

C-101-18

Sentencia C-101/18

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Finalidad/ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Principio pro actione

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargo concreto, específico y directo

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Exigencias argumentativas/CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Efectos de la cosa juzgada constitucional

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Obligatoriedad/SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Efectos erga omnes

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Función negativa y positiva/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Criterios para determinar su existencia

COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL-Diferencias

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efecto de la cosa juzgada material

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD-Efectos de la cosa juzgada material

COSA JUZGADA ABSOLUTA Y COSA JUZGADA RELATIVA-Conceptos

COSA JUZGADA APARENTE-Configuración

COSA JUZGADA RELATIVA IMPLICITA-Configuración

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA-Finalidad

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA-Alcance/PARTICIPACION CIUDADANA

PRINCIPIO DE PARTICIPACION DEMOCRATICA-Importancia

DERECHOS POLITICOS-Titularidad/DERECHOS POLITICOS-Clasificación

Esta Corte ha expresado que los derechos políticos pueden clasificarse de múltiples formas; en el caso particular de la participación, aquellos pueden ser: i) de participación directa (iniciativa legislativa, referendos, entre otros); ii) de acceso a la función pública; y iii) derecho al sufragio, tanto en su dimensión activa como pasiva

DERECHO DE PARTICIPACION EN EL PODER POLITICO-Conformación, ejercicio y control

PRINCIPIO DEMOCRATICO-Universalidad/PRINCIPIO DEMOCRATICO-Expansión

DERECHO DE PARTICIPACION-Ámbito internacional

DERECHOS POLITICOS-Naturaleza fundamental

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Alcance

DERECHO A LA PARTICIPACION POLITICA-Fundamental

FUNCION PUBLICA-Finalidad

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ACCESO AL EJERCICIO DE FUNCION PUBLICA-Alcance respecto de requisitos y condiciones

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Equilibrios entre dos principios de la función pública

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN INHABILIDADES-Límites

INHABILIDADES-Concepto

REGIMEN DE INHABILIDADES-Limitante para el acceso a cargos públicos

INHABILIDADES-Jurisprudencia del Consejo de Estado

INHABILIDADES-Tipos

La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado distintos tipos de inhabilidades, pues aquellas pueden ser: i) generales, porque operan para toda clase de servidores públicos; ii) específicas, ya que fueron establecidas para una determinada rama del poder, entidad, o cargo; iii) temporales, en el sentido de que tienen límite en el tiempo; iv) permanentes; v) absolutas; y, vi) relativas, entre otras[140].De igual manera, en razón a su naturaleza y finalidad, la Corte ha manifestado que en el ordenamiento jurídico se han previsto dos grandes clases de inhabilidades.

INHABILIDADES RELACIONADAS CON POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO-Áreas de aplicación/INHABILIDADES SIN CONNOTACION SANCIONATORIA-Objeto

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN INHABILIDADES-Jurisprudencia constitucional

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Noción/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter vinculante de la normatividad constitucional

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO LATO-Distinción

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Función integradora y función interpretativa

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS-Derechos fundamentales

[E]l SIDH es la expresión no solo de un compromiso internacional asumido por los Estados parte, sino que se erige como la manifestación de su voluntad de cooperación para mejorar la garantía de los derechos humanos en la región. Por tal razón, las interacciones derivadas del nuevo esquema de fuentes normativas se tornan complejas y, en la práctica, los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales deben atender ese tipo de hipótesis, cada una en el ámbito de sus competencias, con la finalidad de maximizar la protección de los derechos fundamentales.

CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Interacción con ordenamiento jurídico interno

[L]a CADH y los ordenamientos jurídicos internos conforman un conjunto normativo cuyas piezas interactúan para establecer y condicionar el ejercicio del poder político, sin que estén jerárquicamente ordenadas. Es decir, no existe una relación jerárquica entre los sistemas jurídicos que se relacionan en un mismo ámbito espacial, puesto que cada ordenamiento es reconocido como válido sin que ninguno pretenda convertirse en fuente de validez del otro.

DERECHO INTERNACIONAL-Constitucionalización

CORTE CONSTITUCIONAL-Función

[E]l trabajo del Tribunal constitucional no gravita en torno a la defensa del concepto original de los textos superiores legados por los constituyentes fundadores, ni por la salvaguardia de la reconstrucción y supervivencia orgánica de los mismos. Su tarea recae en la reflexión sobre todos los principios reafirmados por el pueblo para usarlos como pesos y contrapesos a las pretensiones políticas del día. Es decir, se trata de una pretensión organicista de diálogo dinámico entre generaciones que ofrezca como resultado una evaluación realista de la vida democrática contemporánea y de los nuevos contextos constitucionales que reflejan las dinámicas cambiantes de la sociedad.

DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACION-Definición

DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACION-Jurisprudencia

DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACION-Condicionamientos

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Finalidad de las disposiciones que lo integran

CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Derechos políticos

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Naturaleza

GESTION FISCAL-Vigilancia

CONTROL FISCAL POR CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Creación constitucional

CONTROL FISCAL-Características

La Corte ha señalado que el modelo de control fiscal consagrado en la Constitución de 1991

se caracteriza por marcar una transformación radical en relación con el anterior (con un enfoque previo y preceptivo), para consolidarse bajo un esquema de “carácter posterior, selectivo, amplio e integral”, que opera mediante la complementariedad de los mecanismos externos e internos de seguimiento a la actividad fiscal. El primero lo ejerce la Contraloría General de la República junto con las contralorías territoriales y, el segundo, cada entidad pública en consonancia con los parámetros y lineamientos de aquella entidad nacional

CONTROL FISCAL-Propósitos/CONTROL FISCAL-Carácter amplio/CONTROL FISCAL-Carácter integral/CONTROL FISCAL-Complementario/CONTROL FISCAL-Carácter posterior/CONTROL FISCAL-Carácter selectivo/CONTROL FISCAL-Finalidad

Bajo este diseño, el control fiscal se consolida como una herramienta eficaz e idónea para la protección del patrimonio público. Se efectúa a partir de la inspección de la gestión fiscal, en sí misma considerada, como también de los resultados conseguidos a través de aquella, labor que permite verificar el correcto manejo de los recursos públicos y establecer si en el ejercicio de la gestión de los recursos colectivos se cumplen las normas que sujetan a la administración en términos de legalidad y se asegura el cumplimiento de los fines constitucionales y misionales de cada una de las entidades

CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Vías a través de las cuales es ejercido

RESPONSABILIDAD FISCAL-Trámite de carácter administrativo

RESPONSABILIDAD FISCAL-Finalidad/RESPONSABILIDAD FISCAL-Definición

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Características

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Trámite

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Competencias

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Inicio y culminación/PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Actuaciones que la integran

RESPONSABILIDAD FISCAL-Jurisprudencia constitucional

NORMA DEMANDADA EN MATERIA DE INHABILIDADES-Contenido y alcance

TEST DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD-Niveles de intensidad

EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA-Prevalencia del interés general

FUNCION ADMINISTRATIVA-Gestión fiscal

CORRUPCION-Concepto/CORRUPCION-Implicaciones

CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION-Medidas preventivas

INHABILIDADES-Competencia del legislador

Referencia: Expediente D-12036

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 38 numeral 4° y el párrafo 1° de la Ley 734 de 2002 y 60 (parcial) de la Ley 610 de 2000

Demandante: Dagoberto Quiroga Collazos

Magistrada Sustanciadora:

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales, así como de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 -numeral 4° y el párrafo 1°- de la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y contra el artículo 60 inciso 3° de la Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

La demanda fue admitida parcialmente por el despacho de la Magistrada Sustanciadora mediante Auto del 8 de mayo de 2017, únicamente por los cargos de violación de los artículos 1°, 2°, 40, 93, 94, 179, 197 y 293 de la Carta y 23, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-en adelante CADH- e inadmitida frente a los cargos por violación de los artículos 9° y 13 de la Constitución, debido a que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos mínimos razonables en relación con el concepto de violación, por lo anterior, se concedió el término de 3 días al actor, para que si lo estimaba pertinente, corrigiese los defectos señalados.

Mediante Auto de 30 de mayo de 2017 se rechazó la demanda de inconstitucionalidad por violación de los artículos 9° y 13 de la Constitución, pues el término para corregir los defectos de la demanda transcurrió en silencio[1]. De igual manera, la mencionada providencia ordenó: i) comunicar al Presidente de la República y al Presidente del Congreso la iniciación del proceso, así como al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Contraloría General de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Consejo de Estado; ii) invitar a las facultades de Derecho de la Universidades Nacional de Colombia, Libre, Javeriana, Andes, Externado de Colombia, del Rosario, Nariño, Antioquia y de Ibagué, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-Dejusticia-, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a la Comisión Colombiana de Juristas para que, si lo estimaban

pertinente, presentaran concepto sobre la constitucionalidad de la norma demandada, iii) correr traslado al señor Procurador General de la Nación, para lo de su competencia; y, iv) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana. Mediante Auto 305 de 2017[2], la Sala Plena ordenó la suspensión de términos de un grupo de procesos de constitucionalidad, entre ellos el asunto de la referencia. Dicha medida fue levantada por Auto 279 de 9 de mayo de 2018.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir la demanda en referencia.

II. LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto, conforme a su publicación en los Diarios Oficiales No. 44.708 de 13 de febrero de 2002 y 44.133 de 18 de agosto de 2000 respectivamente, se subraya y resalta el aparte demandado:

Artículo 38 -numeral 4° y párrafo 1°- de la Ley 734 de 2002

“LEY 734 DE 2002

(Febrero 5)

Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.
2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.
3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.
4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años

siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Artículo 60 de la Ley 610 de 2000

“LEY 610 DE 2000

(Agosto 15)

Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

DECRETA:

ARTICULO 60. BOLETIN DE RESPONSABLES FISCALES. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.”

III. LA DEMANDA

El demandante aduce que las normas acusadas desconocen los artículos 1º (Estado Social de Derecho), 2º (garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes), 40 (participación ciudadana), 93 (bloque de constitucionalidad), 94 (ampliación de derechos), 179 (inhabilidades), 197 (reelección) y 293 (Estatuto de los funcionarios de elección popular de entidades territoriales) de la Constitución Política y 23 (derechos políticos), 29 (normas de interpretación) y 30 (alcance de las restricciones) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para el actor, el aparte demandando establece una inhabilidad administrativa por lo que desconoce la limitación establecida en los artículos 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-en adelante CADH- conforme con la cual, las restricciones permitidas por ese instrumento, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se promulguen por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En criterio del ciudadano, el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin y un principio fundamental en una sociedad democrática, por ello, las restricciones a los mismos deben ser limitadas, razonables y proporcionales de forma que no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno y se eviten restricciones indebidas. Sin embargo, las normas demandadas establecen una inhabilidad para desempeñar cargos públicos por medio de una decisión administrativa y no de una condena, es decir, una restricción establecida por un juez competente en el marco del proceso penal, como lo establece la CADH.

Adicionalmente, estas disposiciones no precisan su ámbito territorial de aplicación, por lo que sus efectos alcanzan cargos de elección popular como el de Presidente de la República y el de Congresista, lo que excede las competencias otorgadas al Legislador en el artículo 293 de la Carta.

De igual manera manifiesta que, en materia penal y disciplinaria, la sanción consistente en la inhabilitación para ejercer funciones públicas constituye una pena accesoria a la sanción principal como consecuencia de la responsabilidad deducida dentro del correspondiente proceso, es decir, dicha sanción no se considera autónoma, independiente o adicional, como si lo establecen las normas demandadas.

Como fundamento de su interpretación se refiere a los pronunciamientos jurisprudenciales de esta Corporación en relación con la responsabilidad fiscal, en el entendido de que “no tiene un carácter sancionatorio - ni penal, ni administrativo- sino que su naturaleza es meramente reparatoria. Por consiguiente, la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma, distinta de las responsabilidades penal o disciplinaria que puedan establecerse por la comisión de los hechos que dan lugar a ella”[3]. El demandante considera que las decisiones de las Contralorías en un fallo de responsabilidad fiscal no tienen el carácter de condena dictada por un juez competente, en un proceso penal “por lo cual no tienen la capacidad de restringir el derecho a ser elegido de conformidad con el art. 23.2 de la Convención”

Por último, estima que tipificar como inhabilidad para desempeñar cargos públicos, “el haber sido declarado responsable fiscalmente y además condicionar que esta inhabilidad

cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o si este no fuere procedente cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales” implica una limitación desproporcionada de los derechos políticos esenciales para una democracia, porque eleva al rango de inhabilidad las deudas con el Estado.

IV. INTERVENCIONES

Intervenciones ciudadanas

Nixon Torres Carcamo[4]

El ciudadano intervino en el trámite para coadyuvar la demanda y solicitó que se declare la INEXEQUIBILIDAD del numeral 4º y del parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, así como del inciso 3º del artículo 60 parcial de la Ley 610 de 2000 con fundamento en las siguientes razones:

El interviniente señaló que, de acuerdo con los artículos 93 Superior y 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y su vinculatoriedad en el orden interno, no se pueden decretar limitaciones a los derechos políticos de los ciudadanos por vía administrativa o por órganos judiciales que no hacen parte de la jurisdicción penal[5].

Igualmente, se refirió al precedente judicial[6]de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-en adelante Corte IDH- en la Sentencia de 1º de septiembre de 2011-caso López Mendoza contra Venezuela-, donde“(…) respaldo (sic) el criterio de que no puede ser una autoridad distinta a la del Juez Penal, quien pudiese a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, sancionar con inhabilitación de los derechos políticos a los ciudadanos de ese Estado”[7].

Finalmente, indicó que, en su concepto, someter a un sujeto de derechos a la pérdida de los mismos por no cancelar una obligación de pago, es una violación a la CADH y, por lo tanto, lo establecido en estas disposiciones, debe declararse inconstitucional[8].

Carlos Henao Puerto Quiroga[9]

El interviniente defendió la CONSTITUCIONALIDAD de las disposiciones acusadas por el actor, pues consideró que no le asiste razón al demandante, toda vez que el motivo por el cual se estipula esta inhabilidad está sustentado en el daño patrimonial al Estado. Esta limitación está fundada en la facultad constitucional que le otorgó el Constituyente para establecer las circunstancias que hacen “incompatible” el ejercicio de la función pública, es decir, “(…) sería ilógico que un funcionario o exfuncionario público que con su conducta ha causado un daño al Estado con su proceder activo u omisivo pretenda acceder o siga en la administración pública sin que haya respondido por el daño patrimonial causado al erario (…)”[10].

De igual manera, expuso que el ordenamiento colombiano consagra el procedimiento que se debe observar para la sanción de este tipo de responsabilidades y específicamente, el artículo 53 de la Ley 610 de 2000 prevé que el funcionario competente proferirá fallo de responsabilidad fiscal al presunto responsable, cuando en el proceso obre prueba que

conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación. Adicionalmente, cuenta con la oportunidad de interponer los recursos de ley contra el fallo, el cual también puede controvertir judicialmente el mismo, ante la jurisdicción contencioso administrativa[11].

De otra parte, en relación con la vulneración de los preceptos de la CADH consideró que no ocurre porque, si bien todos los ciudadanos tienen derechos políticos, especialmente los establecidos en el artículo 23 de la Convención, "(...) el ejercicio de estos derechos comporta unos deberes muy serios y es precisamente desempeñar la función fiscal encomendada de forma eficiente, eficaz, transparente y responsable, pues no es de recibo exigir derechos sino se cumplen los deberes que llevan consigo el ejercicio de estos"[12].

Intervenciones de instituciones de educación superior

Universidad Externado de Colombia[13]

La Universidad Externado de Colombia solicitó la declaratoria de INEXEQUIBILIDAD de las normas acusadas con fundamento en los argumentos que se presentan a continuación.

En relación con el primer cargo, la interviniente expresó que las proposiciones acusadas contradicen los derechos a elegir y ser elegido, así como el de acceso al desempeño de cargos públicos, debido a que el goce de los mismos "(...) es una regla general exceptuada únicamente de cara a una sanción de naturaleza penal o disciplinaria y nunca por virtud de un fallo de responsabilidad fiscal que no tiene carácter sancionatorio sino meramente compensatorio"[14].

Manifestó que el segundo cargo de la demanda está llamado a prosperar bajo el entendido de que se presenta una contradicción entre las normas acusadas y los artículos 93 y 94 de la Carta y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues "(...)si los derechos de acceso a la función pública constituyen una regla general exceptuada únicamente en escenarios de reproche o sanción a una conducta y si la responsabilidad fiscal no hace parte de tales escenarios, entonces es claro que el contenido de las normas demandadas resulta contrario a la Constitución"[15].

Conforme al tercer cargo, según la interviniente, los preceptos acusados son inconstitucionales porque establecen una restricción del derecho de acceso a la función pública sin distinción alguna, incluidos los cargos de Congresista y de Presidente de la República, lo que también desconoce el artículo 293 Superior, ya que el Congreso únicamente puede determinar las inhabilidades de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales[16].

Finalmente, en relación con el cuarto cargo, expuso que las proposiciones objeto de reproche desconocen el numeral 2º del artículo 23 de la Convención, porque el Legislador no puede agregar tipologías de restricción diferentes a las consagradas en esa normativa. En ese sentido, un fallo de responsabilidad que no proviene de una autoridad jurisdiccional, no puede desconocer los derechos políticos de los ciudadanos[17].

Universidad Libre[18]

Esa institución intervino en el trámite de la demanda y solicitó la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las normas acusadas en el entendido de que "(...) la inhabilidad establecida en el numeral 4(sic) del artículo 38 de la Ley 734 de 2000 se entienda como una inhabilidad general que no aplica para las inhabilidades establecidas de manera estricta en la Constitución Política de Colombia".

Expresó que las inhabilidades, conforme a la jurisprudencia de la Corte, son circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden que una persona sea elegida o designada para un cargo público o continúe en el mismo. Consideró que dicha figura tiene como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o desempeñan empleos públicos[19].

Manifestó que el sistema normativo de la Carta permite que las inhabilidades puedan tener origen directo en el texto Superior, como son aquellas dispuestas para quienes aspiren a ser elegidos para el cargo de Presidente de la República (artículos 179 y 197 de la Carta); o regulación exclusiva por parte del Congreso con observancia de las limitaciones constitucionales, como sería el caso del artículo 293 de la Constitución.

De acuerdo con lo expuesto, el Legislador tiene 2 restricciones superiores para establecer inhabilidades: i) no modificar, no alterar el alcance ni los límites de las restricciones fijadas directamente por la Constitución; y, ii) no incurrir en regulaciones irracionales o desproporcionadas que desconozcan los valores, principios y derechos garantizados en la Carta[20].

Consideró que el numeral 4º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 crea una nueva restricción para los ciudadanos que pretendan ser elegidos para ocupar los cargos de Presidente de la República o de Congresista, la cual es inconstitucional, en atención a que el régimen de inhabilidades para estos cargos configura un sistema cerrado y el Legislador no tiene facultad para agregar nuevas limitaciones a "(...) la enumeración efectuada por el Constituyente"[21].

Finalmente, adujo que las inhabilidades impiden o imposibilitan a una persona ser elegida o designada en un cargo público, con lo cual se efectivizan los principios de moralidad, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes ingresan al empleo público. Por tal razón, pueden ser generales cuando operan para toda clase de servidores y hacen parte del "(...) Estatuto general que rige la función pública"; y específicas en el sentido de que se refieren únicamente a determinada entidad o rama del poder y están limitadas en el tiempo, puesto que pueden ser permanentes, absolutas o relativas, entre otras[22].

Conforme a lo anterior, el interviniente refirió que el demandante confundió las inhabilidades que son producto de la actividad sancionatoria del Estado y aquellas previstas por la Ley o por la Constitución como generales. En efecto, en el presente caso, la ley de manera objetiva determinó que está inhabilitado quien fuera declarado responsable fiscalmente. Bajo ese entendido, no es la Contraloría quien impone la sanción de inhabilidad, es el ordenamiento jurídico el encargado de establecerla en términos objetivos y generales, por tal razón, no se vulneran los artículos 23, 29 y 30 de la Convención y el caso López Mendoza no es precedente en este asunto[23].

Universidad del Rosario[24]

Esa institución solicitó declarar la EXEQUIBILIDAD de las normas demandadas en atención a los siguientes fundamentos[25]:

i) El Legislador tiene amplias facultades que le permiten realizar desarrollos legales sobre la consagración de las inhabilidades que estime convenientes. No obstante, dicha atribución no es absoluta, ya que encuentra límites en la Carta, el bloque de constitucionalidad y demás leyes de mayor jerarquía.

ii) El Congreso tiene posibilidad de establecer el régimen de inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos, la cual debe ejercer con plena observancia de los principios que orientan la administración pública y buscar la efectividad del interés general. Adicionalmente, dicha normativa debe ser adecuada, necesaria, racional y proporcional.

iii) Las normas acusadas no desconocen lo descrito previamente, sino que, por el contrario, tienen como objetivo que "(...) los mejores candidatos ocupen los cargos públicos y no aquellos que por su comportamiento, debidamente constatado, representan un riesgo para la propia función administrativa y puedan atentar contra el patrimonio público." [26]

iv) El boletín de responsables fiscales configura un mecanismo legal que no desconoce la Constitución, debido a que garantiza el cumplimiento de los fines esenciales de la función pública y evita que algunas personas regresen a cargos estatales, sin haber cumplido con los requisitos o sanciones contenidos en el ordenamiento jurídico.

Universidad de Ibagué[27]

La responsabilidad que se declara en los procesos de esta naturaleza es administrativa y se dirige a juzgar la conducta de un servidor, por el incumplimiento de los deberes inherentes a la función que ejerce o estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos de la nación. Finalmente, expresó que la demanda no cumple con todos los requisitos para generar un pronunciamiento de fondo, sin embargo, no solicitó la declaratoria de inhabilitación.

Intervenciones de organizaciones académicas

Academia Colombiana de Jurisprudencia[28]

La entidad interviniente solicitó declarar la EXEQUIBILIDAD de las disposiciones acusadas, con fundamento en que no existen lineamientos constitucionales que se opongan a que el Congreso regule las inhabilidades para el ejercicio del derecho de acceso a cargos públicos, las cuales, sin tener origen penal, buscan salvaguardar la integridad del erario[29].

De esta manera, las "prescripciones" acusadas fueron adoptadas sin contrariar las disposiciones expresas de la Carta, no alteran el alcance ni los límites de las inhabilidades fijadas por el Constituyente y de igual manera, son razonables y proporcionadas, debido a que "(...) la defensa del erario es apenas un medio para garantizar la prevalencia del interés general, y con ello, la vigencia de múltiples derechos que en su conjunto habrán de redundar en provecho del bienestar general (...)" [30].

En relación con la aplicación de las normas reprochadas a quienes aspiren a ser Congresista o Presidente de la República, expresó que las inhabilidades están reguladas específicamente en los artículos 179 y 197 de la Carta, respectivamente. En este último caso, se presenta una remisión a las causales 1º, 4º y 7º del citado artículo 179[31].

Bajo ese entendido, no podrán ser parlamentarios ni Presidente de la República quienes hayan perdido la investidura de congresista. En ese sentido, el artículo 183 de la Constitución, regula las causales que generan la mencionada sanción y específicamente, el numeral 4º se refiere a la indebida destinación de dineros públicos[32]. Desde tal perspectiva, los gestores de los bienes colectivos son quienes pueden incurrir en dicho comportamiento y en esa medida, le corresponde a la Contraloría General de la República vigilar la gestión fiscal de los servidores y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, con arreglo a las garantías superiores que orientan el procedimiento administrativo dispuesto en la ley para tal fin[33].

En suma, la interviniente consideró que las normas acusadas tienen plena validez con base en su consonancia con el bloque de constitucionalidad y contrario a lo manifestado por el actor, reivindicando los principios de moralidad y de eficacia de la función pública.

Intervención de entidades públicas

Contraloría General de la República[34]

La autoridad intervino y solicitó la declaratoria de EXEQUIBILIDAD de las normas demandadas, debido a que no vulneran la Constitución y, adicionalmente, se adecuan a los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en materia de lucha contra la corrupción[35]. En términos generales, presentó consideraciones sobre el daño patrimonial, la responsabilidad fiscal y las funciones constitucionales que ejerce la Contraloría General de la República. Particularmente, en relación con el primer cargo expresó que no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

i) Los derechos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, especialmente a ser elegido para el desempeño de funciones y cargos públicos, si bien son fundamentales, no tienen el carácter de absolutos, por lo que pueden ser objeto de limitación, principalmente, cuando se pretende garantizar la protección integral del patrimonio del Estado[36].

ii) El artículo 2º de la Carta contiene un mandato de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, el cual se asegura mediante el manejo adecuado del patrimonio de la Nación[37].

iii) El examen de constitucionalidad no puede limitarse a la protección de los derechos de quien pretende ser elegido o desempeñar un cargo público, pues también, debe examinarse si dio lugar a un daño patrimonial al Estado, lo que generó la declaratoria de responsabilidad por parte del órgano de control respectivo.

iv) La inhabilidad demandada procura que el manejo de los recursos públicos lo ejerzan personas "(...) sobre las que no exista la menor sombra sobre su desempeño fiscal, o que si

la hubo, hubiere resarcido el daño.”[38]

De acuerdo con lo expuesto, no se demuestra la vulneración de los artículos 1º, 2º y 40 Superiores, puesto que al ciudadano que está incurso en la inhabilidad se le garantizó su derecho de acceso a funciones públicas y a gestionar bienes del Estado, pero con su actuar vulneró la confianza que le fue depositada[39].

Manifestó que el segundo cargo tampoco está llamado a prosperar, en atención a los siguientes argumentos:

i) El artículo 23 de la CADH no prohíbe a los Estados que en sus ordenamientos internos consagren otras formas de restricción a los derechos políticos. Por tal razón, dicha normativa no establece una relación cerrada (*numerus clausus*) de las limitaciones que constitucionalmente pueden ser impuestas al ejercicio de tales derechos.

ii) Las restricciones legales de acceso a cargos públicos deben interpretarse de manera armónica con los tratados que ha suscrito el Estado colombiano en materia de lucha contra la corrupción, por lo que la Convención debe ajustarse a los más recientes desafíos de la comunidad internacional, tal y como lo expresó la Corte en la Sentencia C-028 de 2006.

iii) La aplicación exegética del artículo 23 de la Convención, sin la necesaria armonización, llevaría al absurdo de impedir la aplicación de la pérdida de investidura prevista en la Constitución, pues aquella no es proferida en el marco de un proceso penal, sino que se decreta por parte del Consejo de Estado, máxima autoridad de la jurisdicción contenciosa administrativa. De igual manera, no pueden trasladarse al orden jurídico interno, los pronunciamientos de la Corte IDH, sin tener en cuenta las particularidades contextuales del país.

De otro lado, expresó que en el numeral 3º de la parte resolutive de la Sentencia C-651 de 2006, la Corte decidió: “Declarar inexecutable el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, por ineptitud sustantiva de la demanda.” No obstante, advirtió que en dicha providencia se pronunció de fondo sobre la libertad de configuración legislativa en materia de requisitos y condiciones que limiten el derecho a ingresar a la función pública.

Frente al tercer cargo adujo que la jurisprudencia actual de la Corte al respecto está contenida en las Sentencias C-540 de 2001, C-015 de 2004 y SU-625 de 2015, en las que estableció el sistema cerrado de inhabilidades para ser elegido Congresista o Presidente[40]. Por tal razón, solicitó a esta Corte un cambio de criterio, en el sentido de que la jurisprudencia no puede “petrificarse” ni ser inmune a los obstáculos que impiden el cumplimiento de los fines públicos. En ese sentido, manifestó que debe considerarse que la corrupción es una de las principales amenazas para el Estado Social de Derecho, afecta gravemente la democracia, la economía, la legitimidad y la confianza en las instituciones[41].

Conforme a lo expuesto, manifestó que el país atraviesa lo que se conoce en teoría como “La captura del Estado por la corrupción” que permite la posibilidad de que a los órganos de representación “(...) lleguen personas que ya demostraron el mal manejo de los bienes que son de todos los colombianos. Es decir, que no son dignos de confianza.”[42]

Departamento Administrativo de la Función Pública[43]

La entidad intervino en el presente trámite a fin de defender la CONSTITUCIONALIDAD de las disposiciones acusadas. En efecto, consideró que las restricciones contenidas en las proposiciones objeto de reproche resultan compatibles con el bloque de constitucionalidad, debido a que constituyen un valioso instrumento para evitar que ciudadanos que han lesionado el erario y la moralidad administrativa, puedan acceder a cargos públicos. Expuso que el mencionado derecho no puede considerarse absoluto y el Legislador puede limitarlo en ejercicio de su poder democrático de regulación, especialmente, para garantizar la prevalencia del interés general[44].

Expresó que el artículo 122 Superior estableció expresamente la habilitación constitucional para que el Legislador contemple las sanciones que estime convenientes, entre las que se encuentran aquellas que impiden que personas que han generado afectaciones a los recursos estatales, puedan acceder al empleo público[45].

La sanción prevista en el artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y que es objeto de demanda en esta oportunidad, pretende la protección y la restitución del patrimonio público, dentro de la facultad conferida al Congreso para establecer restricciones a quienes incurren en conductas que, sin encajar en tipos penales, generan afectación a los recursos estatales[46]. El ejercicio de dicha potestad está subordinado a los valores, principios y derechos constitucionales, por lo que no puede ser irrazonable ni desproporcionado[47].

Conforme a lo anterior, estimó que la inhabilidad tiene como finalidad garantizar los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el derecho de acceso al ejercicio de cargos públicos, el cual no puede ser considerado como absoluto[48].

Finalmente, expresó que la Corte ha considerado que las medidas sancionatorias diferentes a las penales, que generen la restricción del derecho fundamental de acceso a cargos públicos no se oponen a la Convención Interamericana de Derechos Humanos[49].

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN[50]

El Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 6400 del 22 de junio de 2018, solicitó a la Corte Constitucional declarar EXEQUIBLES las normas acusadas.

Para esa autoridad el análisis de las previsiones normativas acusadas, según las cuales constituye inhabilidad para los servidores públicos haber sido declarados fiscalmente responsables, debe partir de los siguientes problemas jurídicos: (i) si vulneran el principio de participación (artículo 1º de la Constitución), los fines esenciales del Estado (artículo 2º Superior), los derechos políticos a elegir y ser elegido y el acceso a cargos públicos (artículo 40 de la Carta Política); (ii) si desconoce los artículos 23, 29 y 30 de la CADH - y el bloque de constitucionalidad (artículo 93 Constitucional); y (iii) si trasgrede el régimen de inhabilidades previsto para los Congresistas y para el Presidente de la República al

sobrepasar la facultad asignada al Legislador en materia de cargos de elección popular (artículo 293 de la Carta).

