencia Internacional define la corrupción como “*el abuso del poder encomendado para el beneficio propio*”¹⁹, resaltando la importancia del interés privado. Es por ello que, incluso asumiendo que el financiamiento privado de la política es permitido por diversos sistemas constitucionales, los Estados deben estructurar un marco jurídico que logre evidenciar los intereses que puedan afectar la decisión de un funcionario, de manera que este se abstenga de participar en el ámbito de la decisión y se eviten los costos políticos de una decisión influida por intereses particulares y no por el interés general.

La respuesta al conflicto de intereses en el derecho comparado se debate entre mecanismos de *self restraint* (autocompositivos) interparlamentarios o *externalizados* (heterocompositivos). Los primeros son aquellos que se resuelven únicamente en sede parlamentaria o legislativa y que dependen del cumplimiento del deber de transparencia por parte de los funcionarios en declarar cuando están frente un conflicto de intereses. Los segundos son aquellos que se resuelven través de comités independientes o por medio de su *judicialización*²⁰ con posterioridad a la externalidad del conflicto por parte del parlamentario²¹. Independiente de lo anterior, la regulación de los conflictos de interés por medio reformas legislativas ha sido el camino seguido por la mayoría de los

¹⁵Parlametria. 2019. «Participação de Sócios de Empresas no Financiamento de Campanhas em 2018.» 04 de Diciembre. <https://parlametria.org/relatorios/2019/11/setores-economicos-na-campanha-2018#mais-de-90-dos-deputados-receberam-doacoes-de-empresarios>.

¹⁶ Ibídem

¹⁷Ángel, Maria Paula y Newman Pont, Vivian. 2017. *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política*. Bogotá D.C: Fedesarrollo.

¹⁸Hamada, Rossana Andía and Yukihiro. 2019. «International IDEA.» *The Integrity of Political Finance Systems in Latin America: Tackling Political Corruption*. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/integrity-of-political-finance-systems-in-latin-america.pdf>.

¹⁹Transparencia por Colombia. n.d. *Centro de Asesoría Legal Anticorrupción*. Accessed febrero 5, 2021. <https://transparenciacolombia.org.co/2019/08/27/corrupcion/>.

²⁰La judicialización es entendida como el análisis de los hechos que dan lugar a un conflicto de interés realizado por un tercero neutral, que es conocido como oficial, para que defina si el funcionario se encuentra inmerso en un conflicto de interés y debe abstenerse de participar en determinado asunto de interés público. Rico, Catalina Ruiz. Junio, 2018. "El conflicto de intereses en el Parlamento." *Revista Catalana de Dret Públic* 177-197.

²¹Rico, Catalina Ruiz. Junio, 2018. "El conflicto de intereses en el Parlamento." *Revista Catalana de Dret Públic* 177-197.

países para lograr el fortalecimiento de las autoridades representativas y por ende disminuir la vulnerabilidad de los legisladores o parlamentarios.

Fue Gran Bretaña uno de los primeros países donde se reguló por primera vez el conflicto de intereses²². En 1974, la Cámara de los Comunes expidió una resolución que estableció la obligación de los miembros de este organismo de revelar cualquier interés pecuniario “*relevante o beneficio de cualquier naturaleza, sea directo o indirecto que pueda tener en cualquier debate o procedimiento ante la Cámara o sus Comités, o en las conversaciones de un miembro con otros, con ministros o con servidores de la Corona*”²³. Para ello dispuso de un registro de intereses de los miembros, el cual debería estar a disposición del público.

Por su parte, el Código de Conducta de los Diputados al Parlamento Europeo, en su artículo 3, reconoce la existencia de un conflicto de interés cuando un diputado tiene un interés personal que puede influir de manera inadecuada en el cumplimiento de sus deberes²⁴. Conforme a esta directriz, se regula no solo el conflicto real sino también potencial y aparente de intereses, incluida la posibilidad de influencia indebida y su percepción interna y externa como tal. En Francia, no se determinó una legislación específica sobre conflictos de intereses en el Parlamento²⁵; la actuación de los parlamentarios se encuentra constreñida a una serie de incompatibilidades a nivel constitucional y en la legislación propia del Parlamento, tanto en la Asamblea Nacional como en el Senado.