Inicialmente, la Vista Fiscal expuso que no existe cosa juzgada sobre el numeral 4º y el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, específicamente en relación con las Sentencias C-1196 de 2005 y C-077 de 2007. En el primer pronunciamiento, la Corte se declaró inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda, mientras que, en la segunda, analizó una acusación por desconocimiento del principio de unidad de materia, por lo que dicho fenómeno no opera en el presente asunto, debido a que las vulneraciones acusadas se sustentan en cargos diferentes.

De otra parte, el Procurador presentó un estudio sobre el contenido de las disposiciones acusadas. En ese sentido, concluyó que en el presente asunto se cuestiona una causal de inhabilidad establecida para quien haya sido declarado responsable fiscalmente, su duración y el pago del daño patrimonial como causal de su extinción. De esta manera, lo que se debate en este proceso es la restricción derivada de la declaratoria de responsabilidad fiscal por cuenta de un órgano administrativo y como consecuencia de una medida que no es sancionatoria[51].

En relación con el cargo por desconocimiento de los artículos 1º, 2º y 40 de la Constitución la Vista Fiscal expresó que las normas acusadas no los desconocen, con fundamento en los siguientes argumentos:

a) Los derechos políticos permiten a los ciudadanos participar en los espacios de deliberación y toma de decisiones en los escenarios de poder público. En ese sentido, la Constitución estableció la garantía de acceder al ejercicio de cargos públicos sin que se puedan imponer restricciones que resulten irrazonables y desproporcionadas.

b) Los mencionados derechos no son absolutos y pueden ser restringidos. Bajo esa perspectiva, las inhabilidades surgen como limitaciones a los mismos, ya que establecen condiciones para la efectividad del derecho a ser elegido y para el acceso a cargos públicos.

La fuente de las inhabilidades puede ser la Constitución, como ocurre en el caso de los artículos 122, 179 y 197 Superiores. De igual forma, su origen puede ser legal, en los casos en que la Carta faculta al Legislador para que expida el régimen para el acceso y el ejercicio de la función pública, dentro de un amplio margen de configuración[52].

Conforme a lo expuesto, la Vista Fiscal manifestó que las normas acusadas no vulneran los artículos 1º, 2º y 40 de la Constitución, porque la Carta establece varias formas de inhabilidades que tienen o no naturaleza de sanción. En ese sentido, expuso que en este caso, el análisis de la restricción al derecho fundamental a elegir y ser elegido y de acceso al ejercicio de la función pública debe realizarse mediante un “juicio” con “intensidad leve” en atención a que el Legislador cuenta con amplia potestad de configuración en esta materia[54].

En tal sentido, las inhabilidades persiguen finalidades legítimas porque buscan que la persona que aspira a acceder al cargo público, no haya dado lugar a un daño patrimonial al

Estado por su dolo o culpa grave, con lo que efectiviza los principios de moralidad y transparencia de la función pública y busca la protección del erario. Dicha medida es adecuada en el sentido de que busca "(...) por un lado, que accedan a la función pública personas que no tengan obligaciones pendientes con el Estado y, de otra, persigue imponer una restricción para incentivar el pago del daño patrimonial, dado que la inhabilidad cesa en caso de cancelación de la deuda por parte del responsable."[55]

Respecto al cargo por violación de los artículos 93, 94 de la Carta y 23, 29 y 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos la Procuraduría expuso que el artículo 23 en comentario hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, sin embargo, dicha circunstancia no implica que "(...) prevalezca en el orden interno, y mucho menos que las disposiciones acusadas sean inconstitucionales (...)"[56] pues dichas disposiciones no tienen carácter supranacional.

Bajo ese entendido, manifestó que el actor presenta un análisis "asistemático" del artículo 23 de la Convención y de las normas que establecen su interpretación. En efecto, esa autoridad consideró que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la palabra "exclusivamente" no significa que la Convención imponga un modelo específico de reglamentación de los derechos políticos[57].

En ese sentido, la interpretación literal del artículo 23 de la Convención tiene consecuencias en el diseño institucional contemplado en la Constitución, pues al considerar que las restricciones a los derechos políticos únicamente pueden originarse por condena proferida por juez competente en proceso penal, desconoce que la Carta habilita la imposición de inhabilidades por órganos que no tienen la condición de funcionario judicial penal y que no despliegan sus actuaciones en el marco de un proceso con dicha naturaleza, por ejemplo: i) la especial por la pérdida de investidura decretada por el Consejo de Estado; ii) la general a quien ha dado lugar la condena del Estado a una reparación patrimonial; iii) el control interno ejercido por la administración; iv) la facultad del Procurador para investigar y sancionar disciplinariamente a los servidores públicos; v) la función disciplinaria de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial sobre funcionarios y empleados de la Rama Judicial; y vi) el control fiscal asignado a la Contraloría General de la República[58], entre otras.

En el presente asunto, expuso que no existe prohibición constitucional para que un órgano administrativo imponga una restricción a los derechos políticos. En el caso de la Contraloría, expresó que el proceso de responsabilidad fiscal está revestido por las garantías del debido proceso, por lo que no le asiste razón al demandante[59].

Finalmente, consideró que el cargo por trasgresión de los artículos 179, 197 y 293 de la Constitución no prospera por las razones que se exponen a continuación:

i) El sistema de inhabilidades es cerrado, bajo el entendido de que el Legislador no puede modificar los elementos estructurales de una inhabilidad prevista en la Constitución, como ocurre con el tiempo en que la prohibición se hace efectiva; pero no en el sentido de entender que la Constitución fijó un catálogo cerrado para estos cargos.

ii) La Carta estableció las causales de inhabilidad de los Congresistas y Presidente de la República, pero también consagró la competencia del Legislador para que estableciera

restricciones para el acceso a dichos cargos. En efecto, el artículo 123 Superior señala que los servidores públicos ejercerán sus funciones de conformidad con la Constitución, la ley o el reglamento. Por su parte, el artículo 124 del Texto fundamental prevé que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y no fija ninguna restricción respecto de los cargos de Presidente de la República o de Congresista.

De igual manera, el artículo 122 de la Constitución estableció una inhabilidad adicional para todos los cargos de elección popular por la comisión de delitos contra el patrimonio del Estado, o en caso de que se haya dado lugar a una condena contra el Estado.

iii) La inhabilidad prevista en el artículo 38 del Código Disciplinario Único tiene como sustento la declaratoria fiscal y su inclusión en el respectivo boletín, debido a que el servidor público causó un daño patrimonial al Estado. Por su parte, el artículo 122 de la Carta, establece en su inciso final, que estará inhabilitado el funcionario que haya dado lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, declarado en sentencia judicial.

Entre ambas inhabilidades existe una finalidad común, que es la protección del patrimonio público y en consecuencia, "(...) no parece razonable que la inhabilidad (sic) por dar lugar a una condena por la imputación de un daño antijurídico al Estado, prevista en la Constitución, suponga una inhabilidad para todos los servidores públicos; pero que la inhabilidad por responsabilidad fiscal, no se aplique para todas las categorías de servidores públicos como instrumento para proteger el patrimonio del Estado." [60]

De esta suerte, para esa autoridad "(...) no hay razón constitucional que justifique que el Presidente de la República, que ostenta la calidad de jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, pueda tomar posesión del cargo y jurar cumplir la ley, a pesar de haber causado un daño patrimonial por culpa grave o dolo al patrimonio del Estado, que es un instrumento para cumplir sus fines, como se indicó previamente." [61]

Particularmente, refirió que no parece razonable que quien aspire a tener la función constitucional de velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes, como es el Presidente de la República, hubiese generado un daño patrimonial al Estado y pueda acceder al ejercicio del mencionado cargo, en atención a que no se encuentre inhabilitado por tal actuación. De igual forma, los Congresistas que tienen la función de representación popular y de canalizar los intereses sociales mediante la elaboración de leyes, reformas constitucionales, el ejercicio del control político del gobierno y la administración, hayan causado afectación a los bienes públicos [62] y, aun así, no tengan ninguna restricción para su ejercicio. Finalmente, la Vista Fiscal expresó que no parece razonable que:

"(...) la inhabilidad se aplique a funcionarios de elección popular del orden territorial (Art. 293 C.P.), pero que no se aplique al Presidente de la República o a los Congresistas, pues son servidores de elección popular y se trata, con sus matices, de servidores que tienen funciones atadas a esa representación. Tampoco resulta aceptable que otros servidores públicos, en general, que tienen funciones considerablemente menores en la estructura del Estado, estén sometidos a esta inhabilidad; pero no quienes ostentan funciones a un nivel más elevado de representación y conducción del Estado." [63]

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Conforme al artículo 241 numeral 4º del texto Superior, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y del artículo 60 (parcial) de la Ley 610 de 2000, ya que se trata de una demanda en contra de disposiciones jurídicas contenidas en leyes de la República.

Asuntos preliminares

1. La demanda, las intervenciones y el concepto del Ministerio Público generan para la Sala Plena la necesidad de pronunciarse sobre cuestiones previas antes de analizar las acusaciones de inconstitucionalidad presentadas. Por tal razón, se estudiarán los siguientes aspectos preliminares: i) la aptitud sustantiva de la demanda; y, ii) la existencia o no de cosa juzgada en relación con las Sentencias C-1196 de 2005, C-077 de 2007 y C-651 de 2006. Una vez se hayan verificado los anteriores elementos, y de ser procedente, la Corte abordará el estudio de fondo de la demanda de la referencia.

2. El demandante consideró que las normas censuradas desconocen los artículos 1º (Estado Social de Derecho), 2º (garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes), 40 (participación ciudadana), 93 (bloque de constitucionalidad), 94 (ampliación de derechos), 179 (inhabilidades), 197 (restricciones para ser Presidente) y 293 (estatuto de los funcionarios de elección popular de entidades territoriales) de la Constitución Política y 23 (derechos políticos), 29 (normas de interpretación) y 30 (alcance de las restricciones) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. El ciudadano sustentó los cargos admitidos por esta Corporación en que las normas demandadas, consagran una restricción del derecho de acceso a la función pública que desconoce la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque, de una parte, proviene de la declaratoria administrativa de responsabilidad fiscal, la cual no tiene naturaleza penal o disciplinaria adelantada con observancia del debido proceso, lo que implica además que no sea razonable ni proporcionada; y de otra, debido a que el Legislador i) no podía desconocer su competencia al modificar los límites establecidos por el Constituyente y ampliar el régimen de inhabilidades establecido en la Carta para quienes aspiran a ser Presidente de la República y Congresista[65]; y ii) solo puede determinar las limitaciones de quienes pretenden acceder a cargos de elección popular en las entidades territoriales, sin embargo, las disposiciones jurídicas acusadas contienen una restricción para el acceso a la función pública en general, incluidos los cargos mencionados[66].

A su turno, la Universidad de Ibagué expresó en su intervención que la demanda no cumple con todos los requisitos para sustentar dicha acción, razón por la que la Sala analizará este argumento.

4. Al respecto, este Tribunal recuerda que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente[67] que la acción pública de inconstitucionalidad constituye una manifestación del derecho fundamental a la participación ciudadana, convirtiéndose en un instrumento jurídico valioso, que le permite a los ciudadanos defender el poder normativo

de la Constitución y manifestarse democráticamente frente a la facultad de configuración que ostenta el Legislador (artículos 150 y 114 CP)[68].

Aunque la acción de inconstitucionalidad es pública, popular[69], no requiere de abogado[70] y tampoco exige un especial conocimiento para su presentación, lo cierto es que el derecho político a interponer acciones públicas como la de inconstitucionalidad (art. 40-6 C.P), no releva a los ciudadanos de presentar argumentos serios para desvirtuar la presunción de validez de la ley y de observar cargas procesales mínimas en sus demandas, que justifiquen debidamente sus pretensiones de inexecutableidad.

Estos requisitos buscan, de un lado, promover el delicado balance entre la observancia del principio *pro actione* -que impide el establecimiento de exigencias desproporcionadas a los ciudadanos que hagan nugatorio en la práctica el derecho de acceso a la justicia para interponer la acción pública enunciada-, y de otro, asegurar el cumplimiento de los requerimientos formales exigibles conforme a la ley, en aras de lograr una racionalidad argumentativa que permita el diálogo descrito[71] y la toma de decisiones de fondo por parte de esta Corporación[72].

Desde esta perspectiva, si bien es cierto que en virtud de lo preceptuado por el principio *pro actione*, las dudas de la demanda deben interpretarse en favor del accionante[73] y la Corte debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria[74], también es cierto que esta Corporación no puede corregir ni aclarar los aspectos confusos o ambiguos que surjan de las demandas ciudadanas[75] “so pretexto de aplicar el principio *pro actione*, pues, se corre el riesgo de transformar una acción eminentemente rogada, en un mecanismo oficioso”[76], circunstancia que desborda el sentido del control de constitucionalidad por vía de acción que le compete.

Por ende, la exigencia de los requisitos mínimos a los que se hace referencia, mediante el uso adecuado y responsable de los mecanismos de participación ciudadana busca[77]: (i) evitar que la presunción de constitucionalidad que protege al ordenamiento jurídico se desvirtúe a priori, en detrimento de la labor del Legislador, mediante acusaciones infundadas, débiles o insuficientes; (ii) asegurar que este Tribunal no produzca fallos inhibitorios de manera recurrente, ante la imposibilidad de pronunciarse realmente sobre la constitucionalidad o no de las normas acusadas, comprometiendo así la eficiencia y efectividad de su gestión; y (iii) delimitar el ámbito de competencias del juez constitucional, de manera tal que no adelante, de manera oficiosa, el control concreto y efectivo de las normas acusadas. De hecho, conforme al artículo 241 de la Constitución, por regla general, a la Corte Constitucional no le corresponde revisar oficiosamente las leyes, sino examinar las que efectivamente demanden los ciudadanos, lo que implica que esta Corporación pueda adentrarse en el estudio de fondo de un asunto, sólo una vez se presente, en debida forma, la acusación ciudadana[78].

5. El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, fija las condiciones o requisitos mínimos de procedibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, exigiéndole a los ciudadanos que (i) señalen las disposiciones legales contra las que dirigen la acusación; (ii) delimiten las preceptivas constitucionales que consideran violadas y (iii) expliquen las razones o motivos por los cuales estiman que tales normas superiores han sido desconocidas.

En lo concerniente al requisito relacionado con las “razones o motivos por los cuales estiman que tales normas superiores han sido desconocidas”, esta Corporación ha precisado de manera consistente en su jurisprudencia, que dichas razones deben ser conducentes para hacer posible el diálogo constitucional que se ha mencionado. Ello supone el deber para los ciudadanos de “formular por lo menos un cargo concreto, específico y directo de inconstitucionalidad contra la norma acusada, que le permita al juez establecer si en realidad existe un verdadero problema de índole constitucional y, por tanto, una oposición objetiva y verificable entre el contenido literal de la ley y la Carta Política”. [79]

7. Conforme a lo expuesto, la Sala considera que la demanda presentada por el actor reúne los requisitos mínimos de aptitud necesarios para un pronunciamiento de fondo, en atención a que los 4 cargos de inconstitucionalidad por presunto desconocimiento de los artículos 1º, 2º 40, 93, 94, 179, 197 y 293 de la Carta y 23, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, superan los requisitos de: i) claridad ya que presentó un hilo conductor en la justificación de la supuesta violación de los derechos a elegir y a ser elegido, de acceso al ejercicio de función pública, así como el presunto desconocimiento de las competencias del Legislador en materia de fijación de inhabilidades para ejercer los cargos de Presidente de la República y de Congresista; ii) la demanda es cierta, pues recae sobre proposiciones jurídicas reales y existentes como son las disposiciones acusadas, las cuales regulan, de una parte, las condiciones para acceder a cargos públicos, específicamente por la declaratoria de responsabilidad fiscal, y de otra, la supuesta aplicación de dicha restricción a quienes aspiren a la Presidencia de la República y al Congreso; iii) especificidad: expuso de manera concreta y determinada la forma en que eventualmente las normas objeto de reproche constituyen una limitación desproporcionada e irrazonable a los derechos mencionados previamente, al igual que restringen la posibilidad de aspirar a los cargos de Presidente de la República y de Congresista; iv) pertinencia: en el entendido que las razones esbozadas fundamentan el desconocimiento del texto Superior; y v) suficiencia: al presentar todos los elementos de juicio, con la entidad suficiente para generar una duda mínima y razonable sobre la inconstitucionalidad de las normas objeto de censura.

8. En suma, los cargos formulados por el ciudadano acreditaron el cumplimiento de los requisitos mínimos para promover un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, por lo que no hay duda sobre la aptitud de los cargos presentados por el demandante y de que no prospera la declaración de inhibición en este caso.

Inexistencia de cosa juzgada constitucional en relación con las Sentencias C-1196 de 2005[81] y C-077 de 2007[82]

9. El Procurador en su intervención, advirtió que sobre el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, demandado en esta oportunidad, la Corte profirió las Sentencias C-1196 de 2005 y C-077 de 2007, en las que resolvió declararse inhibida para conocer de fondo el asunto y declarar la exequibilidad por el cargo de unidad de materia, respectivamente. Por tal razón, la Sala procederá a verificar si operó el fenómeno de la cosa juzgada en relación con las decisiones previamente referenciadas.

10. Conforme al artículo 243 de la Carta, las sentencias proferidas por la Corte, en ejercicio

del control de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, por lo que: “Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

De igual manera, los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996, al igual que el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, complementan el enunciado Superior al definir que las decisiones que dicte la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad son definitivas, de obligatorio cumplimiento y tienen efectos erga omnes[83].

11. Esta Corporación en Sentencia C-228 de 2015[84], estableció las funciones de la cosa juzgada tanto en una dimensión negativa como positiva. A tal efecto: “(...) la cosa juzgada tiene una función negativa, que consiste en prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto, y una función positiva, que es proveer seguridad a las relaciones jurídicas[85].”[86]

En esa misma providencia se reiteraron las reglas jurisprudenciales de verificación de la existencia de cosa juzgada: “(...) (i) que se proponga estudiar el mismo contenido normativo de una proposición jurídica ya estudiada en una sentencia anterior; (ii) que se presenten las mismas razones o cuestionamientos (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), analizados en ese fallo antecedente; y (iii) que no haya variado el patrón normativo de control[87].”[88]

12. En relación con la cosa juzgada constitucional, la jurisprudencia de este Tribunal ha considerado que la misma puede ser formal o material. Se tratará de cosa juzgada constitucional formal[89]: “(...) cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio...”[90], o, cuando se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual[91]. Este evento impide volver a revisar la constitucionalidad de la norma sobre la cual la Corte profirió una decisión contenida en un fallo ejecutoriado[92].

De otra parte, habrá cosa juzgada constitucional material cuando: “(...) existen dos disposiciones distintas que, sin embargo, tienen el mismo contenido normativo. En estos casos, es claro que si ya se dio un juicio de constitucionalidad previo en torno a una de esas disposiciones, este juicio involucra la evaluación del contenido normativo como tal, más allá de los aspectos gramaticales o formales que pueden diferenciar las disposiciones demandadas[93]. Por tanto opera el fenómeno de la cosa juzgada.”[94]

13. Ahora bien, los efectos de la cosa juzgada en materia de control de constitucionalidad están condicionados a la manera en que la Corte resuelve las demandas que son sometidas a su jurisdicción. En efecto, la declaratoria de inexecutable de una norma, implica que no existe objeto para un nuevo pronunciamiento de esta Corporación, por tal razón la demanda que se presente con posterioridad deberá rechazarse o proferirse un fallo inhibitorio y estarse a lo resuelto en la decisión anterior[95].

Si este Tribunal ha resuelto la executable de una norma que con posterioridad es nuevamente demandada, debe analizarse cuál fue el alcance de la decisión previa, con la finalidad de “(...) definir si hay lugar a un pronunciamiento de fondo o si por el contrario la

problemática ya ha sido resuelta, caso en el cual, la demanda deberá rechazarse de plano o, en su defecto la Corte emitirá un fallo en el cual decida estarse a lo resuelto en el fallo anterior.”[96]

En este último caso, esta Corporación ha considerado que la cosa juzgada puede ser absoluta o relativa según la Corte defina en el pronunciamiento anterior los efectos que se derivan de la declaración de exequibilidad. De esta suerte, la cosa juzgada absoluta surge cuando este Tribunal no precisa los efectos de esa decisión, por lo que se presume que el precepto analizado tiene validez frente a la totalidad de las normas constitucionales. Bajo esta perspectiva, la Corte no podría volver a fallar sobre esa materia. De otra parte, la cosa juzgada relativa se configura en los eventos en que el juez constitucional delimita en la parte resolutive el efecto de dicha decisión[97].

14. Sin embargo, también la Corte ha advertido que en algunos casos se presenta la cosa juzgada aparente, situación en la cual, pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia sobre los efectos de la decisión, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, este Tribunal limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales[98]. En esta situación se entiende que la cosa juzgada derivada de la sentencia anterior no era absoluta, como podría parecer, sino relativa pero implícita. Por tanto se permite que la Corte decida de fondo sobre otras demandas contra el mismo precepto, siempre y cuando no se refieran a los cargos ya analizados.

15. En el caso objeto de estudio en esta oportunidad, es claro que frente a la Sentencia C-1196 de 2005[99] no operó el fenómeno de la cosa juzgada, tal y como se analiza a continuación:

Análisis de la cosa juzgada en relación con la Sentencia C-1196 de 2005

Providencia

Norma acusada

Cargos

Razones de la decisión

Decisión

C-1196 de 2005

Parágrafo 1º del numeral 4º del artículo 38 y el artículo 174 de la Ley 734 de 2002

Violación de los artículos 2, 3, 4, 6, 63, 150, 156, 158, 169, 267, 268, 277 y 278 de la Constitución Política.

Las acusaciones no responden “(...) a razones que cumplan con las condiciones de pertinencia -porque no se orientan a formular un cargo concreto de inconstitucionalidad contra la disposición demandada- y de certeza -porque no recaen sobre una proposición jurídica real y existente-.

Las anteriores razones conducen a que la Corte deba inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda.”

INHIBIRSE de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del parágrafo 1º del numeral 4º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y del artículo 174, parcial, de la misma ley.

Conforme a lo expuesto, la Corte en el referido pronunciamiento no adoptó una decisión de fondo sobre las acusaciones formuladas por la accionante, sino que resolvió inhibirse por ineptitud sustantiva de la demanda. En tal sentido, no se configuró la cosa juzgada en el presente asunto, específicamente en relación con la Sentencia C-1196 de 2005.

16. De otra parte, la Sala encuentra que en relación con la Sentencia C-077 de 2007[100]acaeció la figura de la cosa juzgada relativa, la cual no extiende sus efectos al presente asunto, como se expone seguidamente:

Análisis de la cosa juzgada en relación con la Sentencia C-077 de 2007

Sentencia

Norma acusada

Cargos

Razones de la decisión

Decisión

C-077 de 2007

Artículo 38 de la Ley 734 de 2002

La norma “(...) acusada desconoce, entonces, el artículo 158 superior, pues establece la cesación de una inhabilidad proveniente de responsabilidad fiscal por el sólo paso del tiempo, sin existir conexidad causal, temática o sistemática entre la sanción proveniente de aquélla y el eje temático de la norma acusada.

Según los demandantes la norma acusada viola también los artículos 113, 267 y 268-5 de la Constitución, ya que el legislador no puede atribuir a la Procuraduría General de la Nación facultades que invadan la función fiscal atribuida a otro órgano autónomo, como la Contraloría, y las instituciones de control deben ejercer sus funciones de manera separada.”

“No existen entonces razones para sostener ahora que los cargos formulados contra la norma acusada viola la exigencia de la unidad de materia por el hecho de haber

consagrado una inhabilidad relacionada con la responsabilidad fiscal, pues, como también lo sostuvo el Ministerio Público, ella tiene la finalidad de señalar que su desconocimiento también constituye falta disciplinaria.

Tampoco viola dicho principio la contemplación de la cesación de la misma inhabilidad por pago o por exclusión del boletín de responsables fiscales por parte de la Contraloría General de la República, pues la norma está desarrollando el tema de la "otra inhabilidad", la proveniente de la declaratoria de responsabilidad fiscal, y no fue el Código Disciplinario Único el que estableció la competencia de las Contralorías para incluir a los responsables ante ellas en el boletín. Solamente está haciendo referencia a dicha responsabilidad fiscal, que si es materia de órganos de control distintos a los disciplinarios para servidores públicos, en cuanto la inhabilidad que de ella se deriva va a representar un obstáculo más para ingresar a ejercer un cargo público.

Los términos de duración de la inhabilidad se incluyen para efectos exclusivamente disciplinarios, no para las competencias propias de las autoridades del control fiscal, quienes a su vez cuentan con su propio instrumento jurídico para regular dicha materia, como es, entre otras, la Ley 610 de 2000. En consecuencia las facultades establecidas en la Carta Política en sus artículos 267 o 268 y subsiguientes para la Contraloría General o para las contralorías departamentales siguen incólumes con la expedición de la Ley 734 de 2002, sin que esté posibilitando la invasión de competencias por parte de las autoridades titulares de la acción disciplinaria, ni atentando contra la separabilidad de los órganos de control del Estado que dispone el artículo 113 superior."

DECLARAR EXEQUIBLE por lo cargos estudiados el parágrafo primero del artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

Con base en lo expuesto, para la Sala los efectos derivados de la declaratoria de exequibilidad contenida en la Sentencia C-077 de 2007 fueron de cosa juzgada relativa, es decir, limitados a los cargos estudiados en aquella oportunidad, los cuales se refirieron a las vulneraciones de los artículos 113, 158, 267 y 268.5 de la Constitución. En el presente asunto, las acusaciones giran en torno al presunto desconocimiento de los artículos 1º, 2º, 40, 93, 94, 179, 197 y 293 de la Carta y 23, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que no se configuró dicho fenómeno y la Corte puede pronunciarse de fondo sobre los reproches contenidos en la demanda de la referencia.

Existencia de cosa juzgada constitucional en relación con la Sentencia C-651 de 2006[101]

17. En la Sentencia C-651 de 2006[102], la Corte resolvió la demanda presentada contra el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000. Las particularidades del mencionado fallo se presentan a continuación:

Análisis de la cosa juzgada en relación con la Sentencia C-651 de 2006

Sentencia

Norma acusada

Cargos

Razones de la decisión

Decisión

C-651 de 2006

Inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 y otras disposiciones.

La norma acusada desconoce “(...)lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 13, 25, 29, 40-7, 53, 54, 69, 93, 125 y 334 de la Constitución Política. Además, considera que las normas atacadas desconocen lo dispuesto en el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 2º. y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como también los artículos 1º. y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.” (énfasis agregado)

“En el asunto sub examine los derechos al trabajo y el de acceso al ejercicio de funciones públicas entran en tensión con los principios citados; sin embargo, el legislador, en ejercicio de sus potestades constitucionales, ha considerado de manera razonable y proporcional que resulta necesario restringir el ejercicio de aquellos derechos para garantizar la vigencia de los principios mencionados en el inciso anterior.

Además, el inciso 3º del artículo 60 de la ley 610 de 2000, no trasgrede el texto de los artículos 25 y 40-7 de la Constitución Política, toda vez que mediante esta norma el legislador estableció límites al ejercicio del derecho al trabajo y a acceder al ejercicio de funciones públicas, con el propósito de garantizar principios constitucionalmente válidos, sin que tal restricción implique supresión o afectación del núcleo esencial de los derechos mencionados por el demandante.

Por lo anterior, tampoco puede aducirse que la norma acusada deje de promover el interés general, ni la prosperidad, ni el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, porque como quedó expuesto la inclusión en el boletín de responsables fiscales ocurre una vez se ha agotado todo el procedimiento para tal declaración, en el cual el responsable ha ejercido su derecho de defensa.

En suma, la Corte declarará exequible el inciso 3º del artículo 60 de la ley 610 de 2000, en relación con los cargos formulados por el ciudadano José Cipriano León Castañeda, por no vulneración de los artículos 13, 25, 40-7, 125, 209 de la Constitución.” (Énfasis agregado)

“TERCERO. Declarar EXEQUIBLE el inciso 3º del artículo 60 de la ley 610 de 2000, por ineptitud de la demanda.”

18. La Corte observa que en la sentencia referida se resolvió declarar exequible el inciso 3º del artículo 60 de la ley 610 de 2000, “por ineptitud de la demanda”. En ese sentido, la Sala aclara que la decisión adoptada en aquella oportunidad revistió un análisis de fondo, sólo con respecto a algunos artículos constitucionales, y de ninguna manera implicó una decisión inhibitoria, tal y como se expone a continuación.

La parte motiva de la Sentencia C-651 de 2006 contiene el análisis de constitucionalidad realizado al inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, particularmente por desconocimiento de los artículos 1º, 2º, 40.7 de la Carta y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues el demandante de esa oportunidad consideró que la norma acusada vulneraba el derecho fundamental de acceso al ejercicio de cargos públicos, contenido en dichos postulados superiores.

La Corte encontró que la medida legislativa garantizaba principios constitucionalmente válidos, sin que dicha restricción generara la supresión o la afectación del núcleo esencial de los derechos invocados por el ciudadano. De igual forma, la inclusión en el boletín de responsables fiscales se genera una vez se ha agotado el procedimiento administrativo dispuesto para tal fin, en el que el responsable tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa.

Con base en lo anterior, encontró que la proposición acusada no desconocía la Constitución y en consecuencia, procedía la declaración de exequibilidad de la misma, decisión que fue adoptada en el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, de hecho, dijo lo siguiente “En suma, la Corte declarará exequible el inciso 3º del artículo 60 de la ley 610 de 2000, en relación con los cargos formulados por el ciudadano José Cipriano León Castañeda, por no vulneración de los artículos 13, 25, 40-7, 125, 209 de la Constitución.”

19. Conforme a lo manifestado, la Sala considera que el análisis de la operancia de la cosa juzgada en el presente asunto no se limita exclusivamente al tenor literal de la parte resolutive de la Sentencia C-651 de 2006 que dice “Declarar EXEQUIBLE el inciso 3º del artículo 60 de la ley 610 de 2000, por ineptitud de la demanda.” sino que aquel, debe comprender de manera inescindible la ratio decidendi de la providencia, la cual tiene fuerza normativa y sustentó la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada en aquel momento y solo por ciertos cargos, la cual nuevamente fue reprochada en el presente asunto.