En Alemania se expidió en 1967 la Ley Orgánica de Partidos Políticos, que exige a los partidos declarar públicamente sus ingresos y las donaciones privadas que correspondan aproximadamente a US \$11.000²⁶. Lo anterior, con la finalidad de proteger el anonimato de los pequeños donantes, revelando únicamente la identidad de aquellos cuyas contribuciones podrían influir en decisiones políticas. En ese mismo sentido, el artículo 44 del Código de Conducta de los Miembros del *Bundestag* (Parlamento Alemán) regula la declaración y publicación de hechos que puedan implicar un interés en el ejercicio de dicho mandato. La normatividad posibilita el acceso a la información pública al ámbito

²² Cedillo, Silvia Chavarría. 2011. "Conflicto de intereses y corrupción política en el Poder Legislativo." *Pluralidad y Consenso* 56-61.

²³ *ibidem*.

²⁴ Parlamento Europeo. n.d. Accessed febrero 4, 2021. https://www.europarl.europa.eu/pdf/meps/201305_Code_of_conduct_ES.pdf.

Código de conducta de los diputados al Parlamento Europeo en materia de intereses económicos y conflictos de intereses. “**Artículo 3. Conflictos de intereses.** 1. Existirá conflicto de intereses cuando un diputado al Parlamento Europeo tenga un interés personal que pueda influir de manera inadecuada en el cumplimiento de sus deberes como diputado. No existirá conflicto de intereses cuando un diputado obtenga un beneficio únicamente por pertenecer al conjunto de la población o a una categoría amplia de personas // 2. Todo diputado que crea encontrarse ante un conflicto de intereses adoptará de inmediato todas las medidas necesarias para resolverlo de conformidad con los principios y disposiciones del presente Código de conducta. Si no puede resolverlo, deberá notificar esta circunstancia por escrito al Presidente. En caso de duda, el diputado podrá pedir consejo con carácter confidencial al Comité Consultivo sobre la Conducta de los Diputados previsto en el artículo 7.”

²⁵ Rico, Catalina Ruiz. Junio, 2018. "El conflicto de intereses en el Parlamento." *Revista Catalana de Dret Públic* 177-197.

²⁶ Pulzer, Peter. 2016. «El Financiamiento Político en Alemania.» *Reforma del Estado* 90-136.

parlamentario y que los ciudadanos puedan conocer los intereses de los parlamentarios, así como su independencia en el ejercicio del mandato.

Canadá enmarca los conflictos parlamentarios en dos normas: *Conflict of Interest Code for Senators*²⁷ y *Conflict of Interest Code for Members of the House of Commons*²⁸. Estas regulaciones, que rigen desde el 2005, operan como verdaderos códigos de conducta y tienen como objetivo evitar conflictos reales o aparentes y mejorar la confianza y la integridad de cada miembro del parlamento. Este modelo se encuentra basado en un sistema heterocompositivo, que permite que en aquellos casos en que alguno de los parlamentarios se encuentre inmerso en una causal que pueda dar a un conflicto de interés, se analice a través de la oficina de ética. De igual forma, plantea la posibilidad de que en aquellos casos en que un parlamentario considere que otro miembro del Senado o la Cámara no ha hecho una declaración de interés privado como lo indica la norma, puede plantear el asunto para discusión ante el Oficial de Ética del Senado.

Los países de América Latina se han caracterizado por establecer un marco normativo en torno a los conflictos de interés y la transparencia *self restraint* o autocompositivo. Tal es el caso de países como México²⁹, Argentina³⁰ y Chile³¹, que mediante sus legislaciones imponen el deber de informar a los representantes parlamentarios de los asuntos en los que tengan intereses o puedan obtener beneficios personales, excusarse de participar en la promoción, gestión, recomendación y discusión de los mismos, y abstenerse de realizar actos que sean incompatibles con la función que desempeñan.

El caso de Brasil presenta una particularidad a pesar de que su regulación de los conflictos de interés de los senadores y diputados se basa en los mecanismos de autocomposición mediante el deber de abstención³². Allí se consagró dentro de las conductas que atentan contra el decoro parlamentario y resultan punibles: “*Informar asunto sometido a la apreciación de la Cámara de Diputados, de interés específico de persona física o jurídica que haya contribuido al financiamiento de su campaña electoral*”³³ (traducción propia al español).

El contexto expuesto anteriormente muestra que las reglas en torno al financiamiento político y los regímenes de conflictos de interés, junto con sus mecanismos de

²⁷Senate of Canada. n.d. *Parliament of Canada*. Accessed febrero 4, 2021. <https://sencanada.ca/en/committees/conf/contact/43-1>.

²⁸House of Commons Canada. n.d. *Parliament Of Canada*. Accessed febrero 4, 2021. <https://www.ourcommons.ca/about/standingorders/appa1-e.htm>.