En efecto, este Tribunal ha considerado que de acuerdo con el artículo 243 Superior, los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional[103]. En la Sentencia SU-047 de 1999[104]este Tribunal estableció que el decisum es la resolución concreta del caso, mientras que la ratio decidendi configura el fundamento normativo directo de la parte resolutive, de lo cual deriva su obligatorio cumplimiento y la imposibilidad lógica de una aproximación hermenéutica en la que se escindan ambos contenidos, pues se impediría la comprensión del alcance jurídico de la decisión adoptada[105] y afectaría el principio de la supremacía constitucional, debido a que se correría el riesgo de que se distorsione la eficacia directa de la Carta derivada de las providencias proferidas por este Tribunal.

20. En el presente asunto, la Sala comprueba que en este caso, contra el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 se presentaron cargos por desconocimiento de los artículos 1º, 2º, 40.7 de la Carta y 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ya que se alega que la norma acusada supuestamente afecta el derecho fundamental de acceso a cargos públicos, algunos los cuales coinciden con los examinados en la Sentencia C-651 de 2006, que resolvió declarar la exequibilidad de la mencionada disposición en relación con los artículos 13, 25, 40-7, 125, 209 superiores.

De esta forma, se presenta la triple identidad para la operancia de la cosa juzgada en algunos aspectos, en el sentido de que: i) se propuso estudiar el mismo contenido normativo de una proposición jurídica ya analizada en una sentencia anterior; ii) se presentaron las mismas razones y cuestionamientos, especialmente el parámetro de control constitucional; y iii) el patrón normativo de validez no ha variado.

21. En consecuencia, la Sala Plena encuentra acreditada la existencia de cosa juzgada en relación con la acusación presentada en contra del inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, por desconocer los artículos 1º, 2º, 40.7 de la Carta. Por esta razón, en este aspecto en particular, la Corte resolverá estarse a lo resuelto en la Sentencia C-651 de 2006 que indicó “Declarar EXEQUIBLE el inciso 3º del artículo 60 de la ley 610 de 2000”. De acuerdo a lo expuesto, la Corte procederá a realizar el análisis de constitucionalidad por los demás cargos formulados por el actor.

La formulación de los problemas jurídicos

22. En consideración con los antecedentes expuestos en precedencia, los problemas jurídicos que debe abordar la Corte en el presente asunto son los siguientes:

i) ¿El numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, desconocen los artículos 1º, 2º, 40.7, 93 y 94 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), al establecer como inhabilidad para desempeñar cargos públicos haber sido declarado responsable fiscalmente?

ii) ¿Las normas objeto de control -que establecen la restricción para ocupar cargos públicos por haber sido declarado responsable fiscalmente y adicionalmente, el deber de abstención de nombrar o dar posesión a quienes estén reportados en el boletín de responsables fiscales- vulneran los artículos 179, 197 y 293 del Texto Superior, porque la competencia del Legislador para determinar o ampliar las limitaciones de los ciudadanos que buscan ser elegidos por voto popular para el desempeño de las funciones públicas sólo se refiere al nivel territorial y no a quienes aspiran a ser candidatos al Congreso y a la Presidencia de la República, pues el establecimiento de esa restricción desconoce el sistema de inhabilidades establecido por el Constituyente para el acceso a los citados cargos?

23. Para abordar los problemas jurídicos enunciados, la Corte analizará los siguientes aspectos: i) La naturaleza, alcance y restricción de los derechos de participación política a partir del texto formal de la Carta y del bloque de constitucionalidad; ii) las limitaciones al Legislador para establecer inhabilidades adicionales a las contenidas en la Carta; iii) las funciones de la Contraloría General de la República y el proceso de responsabilidad fiscal. Finalmente, examinará la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

La naturaleza y el alcance del derecho fundamental a la participación política. El derecho de acceso al ejercicio de funciones públicas como expresión del principio de participación democrática

24. La Constitución de 1991, tras haber consagrado el principio de democracia participativa, amplió el espectro de intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos, con la finalidad de recuperar los vínculos de confianza y de actividad política con el Estado[106]. Bajo esa perspectiva, la Carta estableció nuevas opciones y posibilidades para que las personas puedan tomar parte en las decisiones y en los procesos políticos de la sociedad, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 2º Superior[107].

Conforme a lo anterior, el principio de participación democrática no se reduce únicamente a un nuevo modelo de adopción de decisiones, sino que implica la redefinición de las dinámicas de comportamiento social y político, fundado axialmente en el pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y de las libertades y en la responsabilidad de los ciudadanos en la determinación del destino colectivo[108]. Se trata de la estructuración de nuevos escenarios en los que el ciudadano no agota su rol político en movilización para votaciones periódicas, sino que, el Constituyente propició nuevos escenarios de injerencia social y política, caracterizados por mayores espacios de deliberación y de decisión, sobre temas que le afectan o en los que tiene interés.

25. En conclusión, un sistema democrático basado en el principio de la participación: i) inspira el nuevo marco de la estructura constitucional del Estado; ii) implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de injerencia ciudadana; y iii) genera la recomposición cualitativa de las dinámicas sociales y públicas, puesto que su espectro trasciende lo político electoral hacia los planos individual, económico y colectivo[109].

26. La mencionada concepción de democracia participativa se materializa con la consagración constitucional de los derechos políticos, concebidos por esta Corte como los instrumentos con los que cuentan los ciudadanos para incidir sobre la estructura y el proceso decisorio en el cual tienen interés en participar[110]. De esta manera, se trata de "(...) titularidades de las que se desprenden los mecanismos por medio de los cuales la ciudadanía se ejerce."[111]

27. Esta Corte ha expresado que los derechos políticos pueden clasificarse de múltiples formas; en el caso particular de la participación, aquellos pueden ser: i) de participación directa (iniciativa legislativa, referendos, entre otros); ii) de acceso a la función pública; y iii) derecho al sufragio, tanto en su dimensión activa como pasiva[112].

De esta suerte, conforme al artículo 40 de la Carta, entre otros, las personas tienen la posibilidad de participar en la conformación, el ejercicio y el control del poder político, para lo cual pueden: i) elegir y ser elegidos; ii) tomar parte en elecciones, en plebiscitos, en referendos, en consultas populares y otras formas de participación democrática; iii) constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin ninguna limitación; iv) interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley; y v) acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, entre otros.

28. En concordancia con lo precedente, esta Corte ha expresado que el derecho de participación política se caracteriza por ser universal, bajo el entendido de que compromete diversos escenarios, procesos y lugares dentro de la esfera pública y privada, y además, porque el concepto de política sobre el que descansa se nutre de todo lo que le puede interesar a la persona, a la comunidad y al Estado, lo que justifica la injerencia en la distribución, el control y la asignación del poder social[113].

Adicionalmente, su naturaleza es expansiva, porque su dinámica comprende el conflicto social y busca encauzarlo a partir del respeto y la constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social, la cual debe ampliarse de manera progresiva con la finalidad de conquistar nuevos ámbitos y profundizar permanentemente en su vigencia, lo que exige de los principales actores públicos y privados, un ineludible compromiso con su efectiva construcción[114].

29. La garantía de este derecho está contenida a nivel internacional en las siguientes normas: i) el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[115];ii) el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[116]; y iii) el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[117], entre otros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que, si bien no existe un sistema o una modalidad específica para garantizar los derechos políticos, los Estados pueden establecer las condiciones para hacerlos efectivos, lo que incluye la consagración de restricciones a los mismos, siempre que no se afecte su contenido esencial. En el caso Yatama contra Nicaragua, ese Tribunal manifestó:

“La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

(...)

La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue”[118].

En el mismo sentido, en el caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, esa Corte expuso:

“El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”[119].

30. En conclusión, en el sistema universal y regional de protección de derechos humanos no existe una estructura determinada de garantía de los derechos políticos, sin embargo, sí se consagran los contenidos mínimos que deben ser respetados y desarrollados por los Estados, en especial, cuando se trata del establecimiento de restricciones o limitaciones a los mismos.

31. De otra parte, para este Tribunal la participación política y sus formas de concreción configuran un derecho con naturaleza fundamental[120]. En efecto, la Sentencia C-329 de 2003[121] expresó que la participación configura en el ordenamiento constitucional un principio y fin del Estado, que influye no solo dogmáticamente sino también en las relaciones concretas entre las autoridades y los ciudadanos en sus diversas órbitas como la económica, la política o la administrativa. Por tal razón, el Constituyente dedicó un artículo especial a los derechos políticos, particularmente, a sus formas de ejercicio, lo que torna innegable su relevancia Superior.

32. Una de las principales expresiones de los derechos de participación en la conformación, el ejercicio y el control del poder político es la posibilidad de acceder a cargos o a funciones públicas, conforme al numeral 7º del artículo 40 de la Constitución. El derecho de acceso a cargos públicos ha sido entendido por la Corte como la protección del ciudadano contra las decisiones estatales que de manera arbitraria: i) le impiden el ingreso a un cargo público; ii) lo desvinculan del mismo; y iii) una vez encuentra empleo, le obstaculizan injustificadamente cumplir con sus funciones[122].

33. En conclusión, los derechos derivados de la participación democrática son fundamentales, debido a que representan la reformulación de los mecanismos de toma de decisiones, en los que el ciudadano adquiere un papel trascendental de injerencia en los asuntos que le afectan, y además, exige de las autoridades la asunción de compromisos tendientes a su eficacia en el marco de las nuevas relaciones con las personas que hacen parte de la comunidad, no solo para garantizar su carácter expansivo, sino también para asegurar su vigencia. Una de las principales expresiones de la democracia participativa es el derecho de acceso a cargos públicos, que protege al ciudadano de las decisiones estatales que de manera injustificada y arbitraria obstaculicen la posibilidad de ingresar y mantenerse en el ejercicio de cargo o de funciones públicas.

Limitaciones y restricciones al ejercicio del derecho de acceso a cargos públicos

34. El derecho de ingreso a la función pública no reviste naturaleza de absoluto, puesto que

está condicionado al cumplimiento de los requisitos consagrados por la Constitución y a la configuración que del mismo haga el Legislador, con la finalidad de garantizar el interés general, la igualdad y los principios de la función pública.

De esta forma, el señalamiento de los requisitos y las condiciones para el acceso, permanencia, ascenso, ejercicio y retiro de la función pública, debe ser el resultado del ejercicio razonable y proporcionado de la potestad de configuración que le reconoció el Constituyente al Legislador, en las precisas condiciones consagradas en los artículos 123 y 150, numeral 23, de la Carta, salvo aquellas establecidas directamente por el Texto Superior[123].

En desarrollo de la mencionada potestad, el Legislador debe sujetarse a estrictos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, lo que implica la imposibilidad de afectar el núcleo esencial del derecho, mediante la consagración de exigencias irrealizables que tornen nugatoria la posibilidad de que los ciudadanos participen en el ejercicio de la función pública en igualdad de oportunidades[124].

35. La función pública comporta la realización de esfuerzos y actividades que deben asumir los órganos del Estado para asegurar el cumplimiento de sus fines[125], orientados a la atención y la satisfacción de los intereses generales de la comunidad[126], bajo estrictos criterios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, conforme lo establecen los artículos 1º y 209 Superiores. Este concepto delimita el ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación y control del poder político, consagrado en el artículo 40 de la Carta, que tiene como una de sus expresiones el acceso al desempeño de funciones y a cargos públicos[127].

En ese orden de ideas, el establecimiento de condiciones para el ejercicio del derecho por parte del Legislador debe propender por el equilibrio de dos principios de la función pública: i) el derecho a la igualdad de oportunidades para participar en la conformación del poder político (Art. 40 C.P.); y ii) la búsqueda de la eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y eficacia de la Administración[128].

El régimen de inhabilidades para el acceso al desempeño de funciones públicas

36. Como se advirtió previamente, el mencionado derecho no es absoluto, pues el Legislador puede establecer condiciones para su ejercicio, con la finalidad de procurar la realización del interés general y de los principios que gobiernan el cumplimiento de la función pública[129]. Dentro de las mencionadas circunstancias, se encuentran las inhabilidades entendidas como aquellas reglas y exigencias que deben observarse para el acceso y ejercicio de funciones públicas[130].

37. Desde sus inicios, la Corte ha considerado las inhabilidades como aquellas situaciones creadas por la Constitución o la Ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público. Tienen como objetivo lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar a cargos del Estado[131].

En otras palabras, son circunstancias consagradas en el ordenamiento jurídico, que concurren en quienes aspiran a ingresar al servicio público y que les impide cumplir con

dicho propósito, particularmente, por el conflicto que se generaría entre sus intereses personales y los intereses públicos[132]. Es decir, se trata de una limitación justificada en términos constitucionales al derecho de acceder a cargos públicos, ya que persigue la defensa y la garantía del interés general, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo[133]; y además, asegura que la persona que resulte elegida tenga "(...) un comportamiento acorde con los supremos intereses que les corresponde gestionar a quienes se encuentren al servicio del Estado[134]."[135]

En la Sentencia C-257 de 2013[136], la Corte expresó que el ordenamiento jurídico ha configurado un régimen de inhabilidades, que busca impedir o limitar el ejercicio de la función pública a ciudadanos que "(...) no observen las condiciones establecidas para asegurar la idoneidad y la probidad de quien aspira ingresar a un cargo público". De igual forma, persigue evitar cualquier tipo de injerencia indebida en la gestión de los asuntos públicos.

38. El Consejo de Estado entiende las inhabilidades como aquellas circunstancias personales negativas o situaciones prohibitivas existentes o sobrevenidas consagradas en la Carta y en la ley, que condicionan el ingreso o la permanencia en el ejercicio de la función pública, puesto que su inobservancia puede: a) impedir el acceso (supuesto de inelegibilidad); y, b) la solución de continuidad en el cargo, debido a la falta de calidades, cualidades de idoneidad o de moralidad para desarrollar ciertas actividades o adoptar determinadas decisiones, bajo el entendido que busca proteger los principios y valores que gobiernan el ejercicio de la función pública y en especial, evitar que exista aprovechamiento del cargo, la posición o el poder para favorecer intereses propios o de terceros[137].

Según esa Corporación, se trata de "(...) impedimentos de origen político, ético, o moral, para ser elegido o nombrado, en determinado cargo, pero que provienen de circunstancias externas, tales como el parentesco, los antecedentes, el ejercicio de otras actividades"[138], entre otras.

Clases de inhabilidades

40. La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado distintos tipos de inhabilidades, pues aquellas pueden ser: i) generales, porque operan para toda clase de servidores públicos; ii) específicas, ya que fueron establecidas para una determinada rama del poder, entidad, o cargo; iii) temporales, en el sentido de que tienen límite en el tiempo; iv) permanentes; v) absolutas; y, vi) relativas, entre otras[140]. De igual manera, en razón a su naturaleza y finalidad, la Corte ha manifestado que en el ordenamiento jurídico se han previsto dos grandes clases de inhabilidades[141]:

i) Las relacionadas directamente con la potestad sancionatoria del Estado y se aplican en el marco del derecho penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política[142]. En otras palabras, una vez se incurra en la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más, la inhabilidad, que le impide al individuo investigado ejercer una determinada actividad pública[143].

No obstante, esta Corporación ha sido enfática en expresar que si bien estas restricciones

persiguen finalidades constitucionalmente válidas como es la lucha contra la corrupción entre otras, dicha configuración normativa no puede desconocer principios fundamentales como la proporcionalidad, la razonabilidad y la interdicción del exceso, entre otros[144].

ii) Aquellas restricciones que no tienen origen sancionador ni están relacionadas con delitos o faltas, sino que "(...) corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados"[145].

Conforme a lo anterior, se trata de limitaciones que impiden a determinados individuos ejercer actividades específicas, debido a la oposición entre sus beneficios personales y el interés general, los cuales estarían comprometidos en el ejercicio de la función pública[146]. La restricción se impone como una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad, imparcialidad, transparencia, confianza y moralidad del aspirante[147].

41. De acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia de este Tribunal ha identificado variadas clases de inhabilidades, las cuales pueden ser comunes o específicas, temporales o permanentes, absolutas o relativas, entre otras. Adicionalmente, también ha precisado que las mencionadas restricciones pueden tener naturaleza sancionatoria, es decir, cuando provienen del ejercicio del derecho punitivo del Estado, o tener un origen distinto porque se estructuran a partir de elementos objetivos atribuibles al candidato a ocupar el cargo público y hacen incompatible su ejercicio con la satisfacción del interés general.

Competencia y límites del Legislador para fijar inhabilidades

42. Esta Corporación ha definido en su jurisprudencia la configuración del régimen jurídico de las inhabilidades que condicionan el derecho de acceso a la función pública, a partir de su establecimiento en la Constitución o en la Ley[148]. De acuerdo con lo anterior, los artículos 123 y 150.23 de la Constitución le confieren la competencia al Legislador para regular la función pública, es decir, todos los requisitos, exigencias, condiciones, calidades e inhabilidades, entre otros, que deben acreditar las personas que desean ingresar al servicio del Estado[149].

En la Sentencia C-497 de 1994[150] este Tribunal expresó que la Constitución no agotó el catálogo de incompatibilidades aplicables a los congresistas, ya que habilitó al Legislador para que introdujera nuevas restricciones igualmente obligatorias, tal y como puede observarse en el artículo 123 Superior que dispone que los miembros de las corporaciones públicas, en su condición de servidores "ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento." Adicionalmente, los artículos 124 y 150.23 de la Carta, contienen cláusulas habilitantes para que el Legislador pueda restringir el mencionado derecho.

La Sentencia C-194 de 1995[151], indicó que el Legislador tiene la mayor discrecionalidad para prever las causales de inhabilidad, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Carta, pues "A él le corresponde evaluar y definir el alcance de cada uno de los

hechos, situaciones o actos constitutivos de incompatibilidad o inhabilidad así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas.”

Posteriormente, en Sentencia C-617 de 1997[152]este Tribunal reiteró la subregla jurisprudencia contenida en la C-194 de 1995[153]y precisó que el espectro de atribuciones del Legislador sobre este tema particular, cobija no solo los cargos que se desempeñan a nivel nacional, sino también los que se ejercen en las entidades territoriales.

De esta manera, el Legislador goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad para el acceso al ejercicio de cargos públicos, siempre que no contradiga lo dispuesto por la Carta. De ese modo, podrá introducir o crear los motivos que las configuren

“(…) según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma.”[154]

En Sentencia C-985 de 1999[155]esta Corporación insistió en que, conforme a los artículos 123 y 124 Superiores, no solo la Carta Política establece las restricciones al derecho de acceso a cargos públicos, en especial, el de congresista, sino que también faculta a la ley para introducir algunas causales y excepciones adicionales, siempre que se configuren las situaciones jurídicas descritas en los preceptos superiores.

La Corte en Sentencia C-540 de 2001[156]señaló que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos está previsto en la Constitución y en la ley. Sin embargo, la ley no está facultada para dejar sin efecto práctico un principio Superior. Por tal razón:

“El legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40); 2ª) La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4º); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia.”

En Sentencia C-952 de 2001[157]expuso que la fijación de las condiciones positivas o negativas (inhabilidades e incompatibilidades) que rigen el acceso a un determinado cargo

o función pública, es de competencia del Legislador de conformidad con los artículos 123 y 150.23 de la Carta, siempre que no exista una determinación Constitucional específica sobre el particular.

De acuerdo con lo anterior, "(...) la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad como de su duración en el tiempo, son competencia del legislador y objeto de una competencia discrecional amplia pero subordinada a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos. Lo que indica que el resultado del ejercicio de la misma no puede ser irrazonable ni desproporcionado frente a la finalidad que se persigue (...)"[158]

En la Sentencia C-100 de 2004[159] este Tribunal refirió que es el Estado el llamado a establecer a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, los distintos requisitos, condiciones y límites a los cuales se debe sujetar el nominador para permitir el acceso a un cargo público, "(...) salvo aquellos casos en los que el Constituyente ha señalado expresamente calidades que deben reunir los aspirantes, tal y como sucede, por ejemplo, con los requisitos que se exigen para ser magistrado de una alta corporación judicial."

Conforme a lo expuesto, al Congreso le corresponde, bajo amplia autonomía y libertad de configuración política, definir cuáles son las condiciones para el acceso, permanencia, ascenso y retiro de los servidores vinculados con el Estado, con sujeción a parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad, que impiden la afectación del núcleo esencial de los derechos restringidos y hagan nugatoria su eficacia material[160].

Por su parte, la Sentencia C-015 de 2004[161] reiteró que el Legislador tiene competencia para complementar el régimen constitucional de inhabilidades aplicables a los servidores públicos, siempre que al hacerlo no desconozca las disposiciones de la Constitución, modifique el alcance y los límites de las inhabilidades fijados directamente por el Constituyente, ni incurra en regulaciones irrazonables o desproporcionadas. No obstante, en ese pronunciamiento la Corte precisó que:

"(...) la regla general de competencia legislativa para fijar el régimen de inhabilidades de los distintos cargos públicos encuentra una excepción en lo tocante a los cargos de Congresista o Presidente de la República, puesto que tal y como ha reconocido en anteriores oportunidades esta Corporación, los artículos pertinentes de la Constitución establecen un sistema cerrado y no facultan expresamente al Legislador para agregar nuevas inhabilidades a la enumeración efectuada por el Constituyente (artículos 179 y 197, C.P.)."

La Sentencia C-348 de 2004[162] adujo que de acuerdo con los artículos 6º, 123 y 150.23 de la Constitución, salvo los eventos expresamente señalados por el Constituyente, le corresponde a la ley determinar el régimen de calidades, inhabilidades, incompatibilidades y requisitos para desempeñar los empleos públicos. Por tal razón, el Legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para establecer el régimen de inhabilidades, sin más limitaciones que las que surgen de la Carta.

El ejercicio de dicha competencia comporta dos límites: i) no podrá modificar las

inhabilidades ya señaladas por el Constituyente; y ii) en los demás asuntos, deberá hacerlo de manera razonable y proporcional, de tal forma que no desconozca los principios, valores y derechos consagrados en la Carta Política[163].

Posteriormente, en Sentencia C-257 de 2013[164] este Tribunal insistió que, de conformidad con los artículos 123 y 150.23 de la Carta, el Legislador tiene competencia para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios a cargo del Estado. De esta manera, puede establecer los requisitos, exigencias, condiciones o calidades que deben cumplir las personas que aspiran a ejercerla, específicamente el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones al que están sujetos.

De igual manera, indicó que el objetivo de dicha atribución es la protección del interés general, la garantía del cumplimiento de los fines esenciales del Estado conforme al artículo 2º Constitucional y el aseguramiento del respeto por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y de publicidad, que rigen el ejercicio de la función administrativa en los términos del artículo 209 Superior. En otras palabras, el Constituyente habilitó al Legislador con un amplio margen de configuración, para que definiera estrictas reglas de conducta dirigidas a garantizar la moralidad pública y el ejercicio de las funciones del Estado en los términos previstos en el Texto Superior (artículos 122, 124-129 C.P).

No obstante, el ejercicio de dicha potestad está sujeta a límites, específicamente los valores, principios y derechos establecidos en la Carta. De esta manera, al momento de establecer prohibiciones o determinar causales de inhabilidad o de incompatibilidad no puede desconocer criterios de razonabilidad y de proporcionalidad[165].

La Sentencia SU-625 de 2015[166] precisó que la rigurosidad del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflicto de intereses contenidas en la Carta Política para quienes aspiran a ser congresistas, se sustentó en el ánimo moralizante que inspiró al Constituyente para depurar el máximo órgano de deliberación democrática del Estado y restituir su legitimidad. Sin embargo, los artículos 179 y 180 Superiores establecieron un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades, sobre las cuales el Legislador no podrá configurar nuevas causales o modificar las existentes.

Recientemente, en Sentencia C-080 de 2018[167] la Corte analizó la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Particularmente, declaró la inexecutable de los párrafos de los artículos 100 y 104 de esa normativa, que establecían los requisitos para el acceso a los cargos de Magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz, porque dichas condiciones fueron establecidas directamente por la Constitución de manera restrictiva en el inciso 8º del artículo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2017, por lo que el Legislador no contaba con competencia para establecer nuevos requisitos.

43. En conclusión, esta Corporación ha establecido que el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para restringir el derecho de participación política, específicamente, mediante el establecimiento de causales de inhabilidades que limitan el acceso a la función pública. No obstante, el ejercicio de dicha facultad está delimitada por

aspectos competenciales y por la observancia de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

Ahora bien, el ejercicio de la libertad de configuración normativa del Legislador también debe respetar los límites que se derivan del bloque de constitucionalidad, por tal razón, a continuación la Sala Plena hará una breve síntesis de la naturaleza jurídica de dicho fenómeno, así como la importancia del dialogo judicial constante como instrumento de interpretación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos como garantía regional de protección. Orígenes e interacciones con los ordenamientos internos de los Estados Parte

44. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha cobrado importancia a partir de los hechos acaecidos desde la primera mitad del siglo XX, particularmente porque su origen y desarrollo se produjo en el marco de dos guerras mundiales y escenarios de carencias y desigualdades, movido por un compromiso de cambio de paradigmas por parte de los Estados[168].

Este proceso de internacionalización de los derechos humanos comenzó con la Declaración Americana de Derechos Humanos aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en el año de 1948. En el mismo año, el 10 de diciembre, se expidió la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se configuró como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse[169].

45. La formación del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante SIDH) debe contextualizarse en dos periodos, marcado el primero de ellos por las vigentes dictaduras, y el segundo por las transiciones a la democracia, en especial en la década de los ochenta de Argentina, Chile, Uruguay y Brasil. Es paradójico que este sistema haya nacido en escenarios no democráticos, en los que no había una estrecha relación entre el Estado de Derecho y la protección de Derechos Humanos[170].

El 22 de noviembre de 1969, fue aprobado el Pacto de San José de Costa Rica, conocido también como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978[171] y fue ratificado por Colombia mediante la Ley 16 de 1972. Ese instrumento estableció un catálogo de derechos jurídicamente vinculante (inspirado en la Declaración de 1948) y un sistema de garantías[172] (conforme se estableció en Europa). Esta normativa incluyó una Comisión que funge como cuerpo intermedio, consultivo, que asesora, recomienda, recibe denuncias, intenta la conciliación y si ésta no fuere posible, aparece facultada para presentar demandas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene asignadas funciones jurisdiccionales similares a las del Tribunal Europeo[173], además de sus funciones consultivas.

46. La posición de los Estados constitucionales en América Latina ha variado a partir de la internacionalización de los derechos humanos y su protección en el ámbito interno e internacional, puesto que se encuentran en una fase de mutua interdependencia y cooperación. Las complejas tramas que se han tejido entre los ordenamientos nacionales y el regional exigen el sometimiento tanto a los controles del poder derivados del

constitucionalismo, como a las obligaciones contenidas en tratados.[174]

La realidad de la protección de los derechos humanos en América Latina no es ajena a la tendencia del constitucionalismo global, que de manera sintética se caracteriza por: i) asentamientos del sistema jurídico político internacional no sólo en el clásico paradigma de las relaciones horizontales entre estados, sino también centrado en las relaciones entre Estado/pueblo/individuos; ii) emergencia de un *ius cogens* materialmente informado por valores, principios y reglas universales progresivamente plasmados en declaraciones y documentos internacionales; y, iii) elevación de la dignidad humana a presupuesto transversal de todos los constitucionalismos[175].

47. De esta manera, el SIDH es la expresión no solo de un compromiso internacional asumido por los Estados parte, sino que se erige como la manifestación de su voluntad de cooperación para mejorar la garantía de los derechos humanos en la región. Por tal razón, las interacciones derivadas del nuevo esquema de fuentes normativas se tornan complejas y, en la práctica, los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales deben atender ese tipo de hipótesis, cada una en el ámbito de sus competencias, con la finalidad de maximizar la protección de los derechos fundamentales.

48. Bajo esta perspectiva, la CADH y los ordenamientos jurídicos internos conforman un conjunto normativo cuyas piezas interactúan para establecer y condicionar el ejercicio del poder político[176], sin que estén jerárquicamente ordenadas[177]. Es decir, no existe una relación jerárquica entre los sistemas jurídicos que se relacionan en un mismo ámbito espacial[178], puesto que cada ordenamiento es reconocido como válido sin que ninguno pretenda convertirse en fuente de validez del otro[179].

En ese sentido, se trata de un escenario de convivencia entre ordenamientos jurídicos relativamente heterogéneos[180] basada en el principio de reconocimiento mutuo[181], en la identidad y, en especial, en las variadas formas que tienen los Estados para asegurar la supremacía de la Constitución, caracterizada por las asimetrías en torno a la estructura territorial, al sistema de representación política, a la forma de Estado o a la propia dimensión formal de su Carta[182].

49. Conforme a lo expuesto, la identidad que define la naturaleza jurídica de los ordenamientos jurídicos que interactúan "(...) no debe ser afirmada de manera que amenace la identidad de otros ordenamientos jurídicos o la concepción pluralista del propio sistema jurídico internacional"[183].

De esta manera, los escenarios de integración entre la normativa nacional e internacional, no implican que el ordenamiento interno haya sido neutralizado por completo. En efecto, esta relación parte de, al menos, las siguientes premisas:

i) Soberanía externa e interna. Hacia el plano externo consiste en la comprensión de las relaciones horizontales interestatales; en el plano interno, es la afirmación de un poder o supremacía dentro de determinado territorio, y traducido concretamente en el ejercicio de competencias a través de las funciones legislativas, jurisdiccionales y administrativas;

ii) La Constitución es el centro jurídico y político que representa el esfuerzo colectivo de una

comunidad por dotarse de un espacio de libertad, de autodeterminación y de derecho[184]; y,

iii) La aplicación del derecho internacional está condicionada en los términos definidos por la Constitución Política, y en ocasiones rechaza la aplicación de normas de derecho internacional si no han sido sometidas a su “conversión” o adaptación por las leyes de cada Estado[185].

50. De acuerdo con lo expuesto, la construcción del sistema regional de protección de derechos humanos y su impacto en los ordenamientos encuentra su fuente de legitimación en los procesos de constitucionalización del derecho internacional desarrollado en estrecha cooperación con los tribunales y con las comunidades jurídicas nacionales[186]. Esto ha provocado un impacto ascendente, de abajo hacia arriba en la naturaleza del ordenamiento jurídico regional[187], lo que fortalece la legitimidad de los ordenamientos supraestatales[188] guiados por relaciones jurídicas que generan limitaciones recíprocas fundadas en la colaboración y la complementariedad, la interconexión, la coordinación, la convergencia, la interdependencia, la interacción, la cooperación y el mutuo aprendizaje[189]. Se trata de un proceso que implica la necesidad de reconocer el ejercicio de ciertas funciones materialmente constitucionales contenidas en el ordenamiento internacional[190]. De esta manera, la convivencia de los ordenamientos jurídicos debe buscar la unidad de la comunidad política destinataria de los mismos, de tal forma que no se amenace ni se afecte su continuidad[191].