²⁹Artículo 8.VI y VII del Reglamento de la Cámara de Diputados de México.

³⁰Artículo 15 y 16 de la Ley de Ética Pública de Argentina

³¹Artículo 25 de la Ley Orgánica del Congreso Nacional de Chile y el art. 7.h del Código de Conducta Parlamentario Chileno

³² Artículo 306 del Reglamento Interno del Senado y Artículo 108 del Reglamento Interno de la Cámara de Diputados de Brasil

³³ Artículo 5 del Reglamento de la Cámara de Diputados de Brasil: “Atentam, ainda, contra o decoro parlamentar as seguintes condutas, puníveis na forma deste Código *relatar matéria submetida à apreciação da Câmara dos Deputados, de interesse específico de pessoa física ou jurídica que tenha contribuído para o financiamento de sua campanha eleitoral*”.

implementación, son un pilar fundamental en el desarrollo de las democracias. Mediante ellas se busca salvaguardar y promover el interés general sobre el particular y evitar la influencia indebida de intereses privados en las decisiones políticas. Sin embargo, los países se enfrentan a distintos desafíos a la hora de fiscalizar los intereses que se esconden tras los dineros de origen privado que entran en la *arena política*, un espacio que debería estar determinado por la justicia y el bien común³⁴. En vista de esta situación, que pone en riesgo las finalidades del poder público en las democracias, traemos a colación dos casos que muestran la interferencia de la industria en medidas legislativas destinadas a promover la salud pública, particularmente, a través del desincentivo del consumo de bebidas azucaradas y cigarrillos. Con esto queremos dar cuenta de la necesidad de garantizar un régimen de conflicto de intereses consciente del poder de interferencia de las corporaciones en las agendas legislativas y fundamentado en principios de raigambre constitucional.

Interferencia de la industria en medidas legislativas dirigidas a promover la salud pública: los casos de las bebidas azucaradas y los cigarrillos

En Colombia, durante la legislatura de 2016, se conoció a través de medios de prensas que grupo de lobistas pertenecientes a la industria de alimentos influenciaron los votos de ciertos parlamentarios con la finalidad de conseguir el archivo de una propuesta que pretendía imponer un impuesto a las bebidas azucaradas como una medida de salud pública³⁵. Para ello, se valieron de argumentos como que la industria de bebidas azucaradas no es la única responsable de la problemática de obesidad y que la medida resultaba regresiva, en tanto sería la ruina para los pequeños tenderos de barrio y afectaría a las personas de rentas más bajas³⁶.

Un informe de la Liga contra el Silencio³⁷ dio a conocer que la industria de alimentos y sus empresas afines aportaron donaciones privadas en las elecciones de 2018 (tanto a Cámara de Representantes como a Senado de la República) a cuatro de los principales partidos políticos del país. El financiamiento privado que se realizó en todos los casos superó el 20% del total de los gastos de campaña reportados a la Registraduría Nacional

³⁴Un reportaje de la revista The Economist presentó que en los países de América Latina un pequeño grupo de empresas privadas acumula la mayor parte del efectivo en la campaña política, con la excepción quizá de Uruguay y Costa Rica. The Americas section. 2017. "How Latin America deals with campaign finance." *The Economist*. <https://www.economist.com/the-americas/2017/03/02/how-latin-america-deals-with-campaign-finance>. Para conocer el informe periodístico, visitar el siguiente enlace: <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/lobby-azucar/>

³⁵ Cabe resaltar que el impuesto a las bebidas azucaradas es una medida recomendada por la OMS, en tanto que está asociada con el desincentivo de su consumo. Puesto que el excesivo consumo de este alimento está relacionado no solo con el sobrepeso y la obesidad, sino también con otras enfermedades crónicas no transmisibles que implican altos costos para el sistema de salud pública.

³⁶Díaz-GarcíaJ., Valencia-Agudelo. D., Carmona-GarcésI. C., & González-ZapataL. I. (2020). Grupos de interés e impuesto al consumo de bebidas azucaradas en Colombia. *Lecturas De Economía*, (93), 155-187. <https://doi.org/10.17533/udea.le.n93a338783>

³⁷ Para conocer el informe, visitar el siguiente enlace: <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/lobby-azucar/>

del Estado Civil, y provino de las mismas empresas que enviaron lobistas al Congreso para movilizar el rechazo al impuesto de las bebidas azucaradas³⁸.