Este proceso legitimador en América Latina se verifica a partir de las cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional lo que evidencia una construcción ascendente en torno al SIDH.

En tal sentido, el artículo 1º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos reguló que:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”(Énfasis agregado)

“Artículo 5º La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (Énfasis agregado)

La República de Costa Rica en su Texto Superior estableció que:

“Artículo 7. Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concertados, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes.”

Por su parte, Bolivia determinó en su Carta lo siguiente:

“Artículo 13 IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Artículo 256: “I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.”

La Constitución de la República de Ecuador consagró que:

“Artículo 11.3: Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Artículo 424. “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” (Énfasis agregado)

La Constitución de la Nación Argentina consignó en su artículo 75.22 lo siguiente:

“22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o

Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.” (Énfasis agregado)

En el caso colombiano, el artículo 93 de la Constitución contiene la cláusula de apertura a los ordenamientos internacionales en los siguientes términos:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” (Énfasis agregado)

51. En suma, el SIDH tiene su fuente legitimadora en las cláusulas de apertura constitucional de los Estados parte que reconocen la inclusión de instrumentos internacionales en el sistema de fuentes interno, en especial la CADH, la cual interactúa con la normativa nacional bajo estrictas premisas de subsidiariedad y complementariedad, tal y como lo dispone el preámbulo de dicho Pacto “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (Énfasis agregado). Conforme a lo anterior, a continuación la Corte analizará la forma en que se presentan las interacciones normativas entre la CADH y el ordenamiento interno del país, con fundamento en el concepto de bloque de constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad y su proceso hermenéutico

52. Tal y como se expuso previamente, la garantía del derecho fundamental de acceso al desempeño de cargos públicos está consagrada no solo en el texto formal de la Carta Política, sino también se encuentra establecida en instrumentos internacionales que no son parámetro de validez en términos supraestatales, sino que integran el ordenamiento superior y su desconocimiento debe alegarse en el marco de la figura del bloque de constitucionalidad conforme lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 214 Superiores.

Esta Corporación ha establecido[192] que el marco normativo de protección de los derechos fundamentales está constituido por las disposiciones jurídicas de orden interno así como aquellas de naturaleza internacional, que conforman un entramado en constante evolución e interacción, a través del concepto de bloque de constitucionalidad[193].

53. La fuerza vinculante de la normativa constitucional no es exclusiva de los artículos que formalmente conforman el texto Superior, pues, según la doctrina y la jurisprudencia, la

Carta está compuesta por un grupo más amplio de principios, reglas y normas, que integran el denominado “bloque de constitucionalidad”[194]. Dicho de otra manera, la Constitución no se agota en su texto formal, sino que existen otras disposiciones normativas que sin hacer parte del mismo, tienen la misma jerarquía superior, lo que implica que en conjunto configuran los parámetros de interpretación y de control de constitucionalidad.

54. De esta forma, pueden distinguirse dos acepciones del bloque de constitucionalidad: i) stricto sensu: conformado por aquellos principios y normas que han sido integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por tal razón tienen rango superior; y ii) lato sensu: que recoge las disposiciones que tienen una posición preferente en el sistema de fuentes frente a las leyes ordinarias, sin que tengan naturaleza constitucional, como es el caso de las leyes estatutarias y orgánicas, las cuales además, sirven de referente necesario para la creación legal y para el control constitucional[195].

55. La principal función que cumple el mencionado instrumento es la de servir de parámetro para determinar la validez constitucional de las disposiciones sometidas a su control[196]. Adicionalmente, cumple una labor interpretativa, pues sirve de referente hermenéutico sobre el contenido de las disposiciones constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales. A su vez, tiene una función integradora, que brinda una provisión de los marcos específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones superiores expresas, por remisión directa de los artículos 214, 93, 94, 44 y 53 de la Carta[197].

De igual manera, orienta las políticas públicas de conformidad con la normativa internacional incorporada al ordenamiento interno; es complementario, por cuanto amplía el alcance del contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el texto, y de no existir, los incorpora al mismo. Y finalmente, actualiza la labor hermenéutica de los derechos fundamentales[198].

56. En conclusión, el texto Superior, con fundamento en el bloque de constitucionalidad, está conformado por una serie de principios, preceptos y valores que irradian el derecho interno y las decisiones judiciales. De esta manera, todo el ordenamiento jurídico, tanto en su expedición, aplicación e interpretación, debe ajustarse y realizar una labor hermenéutica a la luz de las disposiciones de jerarquía superior que conforman el mencionado cuerpo normativo.

La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fuente de derecho del bloque de constitucionalidad

57. Ahora bien, el proceso hermenéutico de las fuentes de derecho que integran el bloque de constitucionalidad puede tornarse complejo, no solo por la diversidad jurídica de sus contenidos, sino también por la labor realizada por los intérpretes autorizados de cada cuerpo normativo pues, como se advirtió, no existe jerarquía y sus relaciones se sustentan en la interdependencia, la coordinación y la complementariedad.

58. La regla general de interpretación del derecho internacional encuentra su principal referencia en el artículo 31 de la Convención de Viena que establece los siguientes parámetros:

1. Interpretación de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y con base en su objeto y fin;

2. En tal sentido, el contexto en términos hermenéuticos comprenderá además del texto, el preámbulo y sus anexos, lo siguiente:

a. Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b. Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. De igual manera, junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Finalmente, se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Por su parte, el artículo 32 de la Convención mencionada, establece que constituyen elementos complementarios de interpretación los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias que dieron lugar a su celebración.

59. Por otra parte, la CADH estableció en su artículo 29 las siguientes reglas de interpretación:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Por su parte, el artículo 30 consagró:

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los

derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

60. No obstante, el ejercicio de concreción del mencionado instrumento internacional ha requerido que la Corte IDH haya acudido a otros métodos hermenéuticos, especialmente la interpretación evolutiva, que tiene como principal referente los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, porque permite considerar los desarrollos en la existencia del tratado.

En la Opinión Consultiva OC-16 de 1999[199], la CIDH expresó:

“112. El examen de esta cuestión se inicia necesariamente con la consideración de los criterios que rigen la interpretación de las últimas normas citadas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Carta de la OEA, que son tratados bajo el concepto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deben ser interpretados en los términos del artículo 31 de ésta (supra 58).

113. Como se desprende de la norma citada, al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia,

[...] la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el corpus juris gentium se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones.

114. Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer versus Reino Unido* (1978), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Loizidou versus Turquía* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.” (Énfasis agregado)

En el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, esa Corte manifestó:

“148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de

protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.”[200]

En el caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación in vitro”) contra Costa Rica, la Corte IDH reiteró la regla jurisprudencial de interpretación evolutiva del tratado contenida en los casos de “La masacre de Mapiripan” contra Colombia[201]; *Atala Riffo y niñas* contra Chile[202]; *Liakat Ali Alibux* contra Surinam[203] entre otros pronunciamientos, en el sentido de que:

“245. Este Tribunal ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Por su parte, la Corte Europea ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación del tratado.”[204]

61. De esta manera, la interpretación de la Convención en el marco del bloque de constitucionalidad, implica entender dicho instrumento en clave de las lógicas evolutivas. De la misma forma, la Constitución en sentido material no es simplemente una máquina cuya operación está condicionada a la plena observancia de sus instrucciones, pues su texto inicial y sus enmiendas han sido rebasadas por las realidades políticas y sociales que ha tratado de reconfigurar. Para WILSON, la aproximación hermenéutica al texto superior rebasa el contenido literal del acuerdo político y se extiende a la evolución orgánica de los patrones de autoridad[205].

Conforme a lo anterior, el contenido material de la Constitución debe ser entendido como un “derecho viviente”[206] o como una “carta viviente”[207] que es “capaz de crecer”[208], pues dicho texto Superior es sensible o receptivo a la evolución de las necesidades sociales y a los ideales de justicia fundamental[209].

62. En efecto, es innegable que con el paso del tiempo el juez se percata de los patrones cambiantes de las costumbres sociales y de esta manera se mantiene una sintonía del derecho con el desarrollo social[210], no obstante, dicha aproximación de ninguna manera implica desechar la importancia de la soberanía popular fundadora de la Constitución[211].

De esta manera, el trabajo del Tribunal constitucional no gravita en torno a la defensa del concepto original de los textos superiores legados por los constituyentes fundadores, ni por la salvaguardia de la reconstrucción y supervivencia orgánica de los mismos. Su tarea recae en la reflexión sobre todos los principios reafirmados por el pueblo para usarlos como pesos y contrapesos a las pretensiones políticas del día. Es decir, se trata de una pretensión organicista de diálogo dinámico entre generaciones que ofrezca como resultado una evaluación realista de la vida democrática contemporánea[212] y de los nuevos contextos constitucionales que reflejan las dinámicas cambiantes de la sociedad.

63. En este marco, caracterizado por el dinamismo, una de las herramientas que permiten verificar las realidades cambiantes de los Estados parte y sus actuaciones, particularmente, la forma en que llenan de contenido los derechos establecidos en la CADH y de tal manera, cumplen con sus obligaciones internacionales, es la doctrina del margen de apreciación. Esta ha sido identificada como el ámbito de deferencia que los órganos internacionales reconocen a las instituciones nacionales para cumplir con las obligaciones derivadas de los tratados sobre derechos humanos[213] y está sustentada en el principio de subsidiariedad que orienta la actuación de la normativa internacional, pues esta solo opera después de la interna y en defecto de la misma[214].

Se trata de una herramienta desarrollada principalmente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su primera invocación fue hecha por la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1958, particularmente en el caso Grecia c. Reino Unido[215]. Este asunto pretendía examinar la compatibilidad de algunas medidas restrictivas de los derechos fundamentales adoptadas en Chipre con el artículo 15 del Convenio de Roma [216].

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica[217] utilizó el concepto de “poder” de apreciación para estudiar una legislación belga destinada a combatir y suprimir la mendicidad, específicamente la posibilidad de intervenir las comunicaciones postales durante el periodo de detención, en el contexto a la vida privada reconocida en el artículo 8 del Convenio de Roma[218]. De igual forma, en el caso Handyside c. Reino Unido[219] que evaluó las medidas restrictivas impuestas sobre una publicación conforme al artículo 10 del Convenio de Roma[220], entre otras decisiones.

64. Ahora bien, el desarrollo de este concepto puede identificarse en atención a los preceptos del Convenio Europeo analizados por el Tribunal de esa región. En tal sentido, se presentan sucintamente las decisiones judiciales más relevantes al respecto:

i) Las restricciones de los Estados parte a varios derechos consagrados en el Convenio bajo similar estructura, como son los artículos 8[221], 9[222], 10[223] y 11[224]. Estas garantías están formuladas en dos numerales, pues en su primer apartado describen su contenido de manera general y en el segundo, disponen las condiciones que permiten exceptuarlo y adoptar medidas restrictivas, siempre que estén previstas en la ley y constituyan medidas necesarias en un sociedad democrática[225]. En estos casos, el margen de apreciación se ha basado en la constatación de la conformidad de la limitación del derecho con el principio de legalidad, principalmente en un análisis jurídico de las

circunstancias particulares de su adopción y del grado de generalidad con que ha sido redactada la restricción[226]. De esta manera, en el caso *Sunday Times v. United Kingdom* el Tribunal expresó que la ley debe ser formulada con suficiente precisión para habilitar la regulación de la conducta de los ciudadanos[227].

De otra parte, la necesidad de la medida en el marco de esta forma de regulaciones y restricciones ha sido entendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Handyside c. Reino Unido* como el examen de la realidad social como contexto de análisis de la necesidad de la medida, la proporcionalidad como elemento que legitima los objetivos perseguidos y si la justificación de las limitaciones realizada por el Estado es relevante y suficiente[228].

ii) Las limitaciones a los derechos contenidos en los artículos 12[229], 13[230] y 14[231] aunque presentan estructuras normativas distintas, fueron redactadas en términos generales y han sido analizadas con base en metodologías similares, pues se estudian criterios de necesidad y de proporcionalidad así como los objetivos perseguidos[232]. En tal sentido en el caso *De Souza Ribeiro c. Francia* el Tribunal estableció en un asunto en el que se estudiaba el alcance del derecho a un recurso judicial efectivo, que los Estados tienen discreción para consagrar el sistema de recursos judiciales internos más adecuado en atención a la estructura de su ordenamiento jurídico, siempre que dicha normativa no convierta a los mismos en ineficaces o inaccesibles[233].

65. Conforme a lo expuesto, la aplicación de la doctrina del margen de apreciación está condicionada a circunstancias de naturaleza intrínseca que se refieren a:

65.1. El acto interno que se analiza, en especial la garantía del principio de legalidad, el grado de generalidad en su aplicación y su formulación precisa sobre la regulación adoptada.

65.2. El derecho regulado o restringido con lo que se determina la amplitud del margen de apreciación de los Estados y la intensidad del control ejercido por el Tribunal. En este sentido se encuentran los derechos sobre los cuales el Convenio ha establecido una intensa configuración legal como los relacionados con la propiedad y las garantías procesales, sobre los cuales el margen de configuración es amplio y el control internacional es poco intenso[234].

De otra parte, están aquellos derechos que hacen parte del *ius cogens* y por lo tanto tienen carácter imperativo e inderogable, como sería el caso de la prohibición de la tortura, la cual resulta indisponible para los Estados, por lo que en estos casos, el margen de apreciación se reduce y el control internacional es más estricto[235].

65.3. La naturaleza de la obligación contenida en el Convenio: derivada del carácter positivo o negativo del mandato. En tal sentido, el Tribunal ha tenido una mayor deferencia hacia los Estados cuando se trata de obligaciones de carácter positivo como lo expresó en el caso *Pretty c. United Kingdom* en el que estableció que los Estados no tenían una obligación para adoptar medidas tendientes a la asistencia al suicidio[236]. De igual manera, en los casos *Matthews c. United Kingdom* y *Sitaropoulos y Giakoumopoulos c. Grecia* concluyó que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para reglamentar

las modalidades de ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo[237].

No obstante, en casos como Airey c. Irlanda y López Ostra c. España el margen de apreciación se ha reducido y el control ha sido más estricto, sobre medidas adoptadas por los Estados en desarrollo de sus obligaciones internacionales positivas, pero que han resultado insuficientes o configuran obstáculos para la garantía plena del derecho, o están alejadas de la práctica generalmente aceptada por la comunidad internacional[238].

65.4. Los intereses jurídicos en tensión: en el sentido de que pueden encontrarse en dimensiones públicas y privadas, por lo que deben ser ponderados al momento de analizar la necesidad y la proporcionalidad de la restricción[239]. En el caso Stoll c. Suiza el Tribunal utilizó un margen de apreciación amplio para permitir la adopción de medidas de restricción al derecho a la libertad de expresión con la finalidad de proteger intereses públicos como la seguridad nacional. De esta manera, concluyó que las sanciones penales impuestas a un periodista que reveló secretos oficiales no resultaban desproporcionadas[240].

66. De otra parte, la circunstancia extrínseca que condiciona la aplicación del margen de apreciación nacional es el consenso, entendido materialmente como el acuerdo general de los sujetos que operan en un determinado sistema de protección internacional, que indica los intereses y convicciones aceptados de manera general y que además, permite identificar el contenido y la obligatoriedad de las normas internacionales aplicables en sus relaciones[241].

Este elemento es coherente con los esfuerzos de la comunidad internacional para lograr acuerdos sobre los estándares mínimos de reconocimiento y protección de los derechos humanos, no solo en los escenarios universal y regional, sino también en los ámbitos locales, muestra de ello son las normas que pertenecen al ius cogens.

67. No obstante, la posibilidad de encontrar acuerdos indiscutibles sobre el contenido y alcance de los derechos individualmente considerados, salvo las normas de ius cogens, muestra dificultades, principalmente en el plano local, en atención a que los Estados son los llamados a concretar los enunciados normativos que se encuentran en los tratados internacionales, particularmente porque las reglas que los definen están consagradas con altos niveles de generalidad[242]. Dicho proceso se realiza desde la evolución social que se manifiesta en la diversidad jurídica y cultural de la comunidad que tiene la obligación de dar vida a las normas internacionales y determinar el contenido preciso de las garantías establecidas, con la plena observancia del núcleo inderogable de las mismas[243].

De esta manera, la verificación del consenso a partir de la aceptación o rechazo mayoritario de la concreción o restricción de un determinado derecho contenido en un instrumento internacional, puede generar el desconocimiento de las minorías que no comparten la concepción generalizada y aplica los derechos humanos desde su específica identidad cultural y jurídica[244], bajo los preceptos de una sociedad democrática y organizada como un Estado Constitucional de Derecho, la cual en ningún caso se aparta del respeto por la garantía del núcleo esencial de cada derecho materializado.

Por tal razón, en ocasiones el consenso no es suficiente para condicionar la aplicación del

margen de apreciación nacional, puesto que en determinados casos el Estado y sus instituciones están en mejor posición para establecer si una medida desconoce o no las obligaciones internacionales, ya sea porque esta postura efectiviza el principio de subsidiariedad o porque está en contacto directo y constante con la realidad presente en un momento particular[245]. Lo anterior no significa que la aplicación de la Convención dependa de la arbitrariedad del Estado, pues su actuación en estos casos debe evaluarse a partir de análisis sobre la razonabilidad y la proporcionalidad[246] de la medida que restringe el derecho[247].

68. El sistema interamericano no ha sido ajeno a la doctrina del margen de apreciación nacional. En efecto, la Comisión IDH ha utilizado este concepto en los siguientes pronunciamientos:

- Caso José Efraín Montt contra Guatemala:

“A partir de esta premisa, considera la Comisión que el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso sub-judice, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional.

(...)

Al respecto recuerda la Comisión que esto debe analizarse de acuerdo a las circunstancias del caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el período histórico. Nuevamente aquí la Comisión debe reafirmar el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación, el cual debe ser siempre concebido tendiente al refuerzo del sistema y sus objetivos.”[248]

- Caso Walter Vásquez Vejarano contra Perú:

“Aunque en general recae en los propios Estados y sus poderes públicos en particular el “margen de apreciación” para determinar la necesidad de declarar el estado de emergencia, por tener un conocimiento directo e inmediato de las circunstancias de hecho por las que atraviesa el país, ese margen de apreciación no es ilimitado. La Comisión tiene la función de evaluar si las circunstancias que condujeron al Gobierno peruano a declarar una emergencia en abril de 1992 encuadran dentro del significado convencional de los términos “guerra, peligro público” u “otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”. La Comisión debe evaluar, por ejemplo, si Perú ha excedido la “medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación”. En consecuencia, el margen de apreciación a nivel interno está acompañado por una supervisión interamericana. La Comisión debe valorar apropiadamente aspectos relevantes, tales como naturaleza de los derechos afectados por la suspensión, la circunstancias que motivaron el estado de emergencia y su duración.”[249]

- Caso Álvaro Robelo González contra Nicaragua:

“La regulación y determinación de la nacionalidad es competencia de cada Estado

soberano; a éste le corresponde regular con sus leyes la adquisición de la propia nacionalidad, como así también la nacionalidad por naturalización. En efecto, cada Estado estipula, de manera soberana, la normativa sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad.”[250]

- Caso Statehood Solidarity Committee contra USA:

“Al interpretar el artículo 23 de la Convención Americana, la Comisión ha reconocido que el grado de autonomía que debe otorgarse a los Estados para organizar sus instituciones políticas a fin de dar efecto a esos derechos, como el derecho a la participación política, deja margen a una amplia variedad de formas de gobierno. Como lo ha determinado la Comisión, su función y objetivo no es crear un modelo uniforme de democracia representativa para todos los Estados, sino determinar si la legislación de un Estado infringe derechos humanos fundamentales. La Comisión ha reconocido análogamente que no todas las diferencias de tratamiento están prohibidas por el derecho internacional en materia de derechos humanos y esto se aplica igualmente al derecho a participar en el gobierno.”[251]

69. De otro lado, la Corte IDH también ha utilizado de manera expresa o implícita el concepto de margen de apreciación tanto en su labor consultiva como jurisdiccional. A continuación se presentan los pronunciamientos más relevantes:

Invocación expresa del margen de apreciación

- Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Párrafo 161. Derecho a un recurso judicial efectivo. Artículo 8.2 de la Convención:

“161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.” (Énfasis agregado)

- Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Derecho a la nacionalidad y ejercicio de derechos políticos. Párrafo 62:

“62. Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país.”

(Énfasis agregado)

Invocación implícita del margen de apreciación

- Opinión Consultiva OC-22/16 26 de febrero de 2016. Titularidad de derechos de personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Párrafo 63:

“Al efectuar una interpretación evolutiva, la Corte ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Por su parte, el Tribunal Europeo ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir, para especificar el contexto de un determinado tratado. Con la finalidad de verificar la práctica de los Estados Parte de la Convención Americana se expondrán a continuación los países en que se han reconocido derechos fundamentales a las personas jurídicas.”

- Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 256. Fecundación In Vitro. Artículo 4.1 de la Convención derecho a la vida:

“256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.”

-Caso Castañeda Gutman vs México. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Párrafos 165, 166 y 204. Análisis del artículo 23 frente a la regulación de las candidaturas independientes. La Corte IDH consideró que en el sistema regional al igual que en el europeo, no se estableció un sistema electoral específico ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. Los parámetros generales consagrados en la CADH permiten que los estados regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, incluso momentos históricos diferentes. De esta forma, la Corte precisó que las comunidades locales deben definir la forma en que se organizan las instituciones de acuerdo con sus normas constitucionales.

- Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados, párrafo 79:

“Por su parte, en relación con lo establecido en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha observado que: [...] en general y dentro del marco que en él se fija, el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En

particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. [...] A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado Parte en virtud del Pacto.”

70. En suma, la doctrina del margen de apreciación no es ajena a los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, pues las instituciones y los órganos jurisdiccionales la han aplicado con sus propias particularidades e intensidades. En tal sentido, la deferencia que se le otorga a los Estados Parte de la Convención no implica de ninguna manera la aplicación arbitraria de los contenidos de las obligaciones internacionales y la imposición de restricciones injustificadas a los derechos, sino que la misma debe ser razonable y proporcionada y no puede desconocer el núcleo esencial del derecho afectado.

De esta forma, se trata de un valioso instrumento en la interpretación y la aplicación de las normas de derechos humanos en el ordenamiento interno que permite un adecuado equilibrio entre la soberanía estatal y el control jurisdiccional internacional. Adicionalmente, permite reconocer la evolución y el fortalecimiento de las instituciones democráticas y constitucionales de los Estados, la diversidad y las tradiciones jurídicas y sociales producto de una comunidad organizada y la posibilidad de adoptar decisiones en el marco de su autodeterminación, con las cuales concretan los contenidos de los derechos a partir de ejercicios balanceados y ponderados con referencia a su ordenamiento constitucional compuesto por normas internas e internacionales, lo que fortalece el diálogo transjudicial.

71. Bajo esa perspectiva, el fenómeno de la globalización ha intensificado la interdependencia entre Estados y entidades internacionales, cuyos efectos también han impactado a los órganos judiciales[252], con la consecuente necesidad de establecer canales de comunicación que permitan materializar los objetivos comunes acordados.

De igual forma, se trata de un proceso de fertilización mutua (cross-fertilization)[255] porque conduce a influencias e interacciones recíprocas en materia de criterios, doctrina y razonamientos jurídicos[256]. Dicho fenómeno tiene diversas intensidades, pues está guiado por los principios que sustentan su comunicación, la cual puede ser obligatoria, en atención a la subsidiariedad, la complementariedad, las cláusulas de apertura constitucional y el margen de apreciación nacional, entre otros. Además, pretende garantizar la convivencia entre los ordenamientos jurídicos que conforman el sistema de protección bajo el marco de bloque de constitucionalidad, con el objetivo de evitar que las decisiones adoptadas por los diversos órganos jurisdiccionales lleven a situaciones de bloqueo institucional por la incompatibilidad absoluta de los postulados[257].

72. En conclusión, el bloque de constitucionalidad implica la integración de distintos cuerpos normativos nacionales e internacionales, con la finalidad de ampliar los contenidos materiales de la Carta, en atención a la habilitación Superior contenida en las cláusulas de apertura de los artículos 93, 94 y 214 del Texto Fundante. El fortalecimiento de dicho instrumento depende del diálogo transjudicial entre los diferentes órganos que interactúan de manera interdependiente y no bajo estructuras jerarquizadas o verticales.

La aplicación del artículo 23 de la CADH y la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

73. La Corte IDH ha interpretado el artículo 23 de la CADH y le ha otorgado un amplio margen de configuración a los Estados, pues la Convención no impone modalidades específicas para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado, sino que traza los parámetros generales que determinan el contenido mínimo de los derechos políticos y le otorga la facultad a los Estados para que los regulen de acuerdo con sus normas constitucionales y con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales. Conforme a lo expuesto, ese Tribunal en el caso Castañeda Gutman contra México, expresó:

“165. Por su parte, en el ámbito regional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde su primer caso en que fue solicitado un pronunciamiento sobre el derecho a votar y a ser votado que se deriva del artículo 3 del Protocolo 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, señaló que dicha disposición no crea ninguna obligación de establecer un sistema electoral específico. Asimismo, señaló que existen numerosas maneras de organizar e implementar sistemas electorales y una riqueza de diferencias basadas en el desarrollo histórico, diversidad cultural y pensamiento político de los Estados. El Tribunal Europeo ha enfatizado la necesidad de evaluar la legislación electoral a la luz de la evolución del país concernido, lo que ha llevado a que aspectos inaceptables en el contexto de un sistema puedan estar justificados en otros.

166. El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.

204. Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales. A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. La sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad, fundamental e

inexcusable de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas para revertir esta situación. En este sentido los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros.” (Énfasis agregado)

74. Por su parte, el demandante solicita la aplicación de los criterios jurisprudenciales contenidos en la Sentencia López Mendoza vs Venezuela, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En aquella oportunidad ese Tribunal expresó que:

“La Corte debe determinar si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular son o no compatibles con la Convención Americana.”[258] (Énfasis agregado)

Esta Corte en Sentencia C-028 de 2006[259] expresó que el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula el acceso a cargos públicos “(...) debe ser interpretado armónicamente con un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, los cuales, si bien no consagran derechos humanos ni tienen por fin último la defensa de la dignidad humana, sino que tan sólo pretenden articular, mediante la cooperación internacional la actividad de los Estados en pro de la consecución de unos fines legítimos como son, entre otros, la lucha contra la corrupción, permiten, a su vez, ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional.” (Énfasis agregado)

En la Sentencia SU-712 de 2013[261] esta Corporación precisó los alcances del fallo López Mendoza vs Venezuela proferido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones conforme a las garantías del debido proceso. Y a continuación reconoció expresamente que “las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas[262]”, de manera que lo que se exige es que en el marco de esas actuaciones se respeten el debido proceso y las garantías que le son inherentes[263].

Bajo esa perspectiva, ese Tribunal en el caso Baena Ricardo y otros contra Panamá, reiterado en el caso Vélez Loor contra Panamá, había expresado que:

“En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la

seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.”[264] (Énfasis agregado)

75. Esta Corporación en la Sentencia SU-712 de 2013, se refirió al voto concurrente del Juez Diego García-Sayán a la Sentencia López Mendoza vs Venezuela, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que expresó:

“Por las consideraciones que se exponen en la Sentencia, la Corte ha concluido que en este caso se vulneró el artículo 23.2 de la Convención Americana. Sin embargo, de sustentarse esa conclusión exclusivamente en una interpretación literal de la norma y no ser complementada con una explicación y fundamentación mayor, así como con otras herramientas de interpretación, podría conducir a conclusiones equívocas si se proyectara más allá del caso y para otras situaciones de afectación de derechos políticos. Que, particularmente, podría ser interpretada en un sentido debilitante de capacidades institucionales de los Estados en el enfrentamiento al flagelo de la corrupción.”(Énfasis agregado)

76. De acuerdo con lo anterior, esta Sala Plena ha afirmado la necesidad de hacer una lectura restrictiva y cautelosa del mencionado fallo, debido a que otros instrumentos internacionales y la normatividad interna de la mayoría de los Estados, consagran la posibilidad de imponer restricciones al sufragio pasivo mediante la inhabilitación, lo que configura una estrategia legítima en la lucha contra la corrupción[265]. Eso significa que si bien el mencionado fallo es referente de interpretación de normas de la Convención Americana, no constituye parámetro de validez de las normas internas, pues cuando los Estados deben aplicar dicho artículo, no pueden considerarlo de manera aislada del resto de normas nacional e internacionalmente exigibles.

La Contraloría General de la República y el control fiscal

77. La Contraloría General de la República es un organismo de control estatal con competencias específicas, que acompaña horizontal, colaborativa y armónicamente a las ramas tradicionales del poder público[266], a través de una función especializada y autónoma[267] mediante la cual: inspecciona la actividad fiscal externa[268] de todas las instituciones del Estado desde el punto de vista financiero, de gestión y de resultados[269].

Su marco de acción es el control fiscal[270], función “que consiste en vigilar la gestión fiscal de los servidores del Estado y de las personas de derecho privado que manejen o administren fondos o bienes”[271] públicos, en todos los órdenes y niveles[272], con el propósito de optimizar y asegurar el uso efectivo del patrimonio de la Nación para conseguir los objetivos constitucionales[273].

78. Dicho control tiene lugar siempre que haya gestión fiscal[274]. Ello significa que ha de presentarse cuando quiera que exista "(...) administración o manejo de (...) bienes [públicos], en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición"[275]. Toda actividad pública que implique la afectación de recursos estatales con arreglo a finalidades compatibles con el interés general, tendrá vigilancia, con la finalidad de proteger el patrimonio colectivo y asegurar la "moralidad en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado"[276].

Su consagración constitucional obedece a la necesidad que surge para los Estados Republicanos, de preservar el erario y de consolidar una instancia "que garantice y verifique la correcta ejecución de los presupuestos públicos, evitando y/o sancionando el despilfarro, la desviación de recursos, los abusos, las pérdidas innecesarias y la utilización indebida de fondos"[277].

El Consejo de Estado ha llamado la atención sobre la relación que existe entre el uso de los recursos públicos y el derecho a la moralidad administrativa[278], bajo el entendido de que la misma "(...) no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad"[279].

79. La Corte ha señalado que el modelo de control fiscal consagrado en la Constitución de 1991 se caracteriza por marcar una transformación radical en relación con el anterior (con un enfoque previo[280] y preceptivo[281]), para consolidarse bajo un esquema de "carácter posterior, selectivo, amplio e integral"[282], que opera mediante la complementariedad de los mecanismos externos e internos de seguimiento a la actividad fiscal. El primero lo ejerce la Contraloría General de la República junto con las contralorías territoriales y, el segundo, cada entidad pública[283] en consonancia[284] con los parámetros y lineamientos de aquella entidad nacional[285].

El esquema actual de control fiscal tiene el propósito de conjurar las imperfecciones de su antecesor, al que se le criticó por generar una intromisión en la administración[286], que hacía del órgano fiscalizador un coadministrador que llegó a vetar las decisiones de gestión pública[287], impedir el normal funcionamiento de las entidades y a crear focos de corrupción[288]. El esquema de control fiscal actual se diseñó entonces en función de la defensa efectiva del patrimonio público, caracterizado por ser:

a. Amplio en dos sentidos. Primero, en relación con los sujetos de control[289], al comprender la actividad fiscal de los diferentes niveles de la administración pública y de los particulares y entidades, de carácter público o privado, que manejen fondos o bienes de la Nación[290], es decir, recae sobre "(...) personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado"[291].

En segundo lugar, es amplio de acuerdo con su alcance, pues la vigilancia fiscal implica un control financiero, de legalidad, gestión, resultados, cuentas y valoración de los mecanismos de control interno de las entidades o personas controladas, con el propósito de determinar si la asignación de los recursos públicos maximiza los resultados de la gestión administrativa. Además, se presenta en la totalidad de los sectores y actividades en las que se manejen recursos públicos[292].

b. Integral, porque la actividad abarca la totalidad del proceso de la gestión de los recursos públicos. Inicia con la recepción de aquellos por parte de la entidad pública, comprende la verificación del “manejo de los bienes y recursos públicos en las etapas de recaudo, gasto, inversión, disposición, conservación, enajenación”[293], y finalmente supone la valoración del logro de los resultados para el que fueron destinados[294], con el objetivo de establecer si se respetaron los principios superiores y si se desplegó para la consecución de los fines constitucionales asignados a cada una de las entidades y autoridades[295].

La inclusión de los resultados del uso de los recursos públicos deriva de una mirada que trasciende los perfiles económico-formalistas, conforme a la cual la protección no solo implica la integridad del patrimonio público, sino su dimensión programática en relación con los fines y los resultados de la gestión proyectada[296].

c. Complementario entre las dos modalidades de control -externa (asumida por la Contraloría General de la Nación, la Auditoría General de la República y las contralorías municipales territoriales) en forma posterior y selectiva, e interna y previa[297] (desplegada por cada entidad) en el marco de su actividad administrativa[298]- pues fueron diseñadas por el constituyente con el objetivo de “(...) garantizar la eficacia e integridad del control fiscal, y hacerlo compatible con la opción del constituyente por un modelo posterior de control externo y con la autonomía del órgano encargado de llevarlo a cabo”[299].

d. Posterior, en el sentido de que los organismos de control fiscal solo están facultados para desplegar sus competencias una vez la administración ha actuado, de modo que su actividad “(...) empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando [la autoridad administrativa] ha adoptado ya sus decisiones”[300]. Cabe resaltar que esta característica debe interpretarse de forma armónica con la integridad de la fiscalización[301].

e. Selectivo, pues como lo establece el artículo 5º de la Ley 42 de 1993, se basa en “(...) la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal”. Lo anterior, en el entendido de que, en la práctica, no todas las actividades administrativas pueden ser objeto de control y lo son aquellas que permitan consolidar una visión global de las operaciones de las autoridades[302].

80. Bajo este diseño, el control fiscal se consolida como una herramienta eficaz e idónea para la protección del patrimonio público. Se efectúa a partir de la inspección de la gestión fiscal, en sí misma considerada, como también de los resultados conseguidos a través de aquella[303], labor que permite verificar el correcto manejo de los recursos públicos[304] y establecer si en el ejercicio de la gestión de los recursos colectivos se cumplen las normas

que sujetan a la administración en términos de legalidad[305] y se asegura el cumplimiento de los fines constitucionales y misionales de cada una de las entidades[306].

Para ello, la Contraloría verifica si la gestión fiscal se desplegó con arreglo a (i) los principios de contabilidad aceptados o señalados por el Contador General; (ii) los criterios de eficiencia y eficacia para la gestión de los recursos públicos; y (iii) a los objetivos de la administración pública[307]. En caso de encontrar la trasgresión de los mismos, la Contraloría cuenta con instrumentos para resarcir el daño ocasionado al erario.

De esta suerte, a la mencionada entidad le fueron confiadas 4 actividades orientadas a la defensa del patrimonio de la Nación[308]: (i) la vigilancia del manejo de los recursos públicos, (ii) la valoración de los costos ambientales en la planificación de la acción del Estado, (iii) el análisis de la gestión macroeconómica para lograr un control político al respecto y (iv) la determinación de la responsabilidad fiscal, a través de los procedimientos, ordinario y verbal, previstos para ello[309], por las decisiones administrativas adoptadas para el manejo de los recursos públicos. El artículo 268 superior señala que es propio de la Contraloría General de la República “[e]stablecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma”.

81. La declaratoria de responsabilidad fiscal se encuentra sujeta a “principios constitucionales comunes como el debido proceso y los que regulan la actuación administrativa”[310], pero al mismo tiempo tiene especificidades asociadas a su naturaleza y fines, su propósito es la protección de los recursos de la Nación y la preservación de la moralidad administrativa en relación con ellos. En consecuencia, el proceso para determinarla tiene por finalidad “resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga[n] a su cargo la gestión fiscal”[311]. En tal sentido, tiene un carácter patrimonial resarcitorio mas no sancionatorio, pues pretende que “el funcionario repare el daño causado al erario por su conducta dolosa o culposa”[312].

82. El proceso de responsabilidad fiscal fue definido por el Legislador como “el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”[313].

Esta Corporación lo ha caracterizado como un proceso (i) de naturaleza administrativa al punto en que la decisión se consigna en un acto de la misma esencia, controvertible en la jurisdicción contencioso administrativa[314]; (ii) sin vocación sancionatoria, sino meramente resarcitoria, toda vez que persigue el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio público; y (iii) sujeto a las directrices constitucionales en materia de debido proceso administrativo[315].

El mencionado trámite deriva en un juicio sobre (i) la responsabilidad por la indebida gestión de los bienes y recursos estatales encomendados a servidores públicos o particulares; (ii) que impone las medidas resarcitorias correspondientes; y, como se verá, (iii) faculta al ejercicio de la jurisdicción coactiva respecto de los valores por recuperar[316].

83. En suma, el propósito de la labor desarrollada por la Contraloría General de la República se enfoca en la protección del patrimonio de la Nación, de modo que todos los mecanismos de los que dispone para el ejercicio de sus competencias constitucionales deben ser enfocados en función de la preservación de los recursos públicos entregados a los funcionarios y a los particulares encargados de su gestión. En esa medida, las competencias de investigación y declaración de responsabilidad fiscal, de las que dispone, no son facultades sancionatorias, sino resarcitorias, pues lo que persiguen la recuperación de los bienes afectados con las actuaciones irregulares.

84. El proceso de responsabilidad fiscal puede iniciarse de oficio, o con ocasión de una denuncia de las entidades vigiladas o de cualquier persona u organización. En caso de duda sobre el hecho, el daño patrimonial, la entidad pública afectada o los presuntos responsables, se lleva a cabo una etapa de indagación.

Establecidos todos estos elementos y a partir de indicios serios sobre la responsabilidad, se da apertura al proceso con la claridad sobre la cuantificación del daño causado. En cualquiera de sus etapas, es posible adoptar medidas cautelares sobre el patrimonio del presunto responsable con el propósito de asegurar la consecución del objetivo del procedimiento[317], que se limita al resarcimiento de los perjuicios causados al erario. Luego de practicar las pruebas decretadas, se adoptará una decisión de fondo que puede ser recurrida y controvertida ante la jurisdicción contencioso administrativa.

85. El fundamento de la imputación de la responsabilidad fiscal, es el mismo de la patrimonial por cuanto comparten sus elementos axiológicos[318]. Se trata del elemento subjetivo derivado del dolo o la culpa grave[319] del funcionario público o particular con incidencia en la gestión fiscal, ligado en forma específica a un “irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo”[320] y que a su vez, haya propiciado un daño antijurídico para el patrimonio de la nación. De tal suerte que la imputación de la responsabilidad fiscal deriva de la existencia de un daño fiscal, antijurídico, sufrido por el Estado, por causa de una conducta atribuible al funcionario[321].

86. En caso de encontrar configurada la responsabilidad fiscal del funcionario o particular sometido al proceso, la Ley 610 de 2000 fija dos consecuencias. La primera de ellas es la efectividad de la decisión, pues presta mérito ejecutivo, de tal manera que el monto del daño sea recuperable a través de la jurisdicción coactiva ejercida por las contralorías, con lo cual se satisface el propósito resarcitorio del proceso de responsabilidad fiscal[322] y se restablece el patrimonio público. La segunda es la inclusión del nombre del funcionario o particular, según sea el caso, en el boletín de responsables fiscales.

87. Dicho registro es un listado de aquellas personas que causaron un daño no resarcido, y que por ello no pueden ser nombrados, posesionados o designados contratistas por parte de ningún nominador o representante legal de entidades estatales. Es obligación de la Contraloría General de la República publicar trimestralmente los nombres de las personas naturales o jurídicas “(...) a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él”[323], a partir de la información propia, como de aquella recaudada a través de las contralorías territoriales.

Esta Corporación, a través de la Sentencia C-877 de 2005, al analizar el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, respecto del posible compromiso del derecho al habeas data y la consecuente necesidad de que dicha disposición tuviera rango estatutario, señaló que el objetivo de dicho boletín es “(...) facilitar al Estado el conocimiento de las personas a quienes se les haya dictado fallo de responsabilidad fiscal (boletín de responsables fiscales)” sin recuperación patrimonial.

Los datos que reposan en el boletín, son el resultado del proceso de responsabilidad fiscal que se logra mediante el respeto por el debido proceso[324]. Una vez emitida la decisión de fondo, todo lo atinente a la responsabilidad de la persona implicada sale de su fuero interno y de su intimidad, para convertirse en un asunto público[325].

Posteriormente, la Sentencia C-651 de 2006 precisó que la finalidad de dicho boletín es “(...) presionar legítimamente para lograr el pago por los daños y perjuicios ocasionados al Estado” y de este modo lograr el objetivo mismo del proceso de responsabilidad fiscal, mediante el deber de abstención de las entidades públicas para “iniciar o mantener relaciones jurídicas con quienes hayan sido declarados responsables de tal detrimento”.

Esa providencia reiteró la Sentencia T-1031 de 2003[326], en el sentido de que los fallos de responsabilidad fiscal, genera la inclusión obligatoria en este boletín, lo cual “(...) no implica la vulneración de los derechos fundamentales de los procesados, en tanto busca razonablemente proteger la integridad patrimonial del Estado, mediante el mecanismo de la publicidad de los nombres de los sujetos que han resultado responsables por faltas de esta naturaleza”[327].

Posteriormente, en un caso análogo, la Sentencia T-241 de 2008[328] precisó además que el boletín trimestral actualizado, debe servir como soporte para los certificados de antecedentes fiscales emitido por la Contraloría General de la República, pues su finalidad es la de “contar al momento de decidir [sobre el nombramiento, la posesión o la firma de los contratos estatales] con suficiente información fidedigna y actual de unas calidades, que garanticen (...) las mayores probabilidades de rectitud e idoneidad” en el manejo del patrimonio público.

Análisis del contenido de las normas demandadas

88. Para entender el marco del control constitucional abstracto en esta oportunidad se revisará cuál es el alcance de las normas acusadas. Una parte de la demanda ciudadana fue presentada en contra del numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Las disposiciones acusadas se encuentran ubicadas en el título IV sobre derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses del servidor público, particularmente, en el capítulo IV[329] de la mencionada normativa.

El artículo 38 establece otras inhabilidades para el desempeñar cargos públicos a partir del fallo que declara la responsabilidad fiscal, entre las que se encuentran las siguientes:

i) Además de la descrita en el artículo 122 Superior, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

ii) Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos 5 años, por faltas graves o leves dolosas, o ambas.

iii) Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal.

iv) Haber sido declarado responsable fiscalmente. Frente a este último evento, el párrafo 1º define la duración de la inhabilitación y la cesación de la misma por pago o por la exclusión del boletín de responsables fiscales.

89. Para la Sala, el apartado normativo que es objeto de reproche constitucional en el presente asunto tiene el siguiente alcance jurídico:

- Se trata de una disposición contenida en una ley vigente desde el año 2002, por lo que al momento de realizar el presente análisis cuenta con más de 16 años de vigor. Por lo tanto, a partir de ese momento las condiciones para el acceso a la función pública, con independencia de si se trata o no de procesos electorales, están definidas para todos aquellos que aspiran al servicio estatal.

- La proposición acusada hace parte de un cuerpo jurídico aplicable de manera general a todas las personas que pretenden acceder a la función pública, por lo que no constituye una forma de legislación ad hoc.

- La declaratoria de responsabilidad fiscal configura una restricción al ejercicio del derecho de acceso a cargos públicos, pues el Legislador la consagró como causal de inhabilitación.

- Se trata de una inhabilitación común o general para todos aquellos que pretenden ejercer funciones públicas, debido a que su formulación no estableció que su aplicación fuera exclusiva para el acceso a determinados cargos, sino que, su verificación se exige "para desempeñar cargos públicos" en términos genéricos. En otras palabras, la mencionada limitación opera para cualquier persona que pretenda desempeñar servicios estatales, sin importar su denominación o forma de acceso.

- Es una limitación temporal para el acceso al desempeño de cargos públicos, puesto que su duración está sometida a plazo o a condición de la siguiente manera: i) 5 años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente; ii) vencido el término anterior sin que se verifique el pago o la exclusión del boletín de responsables fiscales, la restricción continúa por 5 años si la cuantía fuere superior a 100 S.M.L.M.V, por 2 años si el monto fuere superior a 50 sin exceder de 100, por 1 año si la cuantía fuere superior a 10 sin exceder de 50, por 3 meses si fue igual o inferior a 10 S.M.L.M.V.

- Adicionalmente, la restricción depende de la voluntad del condenado puesto que cesa en el momento en que el sujeto pague la sanción impuesta por el detrimento al erario verificado por la Contraloría respectiva.

- No tiene naturaleza sancionatoria en atención a que la circunstancia que sustenta la restricción del derecho de acceso a los cargos y a la función pública se deriva de un hecho objetivo, determinado por la declaratoria administrativa de la responsabilidad fiscal, sin que en dicha decisión se adopte esta mencionada inhabilidad como pena accesoria o adicional.

90. Por su parte, el inciso tercero del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad de competencia de las contralorías, también demandado en esta oportunidad, se ubica en el Título III sobre consecuencias de la declaratoria de responsabilidad fiscal y se refiere a la inclusión en el boletín de responsables fiscales y sus efectos restrictivos en el derecho de acceso a cargos públicos.

Para la Sala, el aparte demandado está incluido en un cuerpo normativo vigente desde el 15 de agosto de 2000, por lo que tiene más de 18 años de vigor. Se trata de una disposición general que no está dirigida a un grupo o persona particular (ad hoc) y adicionalmente, impone a los representantes legales, así como a los nominadores y demás funcionarios competentes, so pena de incurrir en causal de mala conducta, el deber general de abstención de nombrar, posesionar o celebrar cualquier tipo de contrato a quienes aparezcan reportados en el boletín de responsables fiscales, con lo cual también establece un requisito para quienes pretenden acceder al ejercicio de la función pública. En el caso de no contarse con el boletín, los funcionarios públicos consultarán con la Contraloría General de la República la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el mencionado registro[330].

El numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 no desconocen la Constitución

91. La Sala precisa que la solución de los problemas jurídicos planteados se adelantará con base en la siguiente metodología: i) la verificación de la competencia del Legislador para el establecimiento de la causal de inhabilidad; y, ii) la aplicación del juicio de razonabilidad y proporcionalidad a las regulaciones acusadas.

El legislador es competente para establecer la inhabilidad por la declaratoria de responsabilidad fiscal

92. Tal y como quedó expuesto previamente, el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa en relación con el establecimiento de las condiciones que deben reunir las personas que pretenden acceder al ejercicio de funciones públicas.

De tal suerte que cuando el Congreso estableció una inhabilidad común, que no configura una sanción, puesto que se sustenta en un hecho objetivo haber sido declarado responsable fiscalmente, actuó en el marco de la habilitación constitucional contenida en los artículos 123 y 150.23 Superiores. En efecto, dicha normativa le otorgó competencia para regular el ejercicio de la función pública y la prestación de los servicios a cargo del Estado y permite el establecimiento de condiciones de acceso a cargos públicos derivadas de las declaratorias de responsabilidad fiscal, contenidas en los fallos proferidos por la Contraloría General de la Nación o sus entidades territoriales.

93. En efecto, la inhabilidad objeto de censura constitucional configura una genuina expresión del ejercicio de las funciones legislativas deferidas por el Constituyente al Legislador como órgano representativo y democrático por antonomasia, encargado de valorar, verificar y definir los hechos que configuran restricciones legítimas del derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos. En este caso, la afectación al patrimonio público declarada mediante un juicio administrativo de responsabilidad fiscal, fue evaluada por el Congreso como requisito negativo para el ingreso al servicio del Estado por lo cual, fue establecida dentro de los márgenes competenciales del Legislador. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena procederá a realizar el análisis de la inhabilidad acusada con base en el juicio razonabilidad y proporcionalidad, para verificar la constitucionalidad de la medida legislativa restrictiva, en el sentido propuesto en la demanda.

La inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscalmente es razonable y proporcionada

94. Establecida la competencia del Legislador para configurar la causal de inhabilidad objeto de censura, la Sala analizará si la misma resulta razonable y proporcionada a la luz de los preceptos superiores y del bloque de constitucionalidad, especialmente el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

95. En ese sentido, esta Corporación considera que la consagración legal de la inhabilidad objeto de censura, genera una tensión entre los principios constitucionales de participación política, en especial de acceso al desempeño de cargos del Estado, y aquellos que orientan el cumplimiento de los fines del Estado, particularmente los que rigen el ejercicio de la función pública, específicamente la moralidad y la transparencia. Por tal razón, toda limitación al derecho de acceso al servicio estatal debe ser razonable y proporcional, de tal manera que no genere una afectación que desconozca los límites constitucionales y haga nugatoria su eficacia.

96. Bajo esa premisa, este Tribunal en algunas oportunidades ha usado como herramienta metodológica el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad, con el propósito de establecer si una limitación o restricción de un derecho es constitucionalmente válida[331].

De esta manera, el mencionado test se compone de tres pasos: i) el análisis del fin buscado por la norma; ii) el medio adoptado para alcanzar el objetivo propuesto; y iii) la relación entre el medio y fin. Bajo esa perspectiva, el escrutinio realizado por la Corte depende "(...) de la relevancia constitucional de los valores que podrían ponerse en riesgo con la medida que sea objeto de análisis"[332] y de la facultad que tenga el Legislador para proferir la regulación enjuiciada[333]. De esta forma, la intensidad puede ser estricta, intermedia o leve, tal como se expone a continuación:

- Intensidad estricta: en el que se demuestra que la medida que afecta un principio fundamental: i) persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable; ii) si el medio utilizado es efectivamente conducente y necesario. Surge en los eventos en lo que el Legislador no cuenta con un amplio margen de configuración como en el caso de la afectación intensa y arbitraria de derechos fundamentales.

- Intensidad intermedia: que se aplica cuando i) la medida puede afectar el goce de un

derecho constitucional no fundamental; o ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia[334]. En estos eventos, el análisis del acto jurídico requiere acreditar que: i) el fin no solo sea legítimo, sino que también sea constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos contenidos en la Carta o por razón de la dimensión del problema que el Legislador trata de resolver. Además: ii) debe demostrarse que el medio no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado con la norma objeto de control constitucional.

- Intensidad leve: en el evento en que la materia analizada es de aquellas en las que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa, por lo que, por regla general se desarrollan las exigencias del principio democrático. Esta Corporación ha manifestado que el examen de constitucionalidad tiene como finalidad establecer si la norma que se enjuicia establece una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Como resultado de lo anterior, la intensidad leve del test requiere: i) que la medida persiga un objetivo legítimo o no prohibido por la Constitución; y, ii) sea, al menos prima facie, adecuada para alcanzar la finalidad identificada.

97. En conclusión, la aplicación del test de razonabilidad y de proporcionalidad para verificar la constitucionalidad de la norma implica un análisis de la finalidad, del medio utilizado y de la relación de estos, a partir de niveles cada uno con un grado diferente de intensidad, de tal suerte que el juicio será leve, intermedio o estricto, conforme a la medida objeto de estudio.

Aplicación del juicio de razonabilidad y de proporcionalidad de intensidad leve

98. En el presente asunto, la Sala considera que el análisis de razonabilidad y de proporcionalidad de la inhabilidad acusada en la demanda debe hacerse mediante un juicio de intensidad leve, en atención a que, como se evidenció previamente, se trata de la regulación de una materia sobre la cual el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa y no configura una restricción de derechos que prima facie se sustente en criterios sospechosos o que afecten arbitrariamente la libre competencia o el goce de un derecho constitucional no fundamental.

99. Bajo ese entendido, la inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscalmente persigue una finalidad legítima en términos constitucionales ya que, de una parte, busca efectivizar el interés general y los principios que orientan la función pública, principalmente la moralidad, la transparencia administrativa y la confianza; y de otra, tiene como propósito luchar contra la corrupción como mecanismo de defensa del patrimonio público.

100. De esta suerte, la medida de restricción del derecho de acceso al desempeño de funciones públicas, contrario a lo expresado por el demandante, tiene como propósito legítimo y constitucional garantizar la prevalencia del interés general[336] y el adecuado cumplimiento de los fines del Estado[337], mediante la observancia de los principios que rigen el ejercicio de la función pública, principalmente la moralidad y la transparencia administrativas. Por eso resulta válido que el Legislador desarrollara el artículo 122 de la Carta a través de una fórmula para proteger el patrimonio público mediante la inhabilidad objeto de censura, que es un instrumento constitucionalmente legítimo para garantizar que

los ciudadanos que aspiran a acceder a la función pública hayan manejado de manera adecuada y con transparencia los bienes colectivos a fin de garantizar el interés general.

La inhabilidad analizada tiene como finalidad garantizar la protección del patrimonio público

101. Este Tribunal ha establecido que la Carta de 1991 consagró los principios que guían el ejercicio de la función administrativa, conforme al artículo 209 Superior[338]. De acuerdo con lo anterior, el ejercicio de la función pública está regido por la prevalencia del interés general que orienta el acceso y el ejercicio de las actividades del Estado, particularmente para que sea desempeñada bajo criterios de pulcritud, probidad y honestidad[339], particularmente por la defensa del erario, el interés colectivo y el ordenamiento jurídico[340].

Ahora bien, estos parámetros guardan una intrínseca relación con la garantía de transparencia en el ejercicio de la función pública. La Sentencia C-288 de 2014[341] expresó que el principio de moralidad implica la garantía de transparencia y publicidad en la toma de decisiones que afectan derechos e intereses individuales y colectivos. En otras palabras, dicho postulado presupone la garantía de transparencia de la gestión de los intereses públicos encomendados. Ese mismo pronunciamiento precisó que las manifestaciones del mencionado principio son: i) el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones del Estado; y, ii) el establecimiento de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, entre otros.

102. Este Tribunal ha indicado que el ejercicio de la función administrativa también incluye la gestión fiscal del patrimonio del Estado. Por tal razón, su desempeño debe hacerse con estricta observancia del artículo 209 Superior. En la Sentencia C-046 de 1994[342] esta Corte expresó:

“El erario no puede ser fuente de enriquecimiento y no es posible que a partir de la deshonestidad, la corrupción y el fraude se generen derechos o expectativas que el ordenamiento y la sociedad tengan que irremediablemente tolerar. (...)

La gestión fiscal que cumplen los funcionarios del erario, comprendida en la órbita de la función administrativa, debe desarrollarse con fundamento en el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. La sociedad, a través de los órganos de control fiscal, tiene derecho legítimo a comprobar, en cualquier momento, la conducta de sus agentes.” (Énfasis agregado)

103. En conclusión, la Sala considera que la inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscalmente cumple con una finalidad constitucionalmente válida y legítima. Configura una expresión de los principios que orientan el ejercicio de la función pública, principalmente de la gestión fiscal y el manejo adecuado del patrimonio del Estado, pues pretende garantizar que quien aspire a desempeñar cargos públicos no haya sido condenado en juicio fiscal, previo trámite adelantado con las garantías del debido proceso.

En ese sentido, quien pretenda ser funcionario no debe haber sido responsabilizado por alguna falta a la pulcritud, honestidad y probidad en el manejo de los recursos de la comunidad.

La medida de restricción objeto de censura busca fortalecer una relación de confianza ciudadana en la gestión de los intereses generales

104. El ejercicio de la función pública se sustenta en una relación de confianza, en la que existe un sujeto colectivo o individual que la confiere a otra persona para que colabore en la gestión de intereses colectivos[343]. Bajo ese esquema, puede identificarse una “cadena de confianzas”[344] que se extiende a todos los sujetos que ejercen cargos públicos y que, de este modo, se convierten en mandatarios directos o indirectos de los ciudadanos y de la sociedad en general, quienes además son los destinatarios del bienestar generado por el cumplimiento de los fines del Estado.

En ese sentido, el depositario de la confianza debe ser titular de una cierta virtud acreditada, debido a que la sociedad le confiere un amplio margen de actuación en la administración de los bienes colectivos, por lo que debe estar razonablemente segura de que sus actuaciones serán leales con la consecución de beneficios generales y no personales. En otras palabras, se trata de la verificación de cualidades éticas de quienes aspiran a gestionar los intereses de la comunidad, las cuales están vinculadas al ejercicio del poder en el marco de un Estado democrático[345].

La exigencia de una determinada virtud para el depositario de la confianza está vinculada a la idea del ejercicio de la función pública bajo criterios de probidad, honestidad y pulcritud, demostrada a partir de la ejemplaridad en la trayectoria personal, profesional, pública y social de quien pretende colaborar en la actividad estatal[346].

De esta manera, la exigencia de altos niveles de integridad en las democracias occidentales para quienes aspiren al desempeño de funciones públicas no solo tiene una dimensión sustentada en el adecuado manejo de los recursos públicos, sino que también se proyecta hacia un escenario educativo y simbólico sobre los ciudadanos, en atención a que los funcionarios se convierten en paradigmas de conducta y en fuente de moralidad social[347]. El informe NOLAN[348] precisó:

“El pueblo tiene derecho a exigir unos muy altos estándares de comportamiento de los Ministros, en cuanto tienen una profunda influencia en la vida diaria de todos. Como Bogdanor nos dijo: desde los Ministros deben fijarse los estándares de la vida pública.”[349]

105. Bajo esta perspectiva, la Sala considera que la inhabilidad objeto de debate, cumple con un propósito constitucionalmente válido y además, no está prohibido, sino que por el contrario, representa un mandato expreso de la Carta, derivado de la necesidad de garantizar y fortalecer la relación de confianza entre los funcionarios y los ciudadanos, bajo un esquema de garantía integral de la moralidad y la transparencia administrativa, en el sentido de exigir ciertas cualidades éticas y morales, en este caso, la verificación previa del adecuado manejo de los recursos públicos, mediante la ausencia de responsabilidad fiscal, para que puedan gestionar en debida forma los intereses generales encomendados por la

sociedad.

La limitación al derecho de acceso al ejercicio de cargos públicos tiene como finalidad luchar contra la corrupción como mecanismo de defensa del patrimonio público

106. En términos generales, la corrupción podría entenderse como el desconocimiento de un deber contenido en un sistema normativo referencial, realizado por el agente con la finalidad de obtener un beneficio diferente a los generados por el cargo ocupado[350], es decir, contrario al interés general que orienta el ejercicio de su función.

Esta Corporación ha entendido la corrupción como un fenómeno que amenaza el Estado Social de Derecho, porque atenta contra los cimientos de la democracia y afecta directamente los principios constitucionales que guían el desempeño de la función pública[351]. En esa línea, la Sentencia C-944 de 2012[352] analizó el impacto de la corrupción en las siguientes dimensiones:

- Política: reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado[353], ya que genera el desprecio por los intereses de la comunidad y sus miembros, quienes se sienten ajenos, apáticos y desconcertados frente a las decisiones adoptadas por el poder político[354], lo que deslegitima las instituciones y sus actuaciones.

- Administración pública: produce la desviación de los recursos públicos a los patrimonios particulares o del entorno de los funcionarios corruptos[358], lo que disminuye el gasto público para atender necesidades sociales prioritarias. De igual forma, incide negativamente en el correcto funcionamiento de las instituciones del Estado, es decir, afecta la prestación del servicio con base en los principios que orientan la función pública.

107. El Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales para combatir la corrupción. En ese sentido, mediante la Ley 970 de 2005, aprobó la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” que le impone a los Estados Parte los siguientes compromisos:

i) La formulación y aplicación de políticas públicas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas[359].

ii) La adopción de medidas legislativas y administrativas adecuadas y eficaces, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales del derecho interno, a fin de establecer criterios para la candidatura y elección a cargos públicos[360].

iii) El establecimiento, de acuerdo con los principios fundamentales del derecho interno, de medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos con base en la Convención[361].

108. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la inhabilidad para acceder a cargos públicos por haber sido declarado responsable fiscal tiene un propósito legítimo en términos

constitucionales y no está prohibida en esa normativa Superior, pues la lucha contra la corrupción como mecanismo para la protección del patrimonio público, constituye uno de los principales compromisos del Estado, derivado no solo del ordenamiento jurídico interno, sino también de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, que le imponen el deber de adoptar medidas punitivas o de cualquier otra índole, para quien atente contra el erario, tal y como la consagrada por el Legislador en las normas acusadas que son objeto de reproche en esta ocasión.