Diferentes fuentes han demostrado la influencia y el poder de la industria de bebidas azucaradas para bloquear procesos de agenda pública que van en contra de sus intereses en distintos países de América Latina, tales como Brasil³⁹, México⁴⁰ y Chile⁴¹. Un denominador común en estos casos es la capacidad de la industria para influir en las medidas legislativas que buscan salvaguardar el interés público cuando ellas van en contra de sus pretensiones económicas y de mercado.

La industria tabacalera ha recorrido el mismo camino desde hace más de medio siglo para preservar sus intereses económicos y aplazar medidas regulatorias. Por ejemplo, en Costa Rica el poder del sector privado en la regulación llegó a tal punto que representantes de la industria lograron influenciar proyectos de control de tabaco y otras legislaciones⁴² y obtener como resultado la no aprobación de la Ley 11.545/92, que pretendía crear lugares de trabajo 100% libres de humo y eliminar la publicidad del tabaco. Con todo, la influencia de la industria cambió para 1995, cuando se promulgó una ley que permitió la designación de áreas para fumadores en lugares públicos y en el trabajo y adoptó reglas sobre restricciones publicitarias del tabaco⁴³.

Paralelamente, la interferencia de los intereses de la industria tabacalera en la regulación de las leyes de control del tabaco como en la expedición de normativas para la implementación del Convenio Marco para el Control de Tabaco se ha evidenciado en México⁴⁴ y Ecuador⁴⁵. Este sector de la industria ha adelantado distintas estrategias para frenar la inclusión de un etiquetado de advertencia en los paquetes de cigarrillos y la imposición de impuestos. Como en el caso de las bebidas azucaradas, la industria tabacalera ha contrapuesto sus intereses particulares a la evidencia científica que demuestra que el consumo de tabaco está directamente ligado al desarrollo de cáncer de

³⁸ Mialon M, Gaitan Charry DA, Cediel G, Crosbie E, Scagliusi FB, Perez Tamayo EM. 'I had never seen so many lobbyists': food industry political practices during the development of a new nutrition front-of-pack labelling system in Colombia. *Public Health Nutr.* 2020 Aug 21;1-9. doi: 10.1017/S1368980020002268.

³⁹ Mialon M, Khandpur N, Amaral Laís M, Bortoletto Martins AP. Arguments used by trade associations during the early development of a new front-of-pack nutrition labelling system in Brazil. *Public Health Nutr.* 2020 Oct 13;1-9. doi: 10.1017/S1368980020003596. Epub ahead of print. PMID: 33046169.

⁴⁰ Ojeda, E., Torres, C., Carriedo, Á. *et al.* The influence of the sugar-sweetened beverage industry on public policies in Mexico. *Int J Public Health* 65, 1037–1044 (2020). <https://doi.org/10.1007/s00038-020-01414-2>

⁴¹ Mialon, M., Corvalan, C., Cediel, G. *et al.* Food industry political practices in Chile: "the economy has always been the main concern". *Global Health* 16, 107 (2020). <https://doi.org/10.1186/s12992-020-00638-4>

⁴² OPS, OMS. Interferencia de la industria tabacalera. Un resumen mundial. 2012. <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/NTD-brochure-spa.PDF>

⁴³ Crosbie E, Sebríé EM, Glantz SA. Tobacco industry success in Costa Rica: The importance of FCTC Article 5.3. *salud publica mex.* 2012;54(1):28-38.

⁴⁴ Alcántara, Alejandro Madrazo Lajous y Angela Guerrero. 2012. «Estrategias de la industria tabacalera en México para interferir en las políticas de control del tabaco.» *Salud Pública en México* 315-322.

⁴⁵ Albuja S, Daynard RA. The Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) and the adoption of domestic tobacco control policies: the Ecuadorian experience. *Tob Control.* 2009 Feb;18(1):18-21. doi: 10.1136/tc.2008.026385. Epub 2008 Oct 20. PMID: 18936054.

pulmón y otras enfermedades respiratorias, que implican altos costos para el sistema de salud.

Estos casos muestran algunos de los problemas en torno a la interferencia de la industria y los regímenes de conflictos de interés en la agenda legislativa. El flujo no regulado de dinero en la política puede afectar negativamente la integridad de los procesos e instituciones políticas y poner en riesgo la toma de decisiones destinadas a proteger bienes colectivos, como la salud pública⁴⁶, si no se establece un marco general que integre la financiación de partidos políticos y elecciones, lobby y conflictos de intereses. A continuación, ahondamos en esto último.