La medida restrictiva no está prohibida y es adecuada para la consecución de los fines constitucionales que la sustentan

109. La Sala Plena considera que la inhabilidad para ocupar cargos públicos por haber sido declarado responsable fiscalmente no se encuentra prohibida y es adecuada, en términos constitucionales, para alcanzar los fines descritos previamente, en atención a los siguientes fundamentos:

110. El argumento transversal de la acusación presentada por el actor fue el desconocimiento del artículo 23 de la CADH, que presuntamente tiene prevalencia en el orden jurídico interno, en el sentido de que la restricción al derecho de participación política que se estudia en esta oportunidad, constituye una sanción accesoria producida en el trámite administrativo de responsabilidad fiscal. De acuerdo con lo expresado por el ciudadano, la inhabilidad legal analizada no solamente carece de idoneidad, sino que se encontraría presuntamente prohibida por la disposición internacional expuesta. El análisis de esta acusación deberá hacerse con base en los siguientes argumentos:

111. El artículo 23 de la CADH regula los derechos políticos de la siguiente manera:

“1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

El primer apartado de la disposición en mención describe el contenido de los derechos políticos en un grado alto de generalidad y abstracción. Mientras que el segundo, contiene una obligación positiva a los Estados parte, en el sentido de que habilita a la ley para que reglamente el ejercicio de los derechos y oportunidades con fundamento en las razones expuestas, particularmente por condena proferida por juez competente en proceso penal.

112. Conforme a lo anterior, el numeral segundo del artículo 23 de la CADH debe ser entendido a partir de una interpretación armónica que incluya todos los ordenamientos jurídicos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que, además, tenga en cuenta una hermenéutica evolutiva, a partir de los contextos constitucionales del país y del margen de apreciación nacional en la concreción de sus contenidos, puesto que una aproximación a partir de su literalidad no es suficiente y podría llevar a consecuencias absurdas.

En tal sentido, el contenido del derecho y de las obligaciones consagradas en dicha normativa tiene los siguientes rasgos:

112.1. Los derechos políticos establecidos en el mencionado instrumento son de una intensa configuración legal puesto que así lo establece la normativa analizada y porque, además, prima facie, no se trata de una norma de ius cogens.

112.2. Contiene una obligación positiva que habilita al Estado colombiano para reglamentar el ejercicio de los derechos políticos mediante una ley, ya que no impone un modelo específico de organización política, administrativa y electoral. De acuerdo con lo expuesto, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, manifestó que el concepto de leyes debe entenderse en el marco del sistema regional de protección como aquellos “(...) actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.”[362]

112.3. Los parámetros para su restricción operan como criterios orientadores y deben ser interpretados conforme a las dinámicas evolutivas de los Estados parte, principalmente, en atención a los contextos constitucionales internos, las necesidades jurídicas y sociales de las comunidades locales y al margen de apreciación nacional para la concreción de dichos contenidos, el cual deberá ejercerse con plena observancia de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. A esta conclusión arribó la Corte Interamericana en el caso Castañeda Gutman contra México, cuando estableció que el sistema interamericano no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos políticos, particularmente el de ser elegido. En tal sentido, corresponde a los Estados parte decidir sobre el sistema político que aplicará en sus territorios de acuerdo con sus normas constitucionales y a las necesidades de afrontar la crisis regional en materia de partidos políticos, el poder legislativo y con quienes dirigen los asuntos públicos, mediante la adopción de regulaciones que le permitan fortalecer sus instituciones democráticas.

112.4. El criterio orientador “por condena por juez en proceso penal” ha sido entendido, bajo un concepto evolutivo, como aquella decisión administrativa adoptada en el marco de las garantías del debido proceso. Al respecto, la Corte IDH en el caso López Mendoza contra Venezuela, expresó:

“(...) la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones

justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas.”[363] (Énfasis agregado)

113. Las normas acusadas no desconocen el artículo 23 de la CADH, con fundamento en las siguientes razones:

113.1. Están consagradas en una ley del año 2002, que tiene más de 16 años de vigencia y que además, cumple con los requisitos establecidos en la Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, en el sentido de que es un acto normativo que busca el bien común, fue proferida del Congreso, que, en el caso colombiano, constituye el órgano constitucional y democrático por antonomasia y finalmente, promulgada por el Presidente de la República de la época.

113.2. Garantizan el principio de legalidad, tienen un indiscutible grado de generalidad, pues no se aplican ad hoc a un determinado grupo o persona, y su formulación precisa la regulación adoptada, principalmente el hecho objetivo generador de la inhabilidad, la temporalidad y la voluntariedad, pues el condenado puede pagar en cualquier momento la sanción y cesa la restricción.

De esta manera, a partir de la promulgación de las disposiciones acusadas y durante los 16 años de vigencia se conocen de manera precisa y previa, las condiciones para el acceso a la función pública, inclusive por elección popular, por lo que no se trata de normativas que tengan como finalidad la neutralización de opositores políticos, sino que, garantizan el desempeño de cargos públicos en condiciones de igualdad, puesto que son aplicables a todas las personas que pretendan entrar al servicio estatal.

113.3. Regulan un derecho de intensa configuración legal de acuerdo con lo consagrado en el artículo 23 de la CADH y la Constitución Política, por lo que la restricción al mismo es el desarrollo de la obligación positiva contenida en el mencionado instrumento internacional, en el marco del amplio margen de configuración nacional del Estado colombiano. Por tal razón, su consagración legal responde a las necesidades de la comunidad local, basadas en el ejercicio probo y honesto de la función pública, así como el adecuado manejo de los bienes colectivos, aspectos que identifican el contexto constitucional que respalda la adopción de la medida restrictiva.

113.5. Es una restricción sustentada en una circunstancia objetiva que se deriva de un hecho verificable que es la declaración administrativa de responsabilidad fiscal, por lo que no es una inhabilidad-sanción. Bajo ese entendido, se trata de una medida limitativa que, contrario a lo expuesto por el ciudadano, no está prohibida por la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, específicamente por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Bajo ese entendido, la medida de inhabilitación por la declaración de responsabilidad fiscal es idónea para alcanzar los fines propuestos y no se encuentra prohibida en la Constitución y en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, pues los Estados

cuentan con un amplio margen de configuración para restringir el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos, mediante limitaciones como la que es objeto de estudio en esta oportunidad.

113.6. Adicionalmente, existe una relación indirecta entre la circunstancia que configura la causal y la declaratoria administrativa de responsabilidad fiscal, pues la existencia de aquel hecho y su verificación objetiva generan la limitación del derecho de acceso al desempeño de cargos públicos. En ese sentido, no se desconoce el artículo 23 de la CADH, puesto que se trata del ejercicio de una potestad administrativa de responsabilidad que se adecúa a la interpretación evolutiva que de la mencionada normativa internacional ha decantado la Corte IDH.

De esta manera, si en gracia de discusión se aceptara la interpretación literal, aislada y estática propuesta por el demandante, otras restricciones fijadas directamente por el Constituyente desconocerían la CADH, tal y como pasa a verse a continuación:

- Artículo 126:

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

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

- Artículo 179:

“No podrán ser congresistas:

(...)

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

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

4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.

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

de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.”

- Artículo 197:

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

- Artículo 232:

“Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere:

(...)

4. Haber desempeñado, durante quince años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente. Para el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, la cátedra universitaria deberá haber sido ejercida en disciplinas jurídicas relacionadas con el área de la magistratura a ejercer.” (Énfasis agregado)

- Artículo 233:

“Los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.” (Énfasis agregado)

Los anteriores ejemplos establecen situaciones de inelegibilidad, inhabilidades y condiciones para el acceso al cargo, particularmente: i) la prohibición de reelección; ii) los vínculos de consanguinidad o de matrimonio; iii) la pérdida de investidura; y iv) el ejercicio de la profesión con buen crédito, las cuales fueron establecidas directamente por el Constituyente y, bajo el entendimiento del demandante, serían contrarias al artículo 23 de la CADH, pues no se refieren a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal, que considera como las únicas circunstancias legítimas para restringir el derecho de ingreso a la función pública.

Esta interpretación vaciaría por completo las competencias de los Estados para establecer sus sistemas políticos y la función pública, principalmente, reduciría el margen de apreciación de las especiales circunstancias jurídicas, sociales y culturales, así como las necesidades de fortalecimiento de sus instituciones democráticas.

113.7. Por otra parte, el trámite que se surte ante la Contraloría General de la República está revestido por las garantías del debido proceso administrativo, además, cuenta con la revisión judicial de la actuación, bien mediante la acción de nulidad y restablecimiento del

derecho o, de forma subsidiaria, a través de la solicitud de tutela, cuando el responsable considere que la sanción en concreto es desproporcionada y configura una restricción permanente a su derecho fundamental de acceso al ejercicio de cargos públicos.

113.8. Finalmente, la Corte considera que la medida acreditó su constitucionalidad a partir de su naturaleza temporal, bien sea por el cumplimiento de los plazos establecidos en la ley, por el pago del condenado o exclusión del boletín por parte de la autoridad competente.

114. En conclusión, el numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 no desconocen los artículos 1º, 2º, 40.7, 93 y 94 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues como se acreditó previamente, la medida de inhabilitación para desempeñar cargos públicos por haber sido declarado fiscalmente responsable fue proferida con el amplio marco de competencia regulativa del Legislador, y adicionalmente, es razonable, en atención a que cumple con una finalidad legítima, no está prohibida y es constitucionalmente válida, adicionalmente, constituye un medio adecuado para su efectividad, pues su configuración responde a las necesidades de la comunidad, al contexto constitucional y al ejercicio del amplio margen de configuración nacional del Estado colombiano.

El numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y el tercer inciso del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 no vulneran los artículos 179, 197 y 293 del Texto Superior

115. Esta acusación se sustentó en el supuesto de que la Constitución estableció un sistema cerrado de inhabilidades para ser Congresista y Presidente de la República -lo que no ocurre con funcionarios de entidades territoriales mencionados también por el artículo 293 de la Carta- por lo que el Legislador carece de competencia para consagrar nuevas restricciones de acceso a dichos cargos o modificar las existentes, tal y como lo realizó en ambas normas censuradas.

De esta forma, el artículo 179 de la Constitución consagra que no podrán ser Congresistas: i) quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos; ii) quienes hayan perdido la investidura de Congresistas; y iii) quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento, entre otras[364].

Por su parte el artículo el artículo 197 Superior establece que no podrá ser Presidente de la República quien, entre otros:

i) Hubiese ejercido la Presidencia a cualquier título.

ii) Estuviese incurso en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1º, 4º y 7º del artículo 179 de la Carta.

iii) Hubiese tenido la investidura de Vicepresidente o ejercido cualquiera de los siguientes cargos: Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de

Disciplina Judicial, del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandante de las Fuerzas Militares, Auditor General de la República, Director General de la Policía, Gobernador de departamento o Alcalde dentro del año anterior a la elección.

Finalmente, el artículo 293 de la Carta dispone que la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales.

116. Ahora bien, la Sala procede a establecer la línea jurisprudencial de la Corte en materia de competencias legislativas para configurar inhabilidades para el acceso a los cargos de Congresista y Presidente de la República, ya el demandante considera que el Congreso excedió su competencia sólo en esos casos, mediante la reconstrucción que se presenta a continuación:

Sentencias que reconocen la competencia del Legislador para establecer inhabilidades a los cargos de Congresista y de Presidente

Sentencia

Norma acusada

Ratio decidendi

Decisión

C-497 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Artículo 283 de la Ley 05 de 1992, numerales 6, 7 y 8. Excepción a las incompatibilidades

Debe observarse que la Constitución no agotó el catálogo de las incompatibilidades aplicables a los congresistas, pues, a la luz de sus preceptos, bien puede el legislador introducir nuevas causales de incompatibilidad igualmente obligatorias.

Declárense EXEQUIBLES los numerales 6 y 8 del artículo 283 de la Ley 5a de 1992, en el entendido de que las acciones, gestiones, intervenciones y convenios en ellos autorizados estarán circunscritos exclusivamente a la satisfacción de necesidades de interés general.

Declárase INEXEQUIBLE el numeral 7 del artículo 283 de la Ley 5a de 1992.

C-985 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

2, 3, 5, 9, 10, 11, 12 y 13 del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992.

De esa manera entonces, no sólo la Carta Política establece las incompatibilidades de los congresistas y las excepciones a éstas, sino que también faculta a la ley para introducir algunas causales y excepciones adicionales, siempre y cuando en este último caso se configuren las situaciones jurídicas descritas en los preceptos superiores.

Sentencias que reconocen la incompetencia del Legislador para establecer inhabilidades a los cargos de Congresista y de Presidente

Sentencia

Norma acusada

Ratio decidendi

Decisión

C-540 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño

Ley 617 de 2000

Es importante señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos está previsto en la Constitución y la ley. El legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40); 2ª) La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4º); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia.

Décimo. Declarar la exequibilidad condicionada del artículo 32 de la Ley 617 de 2000, en el sentido que la incompatibilidad especial de 24 meses allí señalada no se aplica al gobernador que se inscriba como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, por tratarse de situaciones ya reguladas por los artículos 179-2 y 197 de la Constitución Política.

C-015 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Artículo 21, parcial, de la Ley 789 de 2002.

Parágrafo 6. Los directores y subdirectores de las Cajas de Compensación Familiar, no podrán ser elegidos a ninguna corporación ni cargo de elección popular, hasta un año después de haber hecho dejación del cargo en la respectiva caja.”

No obstante, la regla general de competencia legislativa para fijar el régimen de inhabilidades de los distintos cargos públicos encuentra una excepción en lo tocante a los cargos de Congresista o Presidente de la República, puesto que tal y como ha reconocido en anteriores oportunidades esta Corporación, los artículos pertinentes de la Constitución establecen un sistema cerrado y no facultan expresamente al Legislador para agregar nuevas inhabilidades a la enumeración efectuada por el Constituyente (artículos 179 y 197, C.P.). Por eso, la jurisprudencia de la Corte ha concluido que “el legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40); 2ª) La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4º); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia.” (Énfasis fuera del texto)[365]. En igual sentido, en la sentencia C-209 de 2000[366] se afirmó: “Cabe destacar que en materia de inhabilidades e incompatibilidades, la propia Carta Política se ha encargado de señalar las que le son aplicables a los congresistas (arts. 179, 180 y 181) y algunas que se predicán de la generalidad de los servidores públicos (C.P. arts. 127 y 128).”

(...)

Que el régimen de inhabilidades para ser elegido Presidente de la República sea cerrado es de suma trascendencia en una democracia pluralista y participativa porque impide que el legislador establezca nuevas prohibiciones que excluyan a ciertas personas o grupos de la posibilidad de competir en determinada campaña presidencial, si la prohibición es temporal, o para siempre, si la prohibición se basa en una condición inmutable.

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el Parágrafo 6 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002, en el entendido de que la inhabilidad que en ella se establece (i) no se aplica a quienes aspiren al cargo de Presidente de la República, (ii) se aplica para quienes aspiren al cargo de Congresista por el término de seis (6) meses, y (iii) se aplica cuando el ámbito de actuación del Director o Subdirector tenga lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

SU-625 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Si la sentencia proferida en segunda instancia dentro del proceso contencioso de pérdida de investidura, promovido contra Marina Lozano Roperó, vulnera sus derechos

fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la conformación, ejercicio y control político, y a elegir y ser elegido, al despojarla de su investidura como diputada del Departamento de Norte de Santander.

Así las cosas, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflicto de intereses de los congresistas, constituyó uno de los más importantes avances de la Constitución de 1991. Su rigor evidencia el ánimo moralizante que inspiró al Constituyente en su afán de depurar el máximo órgano deliberativo del Estado y de devolverle la legitimidad hasta ese momento pérdida. En los artículos 179 y 180 constitucionales, se establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades, en virtud del cual el legislador no podrá establecer nuevas causales o modificar las ya existentes.

CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo proferido por la Sección Segunda, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 11 de agosto de 2014, dentro de la acción de tutela promovida por Marina Lozano Roperero, contra la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

C-080 de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Los párrafos de los artículos 100 y 104 del proyecto de ley Estatutaria Número 08 de 2017, Senado y 016 de 2017 Cámara. “Estatutaria de la Administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz

ART. 100 y 104. Los párrafos de estos artículos fueron declarados inconstitucionales por cuanto los requisitos para el acceso a los cargos de Magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz fueron fijados directamente por la Constitución Política de manera restrictiva (inciso 8 del artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017). De esta manera el Legislador no contaba con competencia para establecer nuevos requisitos.

“Declarar la CONSTITUCIONALIDAD del artículo 100, excepto el párrafo que se declara INCONSTITUCIONAL.

Declarar la CONSTITUCIONALIDAD del artículo 104, excepto el párrafo, que se declara INCONSTITUCIONAL.”

117. Conforme a lo expuesto, para la Sala resulta claro que no ha habido una posición jurisprudencial uniforme en relación con las competencias del Legislador para establecer circunstancias de inhabilidad para el acceso a los cargos de Congresista y de Presidente de la República. En efecto, entre el año 1994 y 2001, la postura de la Corte se sustentaba en afirmar que la Constitución no agotó el catálogo de las incompatibilidades aplicables a los congresistas, bajo el entendido de que el Legislador puede introducir nuevas restricciones igualmente obligatorias.

A partir del año 2001 hasta la fecha, la jurisprudencia de la Corporación estableció que los artículos 179 y 197 de la Carta consagran un sistema cerrado de inhabilidades, por lo que el

Legislador no tiene competencia para consagrar nuevas restricciones o modificar las existentes para el acceso a los cargos de Congresista y de Presidente de la República.

118. De acuerdo con el anterior recuento, la Sala en esta oportunidad considera necesario precisar el alcance y los límites constitucionales del ejercicio de la competencia legislativa para establecer el régimen de inhabilidades que regulan el acceso al servicio público, en particular a los cargos de Congresista y de Presidente de la República.

En ese sentido, el Legislador cuenta con una competencia derivada de la libertad configuración normativa para el establecimiento del régimen de inhabilidades de acceso a cargos públicos, la cual se reduce en la medida en que el Constituyente haya regulado de manera directa determinadas materias, tal y como ocurre con el establecimiento de inhabilidades particulares para quienes aspiren a ser Congresistas o Presidente de la República. Lo anterior significa que dichas dignidades tienen una garantía constitucional reforzada que circunscribe la competencia del Legislativo.

119. No obstante, la comprensión de dicha circunstancia no puede hacerse bajo la premisa de la configuración de un régimen de restricciones cerrado y excluyente, debido a que las disposiciones que integran la Carta configuran un sistema complejo de inhabilidades que restringe el acceso a los cargos de Congresistas y de Presidente de la República. Este debe ser entendido de manera armónica y con base en un precepto de unidad de la Constitución[367] entendida como un conjunto organizado con cierta estructura interna[368], completo, coherente, independiente[369] y complementario, mas no como un simple agregado de normas. Esta comprensión explica que existan causales comunes y otras particulares y específicas que inhabilitan para el acceso a estos altos cargos.

Bajo esa perspectiva, la garantía competencial en la regulación de las restricciones de acceso a los mencionados cargos no puede entenderse a partir de un sistema constitucional cerrado que excluya de su interpretación el contenido de otras disposiciones de la Carta que establecen directamente inhabilidades comunes o que habilitan al Legislador para su desarrollo. Un ejemplo de lo expuesto es el inciso final del artículo 122 Superior, en el que el Constituyente consagró una restricción común a todos los servidores sin excepción:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni 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.”

De igual manera, la Constitución estableció el régimen general del ejercicio de la función pública en sus artículos 121, 123, 124 y 209, entre otros, y defirió la competencia

reglamentaria al Legislador conforme al artículo 150.23 de la Carta, quien podrá establecer los requisitos generales de acceso al desempeño de cargos públicos de cualquier nivel y naturaleza, aplicable a todas las personas, sin distinción, que pretenden prestar sus servicios al Estado y no solo a los miembros de elección popular de las Corporaciones de las entidades territoriales, conforme a lo expuesto en la demanda con base en el artículo 293 de la Carta, pues se trata de una disposición habilitante, mas no excluyente.

120. De esta forma, la garantía constitucional competencial que comprende la imposibilidad de que el Legislador regule las condiciones de acceso a los cargos de Congresista y de Presidente de la República, hace parte de un sistema complejo de inhabilidades y, por lo tanto, debe interactuar con restricciones comunes de origen constitucional o legal aplicables a todas las personas que pretenden ingresar al servicio público, incluidos quienes aspiran a dichos cargos. En este último caso, el régimen general puede ser fijado por el Constituyente en los casos contemplados expresamente en la Carta o reglamentado por la ley, de conformidad con los artículos 123 y 150.23 Superiores, que consagran cláusulas de habilitación al Legislador.

121. Hechas las anteriores precisiones, la Sala considera que, en el presente asunto, tal y como se ha advertido previamente, las normas acusadas consagraron una inhabilidad común que hace parte del régimen general del ejercicio de la función pública, la cual es aplicable a todas las personas que pretenden acceder al ejercicio de funciones estatales, incluso a los que aspiran a ser Congresistas o Presidente de la República.

En tal sentido, la restricción de acceso a los mencionados cargos por haber sido declarado responsable fiscalmente y el deber de los funcionarios nominadores de abstenerse de nombrar y posesionarse a quienes se encuentran reportados en el boletín de responsables fiscales, no desconoce la Constitución, particularmente los artículos 179, 197 y 293 Superiores, puesto que fue proferida por el Legislador con fundamento en las competencias fijadas por el Constituyente, conforme a lo establecido en el artículo 123 de la Carta que prevé que los servidores públicos, categoría a la que pertenecen los Congresistas y el Presidente de la República, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución y la Ley. De igual manera, conforme con el artículo 150.23 Superior, le corresponde al Congreso expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas, entre las que se encuentran las desempeñadas por los funcionarios mencionados.

122. De otra parte, la Sala advierte que la constitucionalidad de esta medida depende de si la misma afecta o no la intangibilidad de la estructura y el funcionamiento de los órganos constitucionales, de tal forma que se proteja el principio de separación de poderes y la garantía del adecuado funcionamiento democrático del sistema orgánico derivado del mismo. En la Sentencia C-699 de 2016[370] esta Corte expresó que el principio de separación de poderes es un elemento definitorio de la identidad de la Constitución. De igual manera, la Sentencia C-285 de 2016[371] manifestó que el mencionado principio constituye un elemento esencial del ordenamiento superior, pues se trata de un instrumento de limitación del poder y de garantía de los derechos y las libertades, así como, de la realización de los fines del Estado.

Conforme a lo expuesto, las normas acusadas no desconocen la intangibilidad de dicho eje

axial de la Constitución, particularmente la estructura de acceso diseñada para la rama Legislativa o Ejecutiva, puesto que se trata de una regulación al derecho que tiene un alto nivel de generalidad y se aplica a todos los servidores en igualdad de condiciones, con independencia de si el ingreso se realiza mediante la elección popular o por otras vías jurídicas. En tal sentido, las restricciones establecidas en las proposiciones objeto de análisis, tienen como finalidad la reglamentación de la función pública, aplicable a la totalidad de servidores y no buscan alterar el diseño constitucional de los órganos del Estado.

123. En conclusión, contrario a lo expuesto por el actor, el Legislador no desconoció la garantía competencial para modificar o establecer las situaciones de inhabilidad de los cargos de Congresistas y de Presidente de la República, puesto que la restricción objeto de análisis tiene naturaleza común y se aplica en el marco de la regulación legal del ejercicio general de la función pública, aspecto sobre el que esa Corporación democrática cuenta con un amplio margen de configuración, siempre que observe los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

La inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscalmente es razonable y proporcionada

124. Establecida la competencia del Legislador para configurar la causal de inhabilidad objeto de censura, la Sala analizará si la misma resulta razonable y proporcionada a la luz de los preceptos superiores. En el presente asunto, la Sala considera que el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la inhabilidad acusada en la demanda debe hacerse mediante un juicio de intensidad leve, en atención a que, como se evidenció previamente, se trata de la regulación de una materia sobre la cual el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa.

125. Bajo ese entendido, la inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscalmente y el deber de los nominadores de abstenerse de nombrar y posesionar a quienes se encuentren reportados en el boletín de responsables fiscales persigue una finalidad que no está prohibida sino que además es legítima en términos constitucionales ya que, de una parte, busca efectivizar el interés general y los principios que orientan la función pública, principalmente la moralidad y la transparencia administrativa y la confianza; y de otra, tiene como propósito luchar contra la corrupción como mecanismo de defensa del patrimonio público.

En efecto, los propósitos enunciados, encuentran fundamento en los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1º, 2º y 209 Superiores, que regulan en términos generales el acceso y el ejercicio de la función pública bajo estrictos criterios de protección del interés general, la moralidad, transparencia y lucha contra la corrupción como herramienta de protección del erario. Ahora bien, dichos objetivos se tornan aún más necesarios al tratarse del desempeño de los cargos de Congresistas y de Presidente de la República, sobre los cuales esta Corporación ha reconocido las intenciones del Constituyente en relación con la necesidad de un régimen de acceso estricto, que permita la depuración de dichas instituciones para consolidar su legitimidad[372] y generar confianza en los ciudadanos.

En ese sentido, los propósitos que persiguen las restricciones objeto de estudio encuentran fundamento en la Constitución, en especial, por tratarse del ingreso a los cargos más importantes de las funciones legislativa y ejecutiva, en las que se define el destino, la adecuada gestión y la inversión de los recursos públicos para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y representa los mayores retos de probidad, pulcritud y honestidad para quienes aspiran a ser elegidos, pues deben generar un escenario de plena confianza, demostrada en sus actuaciones anteriores, principalmente en el manejo del patrimonio colectivo.

Con lo anterior, también se cumple con un criterio de igualdad en el acceso al servicio público, puesto que predicar su inaplicación a los cargos de Congresistas y Presidente de la República, en los términos propuestos en la demanda, mientras que se mantiene su exigencia para los demás cargos del Estado, que en ocasiones no tienen la misma trascendencia Constitucional e institucional en términos de administración y ejecución de recursos públicos, generaría un escenario de desigualdad y desproporción, pues como se expuso previamente, se trata de las funciones estatales más importantes en términos de gestión del erario.

126. De otra parte, las medidas objeto de censura constitucional son adecuadas para el cumplimiento de tal fin. En efecto, la restricción del acceso a los cargos de Congresista y Presidente de la República, no está prohibida en la Constitución y en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, como se advirtió en el análisis del problema jurídico, existe una relación indirecta entre la circunstancia que configura la causal y la declaratoria administrativa de responsabilidad fiscal, sin embargo, se reitera, dicho trámite se realiza con la observancia de las garantías del debido proceso y cuenta con la revisión judicial del mismo, mediante las acciones constitucionales y legales dispuestas para tal fin. De igual forma, se trata de una limitación temporal, porque la misma puede cesar en el momento en que se verifique su pago, por el paso del tiempo o por la exclusión del boletín por parte de la Contraloría General de la República.

Finalmente, el registro en el boletín de responsables fiscales y el consecuente deber de los nominados de abstenerse de nombrar o posesionar a las personas que están incluidas en el mismo, configuran mecanismos de presión legítimos en los términos de la jurisprudencia de esta Corte, pues facilitan al Estado el acceso a la información de quienes están inhabilitados por su responsabilidad en el manejo de los recursos de la Nación, y adicionalmente, permite el resarcimiento del daño producido.

127. En conclusión, las medidas analizadas superan el juicio de razonabilidad, por lo que se encuentran ajustadas a la Constitución y los cargos propuestos en la demanda no tienen vocación de prosperidad. En tal sentido, la Sala declarará la exequibilidad de las disposiciones jurídicas objeto de censura.

Conclusiones

128. La Corte Constitucional estudió la demanda de la referencia que consideraba inconstitucional, de una parte, la consagración legal de la condena por responsabilidad fiscal como inhabilitación para desempeñar cargos públicos; y, de otra, el deber de abstención de nombrar o dar posesión a quienes estén reportados en el boletín de responsables

fiscales, contenidos en el numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 310 de 2000, por desconocer los artículos 1º, 2º, 40.7, 179, 197 y 293 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A juicio del demandante, dichas medidas legales: i) facultan a autoridades administrativas a restringir los derechos políticos a ser elegido y a desempeñar cargos públicos, pese a que la CADH solo autoriza la limitación de esos derechos si hay sentencia penal condenatoria; ii) restringen gravemente derechos fundamentales; y iii) desconocen el régimen cerrado de inhabilidades que la Constitución diseñó para los cargos de Presidente de la República y de Congresistas.

129. La Sala acreditó la existencia de cosa juzgada en relación con la acusación presentada en contra del inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, por desconocer los artículos 1º, 2º, 40.7 de la Carta y 23 de la CADH en el marco del bloque de constitucionalidad por lo que, en este aspecto en particular, resolverá estarse a lo resuelto en la Sentencia C-651 de 2006.

130. Posteriormente, la Corte constató la aptitud de la demanda y formuló los siguientes problemas jurídicos:

i) ¿El numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, desconocen los artículos 1º, 2º, 40.7, 93 y 94 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), al establecer como inhabilidad para desempeñar cargos públicos haber sido declarado responsable fiscalmente?