Los conflictos de intereses como parte de una política integral

En efecto, el dinero es importante para el funcionamiento de los sistemas democráticos, especialmente en lo relacionado con los partidos políticos y el juego electoral. Pero estos elementos de la democracia se protegen de mejor manera cuando el financiamiento se acompaña de sólidas estrategias de transparencia. Por tal motivo, deben existir mecanismos idóneos para su correcta fiscalización, los cuales se deben adecuar al contexto sociopolítico de cada país. Lo anterior, porque la falta de transparencia puede afectar gravemente la legitimidad de los procesos electorales, las instituciones democráticas y las decisiones políticas.

En general, los países de América Latina regulan el financiamiento político. Sin embargo, una revisión detallada realizada por la OCDE⁴⁷ demostró que las disposiciones existentes en la mayoría de los casos son dispersas, ambiguas e incluso contradictorias. Esta situación contrasta con la base de datos de financiamiento político de IDEA Internacional, que muestra que el 61% de los países de la región latinoamericana tienen altos niveles de regulación en materia de financiamiento político en comparación con los países de Europa occidental, donde el 38% de los países cuenta con niveles bajos de regulación del financiamiento político y sólo un 29% tiene altos niveles de regulación en la materia. De estos datos se induce que las reglas en torno al financiamiento político pueden llegar a ser ineficaces si existen de forma aislada y no integran un marco general sobre la gestión de los conflictos de intereses y el lobby.

La incorporación de políticas integrales que aborden eficazmente los riesgos de la financiación de partidos y elecciones sigue siendo, no obstante, un desafío. Otro informe de la OCDE⁴⁸ demostró que, por un lado, menos de la mitad de los países de la

⁴⁶Cuestión Pública. s.f. «Salud con Lupa.» *Los trucos del lobby de la salud en Colombia*. Último acceso: 2 de febrero de 2021. <https://saludconlupa.com/series/la-salud-en-la-mesa-del-poder/los-trucos-del-lobby-de-la-salud-en-colombia/>.

⁴⁷ OCDE. 2019. *La Integridad Pública en América Latina y el Caribe 2018-2019*. OCDE.

⁴⁸ OECD (2016). *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249455-en>

organización han actuado para establecer o endurecer los estándares del lobby legislativo. Y que, por otro lado, si bien los países han adoptado reglas que permiten divulgar los intereses privados de los responsables de la toma de decisiones para gestionar situaciones de conflicto de intereses e identificar flujos financieros sospechosos en el ejercicio legislativo, la verificación y auditoría de los formularios de divulgación no se practican estrictamente.

En el segundo punto de esta intervención, exponemos los precedentes jurisprudenciales relevantes sobre los conflictos de intereses que debe tener en cuenta la Corte Constitucional en su análisis.

II. SOBRE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO

Los conflictos de interés en la gestión de lo público, especialmente en el ejercicio de los cargos de elección y representación popular, es un tema de profunda relevancia en el ordenamiento constitucional, pues está ligado a principios como la *prevalencia del interés general*, la *justicia y el bien común*, el *principio democrático*, la *separación de poderes*, la *moralidad pública*, entre otros. En vista de la trascendencia de esta institución, que ha sido considerada como “*un eje definitorio de la identidad de la actual carta política (sic)*”⁴⁹, el constituyente estableció el deber de los congresistas de “*poner en conocimiento de su respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración*” (art. 182), la sanción de pérdida de investidura para aquellos que violen tal régimen (art. 183.1), y el principio que “*ningún tipo de financiación privada podrá tener fines antidemocráticos o atentatorios del orden público*” (art. 109). En esta sección explicaremos los rasgos generales de los conflictos de intereses a luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Como se anotó, el régimen de conflicto de intereses está ligado con varios principios constitucionales. En primer lugar, con el principio democrático porque garantiza que las decisiones públicas sean adoptadas en interés del pueblo, que, de acuerdo con el artículo 3° constitucional, es el titular de la soberanía y el origen del poder público. En segundo lugar, con el principio de prevalencia del interés general porque con él se busca que las decisiones públicas no persigan la satisfacción de beneficios particulares. En tercer lugar, con la justicia y el bien común porque estos valores son parámetros que deben guiar la actuación de los servidores públicos. En cuarto lugar, con el principio democrático de la financiación política porque con él se busca que los dineros que entren a los partidos y las elecciones no atenten contra el orden público ni vulneren los pilares del Estado social de derecho. Finalmente, con el principio de separación de poderes porque a través de este se pretende evitar la concentración del poder, que las decisiones públicas no recaigan en unos mismos sujetos, así como, garantizar el control entre los

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1056 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

servidores públicos con el objeto de “*promover, potenciar y llevar a plenitud los valores democráticos*”⁵⁰.

En la jurisprudencia constitucional se destacan especialmente dos providencias sobre el régimen de conflicto de intereses: la sentencia C-1040 de 2005⁵¹ y la sentencia C-1056 de 2012⁵². En la primera, que resolvió una acción de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 02 de 2004⁵³, la Corte definió el régimen de conflicto de interés siguiendo los parámetros fijados por el Consejo de Estado al respecto. Señaló, en primer lugar, que este régimen busca proteger el cargo de congresista, ya que el Congreso es el máximo órgano de representación popular y tiene como marco de conducta la justicia y el bien común. Por esta razón, los y las congresistas deben ceder sus intereses privados, personales o familiares frente al interés general, tal como se deriva del artículo 133 de la Constitución⁵⁴. Con base en esta precisión, la Corte entró a definir los conflictos de intereses como una situación que afecta la participación, deliberación y votación del congresista en una medida legislativa y que se configura ante la presencia de cuatro circunstancias: i) la participación del congresista en el procedimiento legislativo o en el ejercicio de los mecanismo de control; ii) la existencia, cierta y demostrada, de que las deliberaciones, votación y aprobación de una determinada ley se derivan beneficios morales o económicos para el congresista, sus familiares o sus socios, en los grados predeterminados legalmente; iii) un beneficio que no pueda ser catalogado como general sino de carácter particular, directo e inmediato; y iv) la intención de beneficiar a sus familiares, a sus socios o a sí mismo.

Con respecto a la circunstancia iii), señaló la Corte que se trata de un beneficio **directo** cuando el provecho del congresista, sus familiares o socios se deriva de los extremos de una relación que se plantea frente a la participación, deliberación y voto de una medida legislativa en particular. Por su parte, se trata de un beneficio **particular** cuando se genera un beneficio o provecho específico y personal para el congresista o para quienes de acuerdo con la ley se encuentran relacionados con él. Por último, se trata de un beneficio **inmediato** cuando el beneficio no depende de sucesos o hechos imprevisibles frente a los cuales no es posible establecer un cierto grado de convicción o evidencia fáctica sobre su futura ocurrencia.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ MM. PS. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

⁵² M. P. Nilson Pinilla Pinilla. A través de esta acción se buscaba

⁵³ Vale recordar que mediante dicho acto legislativo se permitió la reelección presidencial inmediata. La actora de la demanda sostuvo que dicha modificación, al igual que una que facultaba al Consejo de Estado expedir supletoriamente una ley estatutaria relacionada con los derechos de la oposición, de las minorías políticas, la intervención en política, entre otros temas, sustituía la Constitución. La Corte Constitucional en la sentencia C-1010 de 2005 declaró inexecutable este último apartado y declaró constitucional la modificación relacionada con la reelección presidencial inmediata.

⁵⁴ El artículo 133 de la Constitución sostiene lo siguiente: “*Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura*”.

Si bien en la sentencia C-1040 de 2005 la Corte reconoció la excepcionalidad de la procedencia de los conflictos de intereses en el trámite de actos legislativos, debido a la naturaleza abstracta de las reformas constitucionales, no cerró del todo la posibilidad de su ocurrencia. Esta situación, es decir, la posible ocurrencia de un conflicto de interés en el trámite de actos legislativos, es el tema central de la sentencia C-1056 de 2012.

En la sentencia C-1056 de 2012, la Corte resolvió una demanda contra el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2011, y sostuvo que excluir automáticamente los conflictos de intereses y su sanción en el caso de la participación y votación de proyectos de actos legislativos vulneraba varios elementos identitarios, esenciales, permanentes y absolutos de la Constitución Política. Entre otros: el principio democrático, la prevalencia del interés general, la justicia y el bien común, la moralidad pública, el control de los electores sobre los elegidos (por medio de la alteración de la acción de pérdida de investidura), y las reglas sobre la manera de aprobar reformas constitucionales (por cuanto se elimina la necesidad de considerar y discutir los conflictos de intereses que se pudiesen presentar).

Como conclusión, la Corte declaró que excluir la aplicación del régimen de conflicto de intereses en la participación y debate de actos legislativo conduce a tres consecuencias: i) que no se garantice la sanción de estos conflictos, lo que configura un comportamiento grave contrario a los principios constitucionales y sus mandatos; ii) que se desvirtúe e inutilice la institución de la pérdida de investidura, que funge como un mecanismo para la depuración de la costumbres políticas contaminantes dentro del marco axiológico de la Constitución; y iii) que se permita la fácil expedición de otros actos legislativos por medio de los cuales se pueda lesionar la separación de poderes y desmontar e inutilizar varias instituciones de la Constitución.