131. La Sala dio respuesta a los problemas jurídicos planteados, en el marco del juicio abstracto de constitucionalidad, de la siguiente manera:

a. El numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 no desconocen los artículos 1º, 2º, 40.7, 93 y 94 de la Constitución y 23 de la CADH, en atención a que se trató del establecimiento de una inhabilidad común sobre la cual el Legislador es competente al tener un amplio margen de configuración normativa, al tratarse de la regulación del acceso al desempeño de funciones públicas. De igual forma, se demostró que la medida restrictiva es proporcional y razonable en atención a que: i) persigue objetivos constitucionalmente válidos como son la garantía del interés general, la observancia de los principios que orientan la función pública, en especial la moralidad y la transparencia, es un instrumento para acreditar la confianza necesaria para la gestión de los bienes colectivos y de lucha contra la corrupción como medida de protección del patrimonio público; y ii) el medio utilizado es adecuado para tal fin y no se encuentra prohibido por el texto superior o por el bloque de constitucionalidad.

b. Las proposiciones acusadas no desconocen el artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el marco del bloque de constitucionalidad, porque la concreción de dicho contenido normativo debe realizarse con base en un ejercicio hermenéutico que considere el margen de apreciación de los Estados Parte y que además, consulte el carácter dinámico, cambiante y evolutivo de las regulaciones nacionales, mediante las cuales concretan y hacen efectivo el acceso a los cargos públicos. En otras

palabras, el bloque de constitucionalidad exige que tanto la Carta como la Convención sean interpretadas en clave de las lógicas evolutivas de los contextos constitucionales locales, del margen de apreciación nacional y de las necesidades cambiantes de las sociedades, por lo que un entendimiento literal, aislado y estático no es suficiente para determinar su alcance.

c. El numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y el tercer inciso del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 no vulneran los artículos 179, 197 y 293 del texto superior, puesto que una interpretación sistemática de la Constitución permitió establecer un sistema complejo de inhabilidades en el que concurren restricciones comunes y limitaciones particulares para el acceso a determinados cargos públicos, en especial a los de Congresistas y Presidente de la República. Bajo ese entendido, las medidas analizadas son la expresión del régimen común de condiciones inhabilitantes, aplicables a todas las personas que pretenden ingresar al servicio del Estado, incluidos los mencionados funcionarios, por lo que el Legislador tiene competencia para regular las circunstancias generales para el ejercicio de la función pública.

d. Las normas acusadas no desconocen la intangibilidad de dicho eje axial de la Constitución, particularmente la estructura de acceso diseñada para la rama Legislativa o Ejecutiva, puesto que se trata de una regulación al derecho que tiene un alto nivel de generalidad y se aplica a todos los servidores en igualdad de condiciones, con independencia de si el ingreso se realiza mediante la elección popular o por otras vías jurídicas. En tal sentido, las restricciones establecidas en las proposiciones objeto de análisis, tienen como finalidad la reglamentación de la función pública, aplicable a la totalidad de servidores y no buscan alterar el diseño constitucional de los órganos del Estado.

e. De igual manera, las limitaciones objeto de censura tampoco resultan ser irrazonables o desproporcionadas, pues no solo persiguen finalidades no prohibidas por la Carta sino también constitucionalmente legítimas y válidas, y además, el medio utilizado es adecuado, en atención a las mayores exigencias de probidad, honestidad y pulcritud que demandan los cargos de elección popular, entre ellos los de Congresista y de Presidente de República, pues definen y ejecutan la manera en que se gestionan los recursos públicos.

f. La regulación general de la inhabilidad no excluye el control de legalidad y de constitucionalidad de la sanción derivada de un fallo de responsabilidad fiscal, en especial, cuando el responsable considere que la sanción en concreto es desproporcionada y configura una restricción permanente a su derecho fundamental de acceso al ejercicio de cargos públicos. En tal sentido, la decisión adoptada en el proceso fiscal puede ser revisada mediante los mecanismos judiciales que el sistema normativo ofrece para tales fines, bien sea para cuestionar la legalidad a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, o su constitucionalidad en concreto por medio de la acción de tutela. Por tal razón, la Sala declarará la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-651 de 2006 que declaró EXEQUIBLE el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, por los cargos por desconocimiento de los artículos 1º, 2º, 40.7 de la Carta y 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

SEGUNDO: DECLARAR EXEQUIBLES el numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 por los cargos de vulneración de los artículos 1º, 2º, 40.7, 93, 94, 179, 197 y 293 de la Carta y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, DECLARAR EXEQUIBLE el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, por los cargos por desconocimiento de los artículos 179, 197 y 293 de la Constitución.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con salvamento de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-101/18

INHABILIDAD DERIVADA DEL NO PAGO DE CONDENAS POR RESPONSABILIDAD FISCAL-La sentencia no expuso las razones para concluir que no contradice el bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

INHABILIDAD DERIVADA DEL NO PAGO DE CONDENAS POR RESPONSABILIDAD FISCAL-No puede predicarse de quienes aspiren a cargos en los que el Constituyente estableció directamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades (Salvamento de voto)

INHABILIDAD DERIVADA DEL NO PAGO DE CONDENAS POR RESPONSABILIDAD FISCAL-Frente a la afectación de derechos políticos, el sistema debe prever suficientes garantías (Salvamento de voto)

Expediente D-12036

Referencia: Demanda de inconstitucionalidad

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4 y el párrafo 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y contra el artículo 60 (parcial) de la Ley 610 de 2000.

Inhabilidad por el no pago de condenas por responsabilidad fiscal - Reserva constitucional en la materia.

Magistrado Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Sin dejar de lado el respeto por las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, en ejercicio de su importante labor en la defensa de la supremacía constitucional, explico las razones que me condujeron a no apoyar la decisión que adoptó la mayoría en el presente asunto, ya que considero que: (i) la inhabilidad derivada del no pago de condenas por responsabilidad fiscal no contradice el bloque de constitucionalidad, pero (ii) la misma no podría predicarse de quienes aspiren a cargos en los que el Constituyente estableció

directamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. También considero que (iii) frente a una afectación tan intensa de los derechos políticos, el sistema debe prever suficientes garantías.

(i) La inhabilidad derivada del no pago de condenas por responsabilidad fiscal no contradice el bloque de constitucionalidad

Si bien considero que los artículos demandados no desconocen el artículo 93 de la Constitución, por la presunta vulneración del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), las razones que conducen a esta conclusión, no son las expuestas por la sentencia de la que me aparto. En realidad: (i) De acuerdo con la jurisprudencia de la CIDH, aunque el artículo 23 de la Convención prevea que los derechos políticos pueden ser limitados “exclusivamente” por las razones allí establecidas, ello no significa que, dentro del margen nacional de apreciación, de manera razonable y proporcionada y con el adecuado respeto del debido proceso, se establezcan causas diferentes que respondan al sistema jurídico y político nacional, tal como incluso lo han reconocido tanto la Comisión, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos[373]; (ii) El fallo López Mendoza vs. Venezuela, en el que la CIDH reprochó una inhabilitación pronunciada por la Contraloría venezolana, resulta inaplicable al sistema colombiano y su cita como precedente en la materia por parte de la sentencia C-101 de 2018 es impertinente, porque la contraloría de ese país carecía de competencia legal en el sistema interno para proferir esta decisión y se violó el debido proceso, razones suficientes para diferenciar la situación colombiana, en la que el ordenamiento jurídico sí otorga competencia a las contralorías para condenar por detrimento patrimonial, con la consecuencia de inhabilidad por el no pago (justamente son esas normas las que aquí juzgaba la Corte Constitucional) y, la Ley 610 de 2000, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución, prevé el desarrollo de un debido proceso para adoptar el fallo con o sin responsabilidad fiscal; y, (iii) La inhabilidad derivada de la responsabilidad fiscal persigue importantes fines constitucionales, tales como la protección del patrimonio público y la defensa del interés general y su proporcionalidad debe ser juzgada considerando, entre otros elementos, la posibilidad real que existe en Colombia de controvertir los fallos con responsabilidad fiscal, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, donde al respecto se ejerce un control profundo, con plenas garantías judiciales, para la toma de este tipo de decisiones.

Tampoco comparto que la sentencia C-101 de 2018 hubiera respaldado, indirectamente, la inadecuada interpretación dada a la sentencia C-028 de 1996, por parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del año 2017[374]. Allí se sostuvo, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (algo que no es exacto), la privación de derechos políticos por parte de autoridades administrativas, como la Procuraduría y las contralorías, sólo es posible en casos de corrupción. Se trata de una lectura aislada de dicha sentencia y que olvida que ni en la parte motiva, ni en la resolutive, se condicionó la potestad administrativa de privar de derechos políticos a los actos de corrupción. Por demás, esta interpretación desconoce la posición de la Corte Constitucional al respecto, establecida en la sentencia SU-712 de 2013 en donde se concluyó, con absoluta claridad, que la inhabilitación administrativa de derechos políticos no contraría el artículo 23 de la CADH. Considerar que la competencia administrativa para privar de

derechos políticos se justifica únicamente en casos de corrupción, constituye un sofisma, teniendo en cuenta el carácter indeterminado y amplio del término corrupción, lo que permitiría que, en un asunto tan sensible en un Estado de Derecho, como lo es la competencia, cada autoridad interprete con cierta libertad, si el asunto constituye o no un acto de corrupción. Al haber caído en la trampa de esta interpretación, la sentencia de la que me aparto, terminó afirmando que la responsabilidad fiscal y la inhabilidad que se deriva busca luchar contra la corrupción. A más de la dificultad para determinar lo que es o no corrupción en concreto, lo que sí queda claro es que la responsabilidad fiscal derivada de una gestión fiscal ineficaz, ineficiente o antieconómica, no necesariamente resulta de un acto de corrupción, porque la mala administración puede ser torpeza, falta de pericia o cuidado, pero no necesariamente corrupción. Así, en los casos de descuido en la gestión fiscal que, calificado como culpa grave, hayan sido la consecuencia de una gestión fiscal ineficiente, que haya generado posibles sobrecostos o pérdidas, pero no en beneficio de alguien en particular, difícilmente podría ser encuadrado en un acto de corrupción y bajo la teoría de la competencia limitada a ello, esto no generaría la inhabilidad en cuestión. Ahí se evidencian las consecuencias de esa inadecuada tesis.

(ii) La inhabilidad derivada del no pago de condenas por responsabilidad fiscal no podría predicarse de quienes aspiren a cargos en los que el Constituyente estableció directamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Atendiendo a la sólida línea jurisprudencial establecida en la materia, considero que las normas demandadas debían declararse exequibles, pero en el entendido de que dichas inhabilidades no se predicán de quienes pretendan acceder a aquellos cargos o empleos públicos para los cuales, la Constitución hubiere directamente establecido el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como por ejemplo lo decidió la C-540 de 2001[375]. Esta es una conclusión que resulta de la lectura de la jurisprudencia al respecto en la que, contrario a lo sostenido por el proyecto, sí existe uniformidad.

Respecto del carácter cerrado o no de las inhabilidades para ser congresista y Presidente, la tesis de la sentencia C-497 de 1994, que aquí se revive, había sido abandonada de manera reiterada desde la sentencia C-540 de 2001, razón por la que no es posible jurídicamente decir, como lo sostiene el proyecto, que no hay una posición uniforme al respecto en la jurisprudencia. Se resalta que la sentencia C-015 de 2004 consideró la anterior posición, que ahora se pretende revivir, como un error: “No obstante, una lectura cuidadosa de dichos fallos devela que la Sala interpretó erradamente el verdadero alcance de sus textos, toda vez que en ellos se establece una restricción a la competencia legislativa”. Esta posición uniforme, había sido reiterada en la reciente sentencia C-080 de 2018 que declaró la inexecutable de los artículos 100 y 104 del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado - 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”, al considerar que el legislador carecía de competencia para establecer nuevas causales de inhabilidad para ser elegido Magistrado de la JEP, al tratarse de un asunto determinado directamente por la Constitución.

La exclusión del Legislador al respecto, para reconocer que existe reserva constitucional, encuentra fundamento en el respeto de la jerarquía constitucional, el principio de separación de poderes y el funcionamiento del sistema democrático ya que, a través del

sistema cerrado, se evita que el Legislador pueda establecer restricciones mayores que directa o indirectamente vayan dirigidas a excluir de la contienda por tan importantes cargos, a contradictores políticos o alterar equilibrios institucionales que resultan de la no intervención del Legislador en el acceso a ciertos empleos sensibles o determinantes en el juego democrático. Por ejemplo, se busca que el Congreso de la República, apoyado en determinadas mayorías, no tenga competencia para establecer inhabilidades dirigidas a los miembros de otros partidos, para acceder al mismo Congreso de la República o a la Presidencia de la República.

Así, considero que la sentencia debía respetar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de ciertos servidores públicos, establecido directamente por la Constitución, como ocurre en el caso de los Congresistas (artículo 179 de la Constitución), del Presidente de la República (artículo 197 de la Constitución), de los Magistrados de las altas cortes y del Fiscal General de la Nación (artículo 232 de la Constitución). Por lo tanto, para el acceso a estos cargos, no resultaba aplicable la facultad genérica atribuida al legislador para determinar el régimen de calidades, inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades de los servidores públicos, prevista en los artículos 123 y 150, numeral 23 de la Constitución.

En este sentido, considero que la norma debió haberse declarado exequible, pero en el entendido de que la inhabilidad derivada de la condena en responsabilidad fiscal no se predica de quienes aspiren a cargos o empleos públicos, cuyo régimen de calidades, inhabilidades e incompatibilidades se encuentre establecido directamente por la Constitución, al tratarse de un régimen cerrado.

(iii) La inhabilidad derivada del no pago de condenas por responsabilidad fiscal constituye una afectación tan intensa de los derechos políticos, que el sistema debe prever suficientes garantías

La responsabilidad del servidor público, con fines resarcitorios del erario, puede acarrear la grave consecuencia de inhabilitarlo para ejercer funciones públicas, cuando no ha querido o podido pagar el monto al que fue condenado. Se trata de una decisión grave que puede resultar materialmente desproporcionada con el patrimonio del servidor público o de imposible cumplimiento. Esta consideración no debe implicar que tal inhabilidad deba suprimirse, sino por el contrario, que debe reforzarse el sistema de garantías al respecto.

Se trata de un llamado al Legislador para que, en ejercicio de su competencia en la materia, refuerce el sistema de garantías al considerar que no basta con la posibilidad de demandar el acto administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y pedir allí medidas cautelares, para neutralizar el riesgo para los derechos políticos de todos los ciudadanos. Una opción, podría ser que la inhabilidad por el no pago de la condena en responsabilidad fiscal sólo surta efectos una vez la decisión se torne incontrovertible, porque o no se acudió a tiempo al juez de lo Contencioso Administrativo (los cuatro meses de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) o porque éste profirió sentencia y confirmó la condena fiscal porque no encontró que incurriera en la causal de nulidad alegada.

En este sentido, a pesar de que la responsabilidad fiscal no tiene fines sancionatorios, sino

resarcitorios, ante la ausencia de un adecuado nivel de garantías para los servidores públicos, otra opción sería que en la reforma al sistema, se disponga que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho tenga automáticamente efectos suspensivos de la inhabilidad, sin necesidad de que el juez profiera medidas cautelares, como verdadera garantía que ampare el derecho político a acceder a cargos y empleos públicos.

Respetuosamente,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA C-101/18

INHABILIDAD DERIVADA DEL NO PAGO DE CONDENAS POR RESPONSABILIDAD FISCAL-La sentencia no expuso las razones para concluir que no contradice el bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

INHABILIDADES-Naturaleza (Salvamento de voto)

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Facultad para imponer sanciones disciplinarias que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-12036

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 38 numeral 4° y el párrafo 1° de la Ley 734 de 2002 y 60 (parcial) de la Ley 610 de 2000.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Respetuosamente presento salvamento de voto a la sentencia proferida en el asunto de la referencia.

1. En el caso que nos ocupa, luego de encontrar acreditada la configuración del fenómeno de la cosa juzgada respecto del inciso 3° del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, la mayoría de la Sala Plena declaró la exequibilidad de numeral 4° y el párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2000.

Como fundamento de esa determinación, la Corte afirmó que la inhabilidad contemplada en las normas cuestionadas es resultado del ejercicio legítimo de la competencia del Congreso de la República y que, además, la misma resulta razonable y proporcionada. Particularmente, destacó que esas disposiciones persiguen un fin constitucionalmente

válido, en tanto de un lado, contribuyen al aumento de la confianza ciudadana en las instituciones y de otra, aportan en la lucha contra la corrupción.

Aseguró asimismo, que a partir de un examen sistemático de la Constitución se logra derivar que existen una serie de inhabilidades que le son comunes, incluso, a los congresistas y al Presidente de la República y que, en consecuencia, esas autoridades no pueden estar excluidas de las restricciones generales que condicionan el acceso a la función pública.

2. Bajo tal perspectiva, he de decir que no comparto la decisión adoptada por la posición mayoritaria, por cuanto considero que los preceptos demandados modifican el sistema de *numerus clausus* de inhabilidades e incompatibilidades para acceder a cargos de elección popular establecido por la Constitución y, de esa manera, desconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). En mi criterio, la Corte debió haber valorado las condiciones habilitantes que limitan la instauración de este tipo de restricciones, tal como se pasa a explicar.

3. El artículo 23 de la CADH contiene dos numerales. El primero, relacionado con las garantías políticas de los ciudadanos que integran los Estados parte de la Convención. De ese modo, determina los derechos “a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; || b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y || c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

En segundo lugar, incorpora los parámetros concretos a partir de los cuales los Estados pueden limitar el goce de los derechos políticos. Puntualmente, precisa que estos se pueden restringir “(...) exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”[376].

En consecuencia, estimo que la disposición cuestionada contraría el artículo 23 de la CADH y, en esa medida, el bloque de constitucionalidad, en armonía con lo establecido por el artículo 93 de la Carta Política[377]. Lo anterior, por cuanto admitir la existencia de condicionamientos al acceso y permanencia a los cargos de elección popular a partir de la declaración la responsabilidad fiscal de un ciudadano, desconoce abiertamente los parámetros que, como se vio, prescribe ese instrumento internacional. La CADH ha puesto en letras claras que es menester la precedencia de una SENTENCIA DE CONDENA PENAL, pues, a ello equivale decir que debe haberse editado condena, por juez en proceso penal.

Y quizá ello pueda ser matizado en el sentido que algunos lo han entrevisto en nuestro país, a partir de entender que las condenas que por conductas referidas al fenómeno de la corrupción, imparta la Procuraduría General de la Nación –que no es este el caso—pues, tal ente como autoridad de control, *sui generis* si se quiere, contiene unas competencias que evalúan acciones y omisiones voluntarias desde la perspectiva del *jus puniendi* estatal, y en esa medida quizá el legislador nacional podría permitir que las conductas anotadas de corrupción tuviesen esos controles, con todo, reitero, no es ese el caso que ahora nos ocupa.

4. Hemos de recordar que la declaración de exequibilidad de cualquier tipo de restricción a los derechos políticos en el ámbito interno no puede desatender, prima facie, las decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), como interprete autorizado de la CADH, en tanto constituyen un parámetro normativo especialmente relevante –no necesariamente vinculante según la jurisprudencia en vigor– para la comprensión de esa norma y, por ello, para la realización del juicio abstracto de constitucionalidad.

En tal sentido, en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, la Corte IDH examinó la admisibilidad de una restricción al acceso a un cargo de elección popular con base en dos sanciones de inhabilitación que le fueron impuestas por el Contralor General de la República en el marco de dos procesos administrativos. Al respecto explicó:

El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana”[378].

Asimismo, en el caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, la Corte IDH estudió si la sanción de inhabilitación perpetua determinada por una condena penal constituía una restricción indebida a los derechos políticos. Esa Corporación, luego de hacer alusión al numeral 2 del artículo 23 de la Convención, precisó:

“La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único – a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales – evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones”[379].

Del mismo modo, encontró que la finalidad de la medida establecida por el Estado argentino era oportuna, en tanto “(...) se refiere precisamente a uno de los supuestos que permite al Estado “reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades” protegidos en el artículo 23.1, cual sea la “condena, por juez competente, en proceso penal”[380].

5. En el caso que ha ocupado en esta ocasión el tiempo de la Corte, se ha declarado conforme con la Constitución, el imposibilitar el desempeño de un cargo público, (incluso de elección popular) el haber sido “declarado responsable fiscalmente”.

En términos de la ley 610 de 2000, se impone responsabilizar fiscalmente a quienes “en el

ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”. Pero el daño cuya compensación se reclama por esta vía, no es solo el derivado de actos de corrupción[382] sino además todo “menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.[383]

Y para abundar, tales deméritos –por ej. una inversión inoportuna, el uso ineficiente de un bien, la pérdida de un bien de relativo valor por una actuación imprudente, etc.– generan responsabilidad fiscal, sin que puedan motejarse tales comportamientos –todos– cometidos por ej., por omisión imprudente, como genuinos actos de corrupción, en los términos de la Convención interamericana de lucha contra la corrupción.

Así, a la vista de un opinador razonable, resulta evidente que denegar el acceso a un cargo de elección popular –por ej., Senador de la República—a quien por una negligencia –por ej., dejar el vehículo de servicio oficial parqueado en la calle, y con ocasión de ello es objeto de pintadas con aerosol—por una responsabilidad fiscal ante el menoscabo sufrido por un bien de uso oficial, constituye una chocante desproporción, y tanto peor si en modo alguno puede tildarse de “acto corrupto”.

En tales circunstancias, ocluir el acceso a cargos de elección popular por la nuda responsabilidad fiscal, sin distinción ninguna ni de su entidad ni su fuente ni menos de la autoridad que la discierne, constituye una conducta que contraría el querer de la CADH de la cual Colombia es suscriptor, pero además, un claro arrasamiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

6. De esa manera, considero que la conclusión a la que llegó la posición mayoritaria no valoró efectivamente los parámetros que, de conformidad con el bloque de constitucionalidad, condicionan el establecimiento de restricciones a los derechos políticos. En concreto, la inhabilidad examinada en el asunto de la referencia se aparta de las condiciones habilitantes establecidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues se soporta en la decisión de una autoridad administrativa y no de un juez penal.

5. Por otra parte, si se aborda la Convención Interamericana contra la Corrupción como un referente para adelantar un análisis sistemático de esas condiciones habilitantes, no se puede concluir que la declaración de responsabilidad fiscal implique per se un acto de corrupción como se reiteró supra.

6. En esa medida, estimo que la decisión de la que me aparto no valoró adecuadamente la naturaleza restrictiva de las inhabilidades para acceder a los cargos de elección popular y, en esa medida, desconoció que estas deben, además de respetar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, corresponder a las contenidas en la Carta Política.

7. Ahora bien, contrario a lo expresado por la ponencia, valoro que la competencia que

por mandato constitucional tiene la Contraloría General de la República no comporta la facultad de decretar restricciones para el acceso a cargos públicos. De ahí, que la inhabilidad imputada a un ciudadano que ha sido declarado responsable fiscalmente no solamente desconozca las exigencias del bloque de constitucionalidad, sino que se soporta en el ejercicio de una facultad que no tiene origen en la Carta Política. Por consiguiente, incluso las autoridades fiscales del orden municipal podrían, eventualmente, limitar el acceso a los cargos de elección popular y, con ello, coartar el goce efectivo de los derechos políticos. Esa circunstancia, se reitera, desconoce la Constitución y la CADH.

Por ello, también considero que la Sala no debió extrapolar parte de las conclusiones y determinaciones a las que ha llegado esta Corporación en relación con la facultad de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos de elección popular; particularmente, porque las decisiones de constitucionalidad que se han adoptado en ese escenario parten de la potestad que la Constitución le otorga al Ministerio Público para vigilar el comportamiento de esos ciudadanos, no siendo este el mismo soporte para la declaración de responsabilidad fiscal.

8. Por las razones expuestas, me permito salvar mi voto a la decisión adoptada en la sentencia C-101 de 2018.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA C-101/18

INHABILIDAD DERIVADA DEL NO PAGO DE CONDENAS POR RESPONSABILIDAD FISCAL- Carece de proporcionalidad y razonabilidad (Salvamento de voto)

INHABILIDAD DERIVADA DEL NO PAGO DE CONDENAS POR RESPONSABILIDAD FISCAL-No puede predicarse de quienes aspiren a cargos en los que el Constituyente estableció directamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades (Salvamento de voto)

INHABILIDAD DERIVADA DEL NO PAGO DE CONDENAS POR RESPONSABILIDAD FISCAL- Reserva de ley estatutaria (Salvamento de voto)

REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA ACCESO A LA FUNCION PUBLICA- Límites a facultades del legislador (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-12036

Asunto: Acción de constitucionalidad presentada por Dagoberto Quiroga Collazos, contra los

artículos 38 numeral 4° y el párrafo 1° de la Ley 734 de 2002 y 60 (parcial) de la Ley 610 de 2000.

Magistrada Sustanciadora:

Gloria Stella Ortiz Delgado

Con el debido respeto me permito expresar las razones de mi discrepancia con la decisión adoptada mediante la Sentencia C-101 de 2018, en el sentido de declarar exequibles el numeral 4° y el párrafo 1° del artículo 38 de la ley 734 de 2002, por vulneración de los artículos 1°, 2°, 40.7, 93, 94, 179, 197 y 293 de la Constitución y 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y el inciso tercero del artículo 60 de la ley 610 de 2000, por desconocimiento de los artículos 179, 197 y 293 de la constitución.

Mi discrepancia radica esencialmente en que, en mi criterio, la Corte ha debido declarar la inexecutable de las disposiciones acusadas o la constitucionalidad condicionada de las mismas, por las siguientes razones: (i) porque implican una restricción desproporcionada del derecho a elegir y ser elegido contraria a la Constitución y a la Convención Americana de Derechos Humanos, y no cumplen una función constitucionalmente admisible, (ii) porque desconocen la reserva de ley estatutaria en materia de regulación de derechos fundamentales y de funciones electorales, y (iii) porque, aún en el evento de que el legislador ordinario pudiera establecer tal tipo de inhabilidad para ser elegido, ella no resultaría aplicable a servidores públicos cuyo régimen de inhabilidades se encuentra regulado íntegramente en la Constitución.

(i) Si bien comparto que la concreción del artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos debe realizarse con base en un ejercicio hermenéutico que considere el margen de apreciación de los Estados Parte, y que, además, consulte el carácter dinámico, cambiante y evolutivo de las regulaciones nacionales, mediante las cuales se concretan y hacen efectivos los derechos fundamentales, en el presente caso la inhabilidad por responsabilidad fiscal no cumple ninguna finalidad compatible con la Constitución ni se adecúa a los estándares en materia de inhabilidades.

En efecto, la medida carece de proporcionalidad y razonabilidad en atención a que se trata de una declaratoria administrativa de responsabilidad que no tiene carácter sancionatorio y que no necesariamente tiene por objeto combatir la corrupción. Pero incluso, aún en el evento de que cumpliera dicha finalidad, el hecho de que la inhabilidad se supere con el pago del daño fiscal, demuestra precisamente que el medio utilizado no es adecuado para tal finalidad. Podría pensarse que los corruptos tienen mejores posibilidades de pagar las obligaciones económicas derivadas de la declaratoria de responsabilidad fiscal, luego evidentemente la inhabilidad no está diseñada para garantizar el interés general, ni la observancia de los principios que orientan la función pública, menos los de moralidad y transparencia, tampoco constituye un instrumento para acreditar la confianza necesaria para la gestión de los bienes colectivos y de lucha contra la corrupción como medida de protección del patrimonio público, porque, como ya se dijo, quienes hubieren sido declarados responsables fiscalmente pueden superar la inhabilidad si tienen como pagar el

daño.

Cabe precisar, por otra parte, que los hechos susceptibles de generar responsabilidad fiscal pueden dar lugar a sanciones de tipo penal, según el caso, eventos en los cuales se configuran causales de inhabilidad como las previstas en el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución y las que se derivan de la condena a pena privativa de la libertad, prevista en todos los regímenes constitucionales de inhabilidad, cumpliendo ellas sí las finalidades que se les atribuyen a la medida administrativa de responsabilidad fiscal.

(ii) Porque, incluso en el evento de que la inhabilidad objeto de control superara el examen de constitucionalidad a que se ha hecho referencia, las disposiciones que la contienen son inconstitucionales por desconocer la reserva de ley estatutaria, teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades hace parte sustancial de la regulación (i) del derecho fundamental a elegir y ser elegido, y (ii) de la función electoral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152, literales a) y c), de la Constitución, y,

(iii) Porque el legislador carece de competencia para ampliar las inhabilidades de los servidores públicos cuyo régimen se encuentra regulado integralmente en la Constitución, como los Congresistas y el Presidente de la República, entre otros, razón por la que correspondía a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de las disposiciones acusadas.

Sobre el particular han de tenerse en cuenta las precisiones que hizo la Corte en la Sentencia C-080 de 2018, en el siguiente aparte:

“Debido a la jerarquía e importancia para el ejercicio de la función pública en cada una de las Ramas del Poder, o por su posición de jefatura frente a los entes de control del Estado, las calidades de determinados servidores públicos se encuentran reguladas directamente en la Constitución Política. Este el caso del Presidente de la República (art. 191 C.P); del Vicepresidente (art. 204); de los Ministros y Directores de departamento Administrativo (art. 207); senadores (art. 172 C.P); Representantes a la Cámara (art. 177 C.P); los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional (art. 232 C.P), los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura (art. 255 C.P), el Fiscal General de la Nación (art. 249 C.P); los Consejeros del Consejo Nacional Electoral (art 264 C. P); el Registrador Nacional del Estado Civil (art. 266 C.P) y el Contralor General de la República (art. 267 C.P).

Como se indicó, la reserva constitucional en la fijación de los cargos de mayor jerarquía es una garantía de independencia de las Ramas del Poder Público, pues no le está dado al legislador modificar los requisitos para acceder a los más altos cargos de poder. Lo contrario, habilitaría una intervención desproporcionada del legislativo en la autonomía de las otras ramas del poder público, contrariando el artículo 113 de la Constitución. En el caso de la función judicial, como la que ejerce la JEP, se afecta además la independencia y autonomía judicial, pues a través de este mecanismo de reforma, el Legislativo podría intervenir en la composición de las altas cortes, comprometiendo además el debido proceso de las personas sometidas a su jurisdicción.

Para estos cargos, que representan las máximas investiduras en el ejercicio de la función

pública, el Constituyente ha determinado directamente las exigencias para la designación, dada la responsabilidad política y las funciones de mayor ejercicio del poder público que ostentan quienes son nombrados en ellos”.

Fecha ut supra,

Magistrado

[1]Folio 24 Cuaderno principal

[2]M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[3]Sentencia T-151 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

[4] Folio 53 Cuaderno principal

[5] Folio 65 cuaderno principal.

[6] Considerado por el actor como un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, de acuerdo con lo establecido en la Sentencia C-010 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero

[7] Folio 68 cuaderno principal.

[8] Folio 69 cuaderno principal.

[9] Folio 122 a 125 Cuaderno Principal

[11] Folio 124 Cuaderno Principal.

[12] Folio 124v Cuaderno Principal.

[13] Folios 70 a 75 Cuaderno Principal.

[14]Folio 72 Cuaderno Principal.

[15]Folio 73 Cuaderno Principal.

[16]Folio 74 Cuaderno Principal.

[17]Folio 75 Cuaderno Principal.

[18] Folios 126 a 131 Cuaderno Principal

[19]Folio 128 Cuaderno Principal.

[20]Folio 129 Cuaderno Principal.

[21]Ibídem.

[22] Folios 129-130 Cuaderno Principal.