Además del precedente fijado por la Corte en desarrollo de análisis abstractos de constitucionalidad, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha señalado que el conflicto de interés es un **concepto jurídico indeterminado**. Esta característica, valga decirlo, no es para nada menor y repercute tanto en el entendimiento del artículo 182 constitucional⁵⁵ como en su desarrollo legal, contenido en la norma aquí demandada. Para el Consejo de Estado, la indeterminación de los conflictos de intereses implica que cada situación deba ser analizada en concreto mediante un ejercicio interpretativo de las circunstancias morales o económicas que impiden la participación de un congresista en un caso particular. De allí que *“no es pertinente inferir reglas generales cuando se trata de conflicto de interés”*. En palabras de este tribunal:

⁵⁵ Valga recordar que el artículo 182 constitucional establece lo siguiente: *“Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones”*.

“Las normas constitucionales y legales no pueden precisar in extenso las situaciones que impliquen un conflicto de intereses, porque se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo cual implica que el ejercicio hermenéutico de las situaciones de carácter moral o económico que puedan inhibir a un congresista de participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración, deberá observar las coordenadas de la realidad o las circunstancias que rigen cada caso concreto (...).

Los conceptos jurídicos indeterminados incorporan nociones de la experiencia o de la razón práctica, técnicos o económicos y valores morales, que implican un juicio valorativo, el cual deberá realizar, en primer lugar, el propio congresista y así informar oportunamente sobre el conflicto de intereses -art. 182 superior-. Si no lo hace, debiéndolo hacer, podrá ser recusado y finalmente, como control externo e imparcial, será el juez de la pérdida de investidura el que decida en forma definitiva si el conflicto de intereses, en el caso concreto, es fundamento suficiente de la desinvestidura solicitada”⁵⁶ (negritas nuestras).

En resumen, con base en la jurisprudencia resaltada se puede decir que el régimen de conflicto de interés tiene como base varios principios constitucionales, entre los cuales está la *prevalencia del interés general*, la *justicia y el bien común*, el *principio democrático*, la *separación de poderes*, y la *moralidad pública*. Por eso, las modificaciones que recaigan sobre tal régimen deben analizarse a la luz de los elementos axiales de nuestro ordenamiento jurídico que podrían verse alterados.

En términos concretos, los conflictos de intereses se configuran a la luz de cuatro circunstancias, dos de carácter objetivo y dos de carácter subjetivo. Las circunstancias de carácter objetivo son: la participación del congresista en un procedimiento legislativo o en el ejercicio de los mecanismos de control, y la existencia de beneficios morales o económicos para el congresista, sus familiares o sus socios (entre los que se encuentran, entre otros, los financiadores de campañas) derivados de su participación en las medidas legislativas. Las circunstancias de carácter subjetivo son: un beneficio que no sea extensible a la generalidad de la población, sino que sea de carácter particular, directo e inmediato, y la intención de que este beneficio esté dirigido a sus familiares, sus socios (incluidos los financiadores de campañas) o a sí mismo. Además, existe un beneficio directo cuando el provecho se deriva de la participación en la medida legislativa en concreto; particular, cuando este beneficio se genera a favor del congresista o para quienes están relacionados con él; e inmediato, cuando el beneficio no depende del azar ni de hechos inciertos, por lo cual debe ser factible y convincente su ocurrencia. Para finalizar, los conflictos de intereses se caracterizan por su indeterminación jurídica, pues estos deben ser analizados caso a caso, a la luz de las circunstancias que se configuran en un momento en concreto, y a partir de un juicio

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Primera. Sentencia de primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00089-01(PI). C. P. Oswaldo Giral López.

valorativo, bien sea interno (del propio congresista) o externo (a través de otros congresistas o jueces).

III. CONCLUSIÓN

El monto y origen de los dineros que financian campañas, los conflictos de intereses de quienes ocupan cargos de elección popular y la formas de resolverlos son asuntos importantes para las democracias. Allí se juega la prevalencia del interés general, la transparencia de la gestión pública y la moralidad de quienes ocupan cargos de representación política. Es por ello que distintos países han empeñado esfuerzos por construir regulaciones que se adecuen a sus contextos y eviten la intromisión de intereses subjetivos, privados o egoístas en la administración del Estado.

En esta oportunidad, la Corte debe adelantar un análisis abstracto de constitucionalidad sobre uno de los apartes de la Ley 2003 de 2019, por medio de la cual se modifica el régimen de conflicto de intereses establecido en la Ley 5ª de 1992 y que, consideramos, resulta contrario a principios constitucionales tales como la *prevalencia del interés general*, la *justicia y el bien común*, el *principio democrático*, la *separación de poderes* y la *moralidad pública*. En el desarrollo de esta tarea la Corte no solo debe considerar la importancia de dicha institución en el marco del conjunto de elementos y valores de la Constitución. Además, debe analizar la eficacia práctica de las modificaciones introducidas y el papel que fungen a la hora de garantizar la prevalencia del interés general, el bien común y la democracia. Esta última labor implica cotejar la reforma con los precedentes sentados por su jurisprudencia y la del Consejo de Estado, las cuales han resaltado que el conflicto de interés se trata de una clara pugna entre los intereses propios de la función pública y su mandato y los particulares del funcionario, sus familiares o sus socios⁵⁷. Las palabras del Consejo de Estado resultan bastante dicientes al respecto:

“[El conflicto de interés] se trata de una especialísima situación donde el interés privado rivaliza de manera incompatible con el general, evento en el cual se actualiza y concreta en cabeza de la (o el) congresista la prohibición de tomar parte en un asunto del que pueda desprenderse un beneficio para sí o para terceros vinculados a él, dada la flagrante trasgresión a las reglas de transparencia e imparcialidad que gobiernan la deliberación democrática en el foro legislativo y el desconocimiento del primado del interés general, lo que, a la postre, perturba el proceso de toma de decisiones”⁵⁸.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de noviembre de 2017. C.P. César Palomino Cortés. Expediente radicación: 11001-03-25-000-2005-00068-00(IJ). Citada en sentencia del 2 de abril de 2019. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala 18 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 11001-03-15-000-2018-04626-00.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión 6, sentencia de 16 de julio de 2019, proceso 2019-02830-00, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Aparte de esto, la Corte debe hacer frente a las características que, por vía jurisprudencial, se han fijado sobre el régimen de intereses, particularmente, su indeterminación jurídica. Como ha sostenido el Consejo de Estado al respecto, la indeterminación jurídica no hace “*pertinente*” derivar reglas generales sobre su ausencia o presencia. El hecho de establecer que “*para todos los efectos se entiende que no hay conflicto de interés*”, y señalar además algunas circunstancias que ejemplifican dicha calificación, tal como lo hace el artículo 1° de la Ley 2003, cercena la posibilidad de que estas situaciones sean discutidas en el Congreso, recusadas o perseguidas mediante la acción de pérdida de investidura. Aún más, en vista de lo fijado en el literal e) de dicha norma, relativa a la financiación de campañas políticas, hace estéril cualquier esfuerzo público por discutir y sancionar la entrada de intereses privados, particulares y que no aporten al interés general en las tareas desempeñadas por los congresistas.

Finalmente, quizá una de las consecuencias más graves de una determinación jurídica estricta sobre lo que no configura un conflicto de interés sea su impacto en el equilibrio de poderes y la modificación de los mecanismos de reforma constitucional, como fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1056 de 2012⁵⁹, que declaró inconstitucional el Acto Legislativo 1 de 2011 por excluir los conflictos de intereses en el debate y votación de actos legislativos. El hecho de que se excluya dentro del régimen de conflicto de interés la participación, discusión y voto de los congresistas en proyectos de ley o actos legislativos que versen sobre quienes fueron financiadores de su campaña, permite que estos intereses particulares puedan transformar el andamiaje constitucional del Estado, por medio de la entrada de finalidades ajenas al bien común, y hacer más expedito el trámite legislativo sin la oportunidad de dar discusiones de interés público. La configuración normativa demandada viola la Constitución, particularmente, la *prevalencia del interés general*, la *justicia y el bien común*, el *principio democrático*, la *separación de poderes*, la *moralidad pública* y la *prohibición de la financiación privada de campañas políticas con fines antidemocráticos*.

Para notificaciones: al correo electrónico notificaciones@dejusticia.org

Cordialmente,

MAURICIO A. ALBARRACÍN CABALLERO DIANA GUARNIZO PERALTA

MARILUZ BARRAGÁN GONZÁLEZ

PAULA ALEJANDRA ANGARITA TOVAR

JESÚS DAVID MEDINA CARREÑO

⁵⁹ M. P. Nilson Pinilla Pinilla.