- [23] Folio 130 Cuaderno Principal.
- [24] Folios 132 a 138 Cuaderno Principal
- [25] Folio 138 Cuaderno Principal.
- [26] Folio 138 Cuaderno Principal.
- [27] Folios 144 a 151 Cuaderno Principal
- [28] Folios 77 a 95 Cuaderno Principal.
- [29] Folio 88 Cuaderno Principal.
- [30] Folio 89 Cuaderno Principal.
- [31] Ibídem.
- [32] Folio 90 Cuaderno Principal.
- [33] Ibídem.
- [34] Folios 36 a 109 Cuaderno Principal
- [35] Folio 96 Cuaderno Principal.
- [36] Folio 100 Cuaderno Principal.
- [37] Ibídem.
- [38] Ibídem.
- [39] Folio 100 y 101 Cuaderno Principal.
- [40] Folio 107-108 Cuaderno Principal.
- [41] Folio 109 Cuaderno Principal.
- [42] Ibídem.
- [43] Folios 111 a 121 Cuaderno Principal
- [44] Folio 113 Cuaderno Principal.
- [46] Folio 114 Cuaderno Principal.
- [47] Ibídem.
- [48] Ibídem.
- [49] Folios 116 y siguientes Cuaderno Principal.

- [50] Folios 203 a 242 Cuaderno Principal
- [51] Folio 212 Cuaderno Principal.
- [52] Folio 214 Cuaderno Principal.
- [53] Folio 215 Cuaderno Principal.
- [54] Folio 216 Cuaderno Principal.
- [55] Folio 217 Cuaderno Principal.
- [56] Folio 219 Cuaderno Principal.
- [57] Folio 220 Cuaderno Principal.
- [58] Folios 221-222 Cuaderno Principal.
- [59] Folios 223-229 Cuaderno Principal.
- [60] Folio 240 Cuaderno Principal.
- [61] *Ibíd.*
- [62] Folio 241 Cuaderno Principal.
- [63] Folio 241 Cuaderno Principal.
- [64] El contenido de este apartado fue tomado de la argumentación desarrollada por este despacho en la Sentencia C-042 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- [65] Folio 14 cuaderno principal.
- [66] *Ibíd.*
- [67] Ver entre otras las sentencias C-1095 de 2001, C-1143 de 2001, C-041 de 2002, A. 178 de 2003, A. 114 de 2004, C-405 de 2009, C-761 de 2009 y C-914 de 2010.
- [68] Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- [69] Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.
- [70] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-978 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- [71] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- [72] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-405 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- [73] Cfr. Sentencia C-533 de 2012. M.P. Nilson Pinilla, C-100 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y C-978 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[74] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C -978 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Ver también la sentencia C-533 de 2012. M. P. Nilson Pinilla.

[75] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

[76] Corte Constitucional. Sentencia C-304 de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[77] Corte Constitucional. Sentencia C-856 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[78] Corte Constitucional. Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-641 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[79] Sentencia C-561 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[80] Ver, entre otros, auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[81] M.P. Rodrigo Escobar Gil

[82] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[83] Sentencia C-228 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[84] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[85] Crf., entre otras, las sentencias C-004 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett y C-090 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[86] Sentencia C-228 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[87] Crf., entre otras, sentencias C-494 de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos y C-228 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[88] Sentencia C-228 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[89] Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[90] Sentencia C - 489 de 2000.

[91] Sentencia C - 565 de 2000.

[92] Sentencia C - 543 de 1992.

[94] Sentencia C-228 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[95] Ibídem.

[96] Ibídem.

[97] Sentencia C-228 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ver al respecto la sentencia C-931 de 2008 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla): “Sobre las circunstancias bajo las cuales la cosa juzgada constitucional es absoluta o relativa, ello depende directamente de lo que se determine en la sentencia de la cual tales efectos se derivan. Así, la ausencia de pronunciamiento del juez constitucional en la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad acerca de los efectos de esa decisión, llevaría a presumir que el precepto analizado es válido frente a la totalidad de las normas constitucionales, por lo que se genera entonces un efecto de cosa juzgada absoluta, que impide a la Corte volver a fallar sobre esa materia. Si, por el contrario, la Corte delimita en la parte resolutive el efecto de dicha decisión, habrá entonces cosa juzgada relativa, la que en este caso se considera además explícita, en razón de la referencia expresa que el juez constitucional hizo sobre los efectos de su fallo.”

[98] Ver al respecto la sentencia C-228 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[99] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[100] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[101] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[102] *Ibídem*.

[103] Sentencia C-335 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[104] MM.PP Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

[105] Sentencia C-836 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Reiterada en la C-539 de 2011 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[106] Sentencia T-637 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[107] Sentencia T-1337 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

[108] Sentencia C-180 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara.

[109] Sentencia C-180 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara,

[110] Sentencia T-066 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[111] Picado, Sonia. 2007. Derechos Políticos como Derechos Humanos. En Tratado de derecho electoral comparado de América Latina — 2ª ed. — México : FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007. Pág. 48. Citado en la sentencia T-066 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[112] T-066 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[113] Sentencia C-089 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[114] Ibidem.

[115] “Artículo 21.

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

[116] Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

[117] “Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

[118] Sentencia del 23 de junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafos 196 y 206.

[119] Sentencia de 6 de Agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 166.

[121] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[122] C-176 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.

- [123] Sentencia C-100 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- [124] Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-537 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón, C-200 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-408 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, reiteradas en la sentencia C-100 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- [125] Sentencias C-631 de 1996 y C-564 de 1997 M.P. Antonio Barrero Carbonell.
- [126] Sentencia C-209 de 2009. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- [127] Sentencia C-612 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos
- [128] Sentencia C-100 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- [129] Sentencia C612 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, ver también sentencia C-028 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [130] Sentencia C-209 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- [131] Sentencia C-046 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterado en sentencia C-558 de 1994 del mismo ponente.
- [132] Sentencia C-325 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- [133] Sentencia C-348 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- [134] Consultar las Sentencias C-558 de 1994, C-509 de 1994 y C-311 de 2004.
- [135] Sentencia C-325 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- [136] M.P. Jaime Córdoba Triviño
- [137] Consejo De Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de febrero de 2011, Exp. 11001031500020100099000 Pl. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio
- [138] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 12 de octubre de 2001. Exp. 2721 C.P. Roberto Medina López.
- [139] Sentencia C-564 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Ver también sentencias C-558 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-483 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- [140] Sentencia C-546 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- [141] Al respecto también ver la sentencia SU-950 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- [142] Sentencia C-348 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño, reiterada en sentencia C-325 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- [143] Sentencia C-028 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [144] Sentencia C-348 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño, reiterada en sentencia C-325 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- [145] Ibídem.
- [146] Sentencia C-028 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [147] Ibídem.
- [148] Sentencia C-325 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- [149] Sentencia C-558 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- [150] M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- [151] Ibídem.
- [152] Ibídem.
- [153] Ibídem.
- [154] Sentencia C-617 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- [155] M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- [156] M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- [157] M.P. Álvaro Tafur Galvis
- [158] Sentencia C-952 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- [159] M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- [160] Sentencia C-100 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- [161] M.P. Manuel José Cepeda.
- [163] Sentencia C-348 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Esta postura fue reiterada en la sentencia C-325 de 2009 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- [164] Conjuez Ponente Jaime Córdoba Triviño.
- [165] Cfr. Sentencias C-194 de 1995 y C-617 y C-618 de 1997.
- [166] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- [167] M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- [168] Gozainí, Osvaldo Alfredo. "Los efectos de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno". Artículo contenido en Liber Amicorum, Héctor

Fix-Zamudio, -Volumen II. - San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998. Pág. 819.

[169] Carrillo Salcedo, Juan Antonio. "Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo". Tecnos. España. 2004. Pág. 49.

[170] Piovisan, Flavia. "Fuerza integradora y catalizadora del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Desafíos para la formación de un constitucionalismo regional". Contendida en la obra colectiva "La justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?". Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Coordinadores. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2010. Pág. 432-433.

[171] Después de las once ratificaciones exigidas por el artículo 74 de la Convención.

[172] Para Bobbio la tutela de los Derechos Humanos contenidos en instrumentos internacionales tiene tres dimensiones: promoción, control y garantía. La promoción implica las actividades que buscan persuadir a los Estados parte para que adecuen su ordenamiento interno en favor de los Derechos Humanos. El Control se extiende hacia la verificación del cumplimiento de las recomendaciones realizadas en el plano de la promoción internacional. Y la garantía implica la organización de la tutela jurisdiccional internacional de los Derechos Humanos. Norberto Bobbio, "El Tiempo de los Derechos". Sistema. Madrid. 1991. Pág. 77 - 78.

[173] Ruiz Miguel, Carlos. "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?", en la obra colectiva Liber Amicorum Fix-Zamudio Ob. Cit. Volumen II. Pág. 1357.

[174] Häberle, Peter. "Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Editorial Tecnos. España. 2013. Pág. 256 - 259.

[175] Gomes Canotilho, José Joaquim. "Teoría de la Constitución". Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid. 2004. Pág. 45

[176] Bustos Gisbert, Rafael. "La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y constitución". IVAP OÑATI. Bilbao. 2005. Pág. 178

[177] Maccormick, Neil. Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth. Oxford University Press. 1999. Pág. 104.

[178] Torres Pérez, Aida. "En defensa del Pluralismo Constitucional". en la obra colectiva Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Coordinadores JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, GURUTZ JÁUREGUI BERECIARTU. Tirant Lo Blanch Homenajes y Congresos. Valencia. 2011. Pág. 165 y ss.

[179] Bustos Gisbert, R. Ob. Cit. Pág. 178.

[180] Cruz Villalón, Pedro. "La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa". Trotta. Madrid. Pág. 137.

[181] *Ibidem*. Pág. 135.

[182] *Ibidem*. Pág. 69.

[183] Poiares Maduro, M. Ob. Cit. Pág. 40.

[184] Cruz Villalón, P. Ob. Cit. Pág. 68-69.

[185] Gomes Canotliho. J.J. Ob. Cit. Pág. 47.

[186] Debe recordarse en este punto las llamadas Mutaciones Constitucionales, en Konrad Hesse, Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 79 y ss. Así como las aportaciones de la teoría del cambio constitucional de Bruce Ackerman en *We the people, Transformations*, Vol 2, Cambridge, 1998, entre otros. Ver análisis en extenso en Bustos Gisbert, R. en Ob. Cit. Pág. 91 - 120.

[187] Es el caso de los artículos 10.2, y 96 de la Constitución Española. Ver con carácter general Alejandro Saiz Arnaiz, "La apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española". Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

[188] Poiares Maduro, M. Ob. Cit. Pág. 36.

[189] Häberle, P. Ob. Cit. Pág. 263. Bustos Gisbert, Ob. Cit. Pág. 181.

[190] Núñez Poblete. M, Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el telos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/6.pdf>, consultado el 2 de noviembre de 2011, pág. 4.

[191] *Ibidem*. Pág. 5.

[192] Este apartado fue desarrollado a partir de las consideraciones consignadas en la sentencia C-147 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[193] Sentencia C-458 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[194] Sentencia C-018 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-458 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[195] Sentencia C-458 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[196] Sentencia C-307 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[197] Sentencias C-750 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-458 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[198] Sentencia C-394 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[199] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999, solicitada por México relacionada con el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

[201] C.I.D.H. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106. “106. Asimismo, la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”

[202] Corte IDH caso Atala Riffo y niñas contra Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de febrero de 2012. Serie C No. 239 parr. 83. “83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación.”

[203] Corte IDH Caso Liakat Ali Alibux contra Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276. Parr. 77. “77. El Tribunal Interamericano ha reconocido que de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Americana —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos— se puede desprender una interpretación evolutiva del Pacto de San José en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, lo que a su vez lleva a afirmar que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva, ha encontrado la Corte IDH, es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”

[204] Corte IDH caso de Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) contra Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257 parr. 245.

[205] Ackerman. Ob. Cit. Pág. 89.

[206] Brandeis, L “The Living Law”, Illinois Law Review, 1916, 10:461. Citado en Post Robert y Siegel Reva. Constitucionalismo democrático. Editores Siglo XXI, Buenos Aires, 2013 Pág. 31.

[207] Michel H. c Gerald D.”, 491 U.S. 110, 141 (1981) (voto disidente de J. Brennan), citado en Post R. y Siegel R. ob. Cit. Pág. 31.

[208] Brandeis L. Papers 1881-1966: Finding Aid, Havard Law School Library, Harvard

University, 1976. Citado en Post R. y Siegel R. Op. Cit. Pág. 31.

[209] Post R. Ob. Cit. Pág. 31.

[210] Ackerman, Ob Cit. Pág. 100.

[211] Al respecto ver Lafayette Black, Hugo. A Constitucional Fiat. 1968; Antonin Scalia, 1989. Originalism: The Lesse Evil, University of Cincinnati Law Review, pág. 57 y Ackerman Ob. Cit. Pág. 100.

[212] Ackerman, Op. Cit. Pág. 105.

[213] García Roca J, El Margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: entre soberanía e integración, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2010; Arai Takahashi, Yutaka, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of the Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, anwerp-Oxford-Nueva Yprk, Intersentia, 2002, entre otros. También en Nuñez Poblete, Ob. Cit. Pág. 5-6.

[214] García Roca, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. UNED, Teoría y realidad constitucional, Num. 20, 2007, pág. 121.

[215] Grece c. United Kingdom, num. 176/56 vol. II Report of 26 september 1958, Parr. 318.

[216] Pascual Vives F.J. El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista. Anuario español de derecho internacional, Vol. 29, 2013, págs. 220-221.

[217] Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy) c. Belgium, 18 junes 1971, serie A No. 12 Parr. 93.

[218] Pascual Vives, Ob. Cit. Pág. 221.

[219] Handyside c. United Kingdom, 7 december 1976, Series A. No. 24 parr. 48.

[220] Pascual Vives, Ob. Cit. Pág. 221.

[221] Derecho al respecto a la vida privada y familiar.

[222] Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

[223] Derecho a la libertad de expresión.

[224] Derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación.

[225] Pascual Vives, ob. Cit. Pág. 232.

[226] Arai-Takahashi, Y. The System of restrictions, en Van Dijk, P y otros, Theory and practice of the European Convention on Human Rights, 4ª. Ed. Amberes/Oxford, Intersentia,

2006, Págs. 333-350, Pág. 340. Citado por Pascual Vives, Ob. Cit. Pág. 233.

[227] Sunday Times c. United Kingdom No. 1, 26 April 1979, Series A. No. 30 parr. 48-49. Citado por Pascual Vives Ob. Cit. Pág. 233.

[228] Handyside c. United Kingdom, 7 december 1976 Series A. No. 24 parrs. 48-50. Citado por Pascual Vives Ob Cit. Pág. 233.

[229] Derecho a contraer matrimonio.

[230] Derecho a un recurso judicial efectivo.

[231] Principio de no discriminación.

[232] Pascual Vives, Ob. Cit. Pág. 234.

[233] De Souza Ribeiro c. France, Núm. 22689/07, 2012 Parr. 95. Citado por Pascual Vives Ob. Cit. Pág. 234.

[234] García Roca J. La muy Discrecional doctrina del margen de configuración nacional. Ob. Cit. Pág. 127.

[235] Pascual Vives, Ob. Cit. Pág. 238. García Roca J. La muy discrecional doctrina nacional. Ob. Cit. Pág. 127.

[236] Ibidem. Pág. 239

[237] Matthews c. United Kingdom, num. 24833/94, 1999, Parr. 63 y Sitaropoulus and Giahoumopoulos c. Grece, num 12202/07, 2012 parr. 72-75.

[238] Airey c. Ireland, 9 october 1979 Series A. No. 21 parr. 32-33. Lopez Ostra c. Spain, 9 december 1994 Series A. No. 303-C, parr. 54-57, citados por Pascual Vives, Ob. Cit. Pág. 240.

[239] A tal efecto ver los casos Carson y otros c. Reino Unido, Mouvement Raelien Suisse c. Switzerland, Handyside c. United Kingdom, Casado Coca c. Spain, entre otros. Citado por Pascual Vives, Ob. Cit. Pág. 241.

[240] Stoll c. Switzerland, num. 69698/01, 2007, parr. 155. Citado por Pascual Vives, Ob. Cit. Pág. 242.

[241] Pascual Vives, Ob. Cit. Pág. 247.

[242] Benavides Casals, M.A. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. Revista Ius Et. Praxis- Año 15 No. 1. Pag. 297.

[243] Ibídem. Pág. 300-301.

[244] Ibídem. Pág. 299.

[245] Al respecto ver el caso de Irlanda contra Gran Bretaña sentencia de 18 de enero de

1978

[246] Al respecto Legg, D. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality*. Oxford University Press, 2012.

[247] Benavides Casals. Ob. Cit. Pág. 303.

[248] Comisión IDH, Informe núm. 30/93, caso núm 10.804, caso José Efraín Montt contra Guatemala, 12 de octubre de 1993, párrafo 24 y 31.

[250] Comisión IDH Informe núm. 25/01, caso núm 12.144, Alvaro Gonzalez Robelo contra Nicaragua, 5 de marzo de 2001, parr. 49.

[251] Comisión IDH Informe núm 98/03 caso núm 11.204, Statehood Solidarity Committee contra USA, 29 de diciembre de 2003, Parr. 88

[252] Bustos Gisbert, R. XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo agosto, 2012, pág. 18.

[253] *Ibidem*.

[254] *Ibidem*.

[255] *Ibidem*.

[256] Aguilar Cavallo, G. El diálogo judicial multinivel. En *Diálogo entre Cortes*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2016. Pág. 183.

[257] Bustos Gisbert. Op. Cit. 2012. Pág. 18.

[258] Corte Interamericana de Derechos Humano. Caso López Mendoza vs Venezuela, sentencia de 1º de septiembre de 2011, fondo, reparaciones y costas. Serie C 233. Pág. 44. Fund. 104

[259] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[260] Sentencia C-028 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[261] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[262] Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 106, y Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 170.

[263] “110.- Sin perjuicio de lo anteriormente señalado respecto al derecho a ser elegido, el Tribunal procede a analizar la controversia entre las partes respecto a la alegada violación de diversas garantías en los procesos administrativos que se llevaron a cabo tanto para la imposición de la multa como para la inhabilitación para ser candidato.

111.- Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas”.

[264] Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 72. Párrafo. 106. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 170.

[265] *Ibidem*.

[266] Sentencia C-165 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[267] Sentencia C-499 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[268] Sentencia C-499 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[269] Sentencia C-623 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[270] Función que ejerce junto con las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República (Constitución Política Art. 274). Inicialmente, además, la compartía con “los auditores, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales”, hasta cuando las sentencias C-534-93 y C-320-94 declararon inexecutable la alusión que el artículo 4 de la Ley 42 de 1993 hacía de ellas.

[271] Sentencia C-557 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[272] Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.”. Artículo 4.

[273] Sentencia C-716 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[274] Sentencia C-529 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este fallo la Corte exploró si la facultad de la Contraloría General de la República para controlar fiscalmente al Banco de la República era congruente con la especialidad de su papel en el ordenamiento jurídico, para resolver que “respecto del Banco de la República y de las funciones que la Constitución Política le atribuye en el artículo 371, el control fiscal predicable de esta entidad sólo estará circunscrito a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida en que lo haga”, porque “la Corte no cree que el Banco de la República, pese a ser un órgano constitucional autónomo e independiente, quede sustraído de los controles político, judicial, administrativo y fiscal, entre otros, que la propia Constitución determina”.

[275] Sentencia C-529 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[276] Sentencia C-623 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[277] Sentencia C-716 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[278] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 2004. Consejero ponente: Alier E. Hernández Enríquez. “En efecto, la defensa del patrimonio público, como derecho colectivo, hace alusión al interés que tiene la comunidad en general para proteger los elementos que lo componen; a su vez, la moralidad administrativa no tiene un contenido predeterminado, pues como se dijo, se precisa en cada caso. // Dada la estrecha relación existente entre los derechos en cuestión, es probable que la vulneración de uno de ellos conlleve la del otro, sobre todo si se tiene en cuenta que ‘es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público”

[279] Sentencia C-046 de 1996.

[280] Sentencia C-716 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “Las características fundamentales del control previo estaban descritas en el artículo 2º del Decreto 925 de 1976 (...): // ‘Art. 2º.- El control previo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos.’ // Interpretando esa preceptiva legal, (...) el control previo (...) ‘se ocupa entre otros aspectos de examinar: la óptica numérico legal del gasto, en especial si se da cumplimiento a la Ley de apropiaciones presupuestales; si el monto del gasto ha sido autorizado por el funcionario competente y los giros se efectuaron con exactitud de acuerdo con los valores autorizados; también examina si hay disponibilidad suficiente para cubrir los gastos; si se trata por la modalidad de avances en dinero, se revisa si los avances están ya legalizados, como sucede por ejemplo con los viáticos que pagan a los funcionarios públicos destacados en comisión.. Igualmente tiende el control previo a verificar la exactitud de las operaciones respaldadas en documentos, facturas, comprobantes, ordenes (sic.) de compra.” Al respecto Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 5 de noviembre de 1979. Consejero Ponente: Carlos Galindo Pinilla. Radicado 209250-357-CE-SEC1-1979-11-05.

[281] Sentencia C-716 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Según el Decreto 925 de 1976 “El control preceptivo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su control, consiste en la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros”.

[282] Sentencia C-103 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

[283] Constitución de 1991. “ARTÍCULO 269. En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.”

[285] Constitución de 1991. Artículo 268, numeral 12.

[286] Sentencia C-967 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. “[L]os organismos de control fiscal no están facultados para intervenir en los procesos de contratación estatal ni tomar parte en las decisiones administrativas de cada entidad”.

[287] Para enfrentar esta situación, el Constituyente dispuso en el inciso 4° del artículo 267 superior que “La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.”

[288] Sentencia C-113 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. “(...) en cuanto se prestaba para ilícitos pactos entre funcionarios administrativos y los encargados de su vigilancia”.

[289] Son enlistados por el Decreto Ley 267 de 2000. “ARTÍCULO 4°. Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República: // 1. Los órganos que integran las Ramas Legislativa y Judicial del Poder Público; // 2. Los órganos que integran el Ministerio Público y sus entidades adscritas; // 3. Los órganos que integran la organización electoral y sus entidades adscritas o vinculadas; // 4. La Comisión Nacional de Televisión y sus entidades adscritas o vinculadas; // 5. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible; // 6. Las universidades estatales autónomas que administren bienes recursos nacionales o que tengan origen en la nación; // 7. El Banco de la República cuando administre recursos de la Nación, ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga; // 8. Los demás organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen de autonomía; // 9. Las entidades u organismos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público tanto del sector central como del descentralizado por servicios, del orden nacional, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998; // 10. Las demás entidades públicas y territoriales que administren bienes o recursos nacionales o que tengan origen en la Nación; // 11. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la Nación; // 12. Los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación.”

[290] Sentencias C-529 de 1993, C-167 de 1995, C-374 de 1995, C-403 de 1999, C-1191 de 2000, C-364 de 2001, C-127 de 2002, C-290 de 2002, C-1176 de 2004, C-529 de 2006 y C-541 de 2011.

[291] Sentencia SU-620 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[292] Sentencia C-103 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

[293] Sentencia C-623 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[294] Sentencia C-623 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[295] Sentencias C-836 de 2013 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-103 de 2015 M.P. María Victoria Calle Correa.

- [296] Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- [297] Sentencia C-967 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- [298] Sentencia C-534 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.
- [299] Sentencia C-103 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.
- [300] Sentencia C-113 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- [301] Sentencias C-623 de 1999 y C-967 de 2012.
- [302] Sentencia C-716 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- [303] Constitución de 1991. Artículo 119.
- [304] Sentencia C-716 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- [305] Sentencia C-623 de 2002.
- [306] Sentencia C-165 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- [307] Sentencia C-529 de 1993.
- [308] Entendido como “la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de los cuales es titular el Estado Colombiano, y sobre los cuales ejerce su dominio, constituyen así el conjunto de bienes destinados al cumplimiento de las funciones públicas del Estado o que están afectados al uso común, (...) [clasificados en] en bienes de uso público y en bienes patrimoniales o fiscales.” CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2006. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicado 25000-23-27-000-2004-01546-01(AP).
- [309] Sentencia C-557 de 2009. “el control posterior de la gestión fiscal comprende dos actividades o momentos diferenciados: (i) la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías; (ii) el inicio de procesos de responsabilidad fiscal”
- [310] Sentencia C-648 de 2002 y en el mismo sentido, ver la sentencia C-619 de 2001.
- [311] Sentencia C-648 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- [312] Sentencia C-189 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- [313] Ley 610 de 2000. Artículo 1.
- [314] Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- [315] Sentencias SU-620 de 1996, C-382 de 2008, C-512 de 2013 y C-338 de 2014.
- [316] Sentencia T-192 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- [317] Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

[318] Sentencia C-338 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

[319] Ley 610 de 2000, artículos 4º y 5º, y Ley 1474 de 2011. Artículo 118

[320] Sentencia C-619 de 2002. MM.PP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

[321] Sentencia C-512 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo. “[e]ste proceso busca determinar y, si es del caso, declarar la responsabilidad fiscal del servidor público o del particular, sobre la base de un detrimento patrimonial (daño) imputable a una conducta culpable (dolo o culpa grave) de éste, habiendo un nexo causal entre ambos”.

[322] Ley 610 de 2000, artículo 58.

[323] Ley 610 de 2000. Artículo 60, inciso 1º.

[324] Sentencia C-1083 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería. La inclusión en el boletín de responsables fiscales, “significa que, por una parte, se ha adelantado un proceso administrativo en el que la persona ha tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa”.

[326] M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. Analizó el caso de una persona a quien la Contraloría General de Antioquía, con el fallo de responsabilidad fiscal en su contra, la incluyó en el boletín de responsables fiscales. El accionante alegaba el compromiso de sus derechos al buen nombre y al trabajo, como quiera que se le impedía trabajar y contratar con la administración pública.

[327] En el mismo sentido, Sentencia T-427A de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[328] MM.PP. Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

[329] Sobre inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses.

[330] Sentencia C-651 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[331] Sentencia C-1064 de 2001 MM.PP Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

[332] Ibídem.

[333] Sentencia C-287 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

[334] Ibídem.

[335] Gaceta Del Congreso número 315 de 2000. Senado de la República, pág. 3.

[336] Artículo 1º de la Constitución Política

[337] Artículo 2 de la Constitución Política.

[338] Artículo 209. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía,

celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)” (negrillas no originales).

[339] Sentencia C-046 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otros pronunciamientos.

[340] Sentencia SU-585 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[341] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[342] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[343] Bustos Gisbert, R. Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional. Teoría y realidad constitucional, UNED Editorial, No. 25, 2010. pág.82.

[344] Ibidem. Pág. 82.

[345] Ibidem. Pág. 85.

[346] Ibidem.

[347] Ibidem pág. 88.

[348] El informe Nolan contiene los resultados de los estudios adelantados por la comisión que lleva el mismo nombre en atención a su presidente el juez Lord Nolan, creada en 1994 por el Primer Ministro Británico Jhon Major. Su finalidad era analizar los estándares que orientan la función pública, en atención a los eventos de corrupción que en ese momento se presentaban en el Reino Unido, lo que dio como resultado una serie de recomendaciones relacionadas con los principios de la función pública y la adopción de códigos de conducta, entre otros.

[349] Informe Nolan, Cap. 3, Parr. 4. First Report of the Committee on Standars in public life. Cm.2850, HSMO, Londres. Citado por Bustos Gisbert, Ob. Cit. pág. 88.

[350] Bustos Gisbert, Op. Cit. Pág. 74

[351] Sentencia C-944 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[352] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[353] BULL, M. J. y NEWELL, L.: “Conclusión: Political Corruption in Contemporary Democracies”, Palgrave Macmillan, London, 2000, p. 244; BAYLEY, D. H.: “The Effects of Corruption in a Developing Nation”, en HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSTON, M. y LE VINE, V. T.: Political Corruption: A Handbook, Transaction Publishers, New Jersey, 1997, p. 942; MUSCO, E.: “I delitti di corruzione nel Codice penale italiano”, en AA. VV.: Fraude y corrupción en la administración pública: delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, p. 28; ROSE-ACKERMAN. S.: La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma, Siglo XXI, Madrid, 2001, p. 23; FABIÁN CAPARRÓS, E. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coords.), La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 20.

[354] BUSTOS GISBERT, R.: “La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción de los gobernantes: una tarea pendiente”, en: FABIÁN CAPARRÓS, E. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coords.), La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 71.

[355] TANZI, V. y DAVOODI, H.: “Corruption, Growth, and Public Finances”, en JAIN, A. K.: The Political Economy of Corruption, Routledge, Nueva York, 2002, p. 98; AYITTEY, G. B. N.: “Combating Corruption in Africa: Analysis and Context”, en HOPE, K. R. y CHIKULO, B. C. (edits.): Corruption and Development in Africa: Lessons from Country Case-Studies, Palgrave, Hampshire, 2003, p. 106; HOPE, op. cit., p. 26; MALEM SEÑA, J. F.: Globalización, comercio internacional y corrupción, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 45; ROSE-ACKERMAN. S.: op. cit., p. 45. Según las investigaciones del FMI, la inversión en los países corruptos es casi un 5% menor que en los países relativamente exentos de corrupción. Por otro lado, en opinión de la agencia de calificación de valores Standard and Poor’s, hay una probabilidad de entre un 50% y un 100% de que los inversores pierdan todas sus inversiones en un plazo de cinco años en países con diversos grados de corrupción (Comunicado de prensa “El costo de la corrupción”, publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas (DPI/2088/A).

[356] MURIEL PATIÑO, M.: “Economía, corrupción y desarrollo”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. (coord.): La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, Ratio Legis, Salamanca, 2000, p. 33; LOZANO, J. y MERINO DINARI, V. (comps.): op. cit., p. 36.

[357] FABIÁN CAPARRÓS, “La corrupción de los servidores públicos...”, op. cit., p. 126.

[358] MURIEL PATIÑO, “Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción”, op. cit., p. 33.

[359] Artículo 5.1 de la Convención.

[360] Artículo 7.2 de la Convención.

[361] Artículo 8.6 de la Convención.

[362] Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Serie A núm. 6.

[363] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Mendoza contra Venezuela, sentencia de 1º de septiembre de 2011, Fondo Reparaciones y Costas. Serie C Núm. 233.

[364] El Texto completo de la norma es el siguiente: “ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

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

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

4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.

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

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

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

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

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

[365] Reiteró las subreglas contenidas en la sentencia C-540 de 2001.

[366] Este pronunciamiento no es tenido en cuenta en el presente asunto porque su objeto de análisis no fueron inhabilidades para acceder a cargos de Congresista o Presidente, sino que estudio el numeral 1° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que establece la inhabilidad para ser Concejal por haber sido condenado "(...) a la fecha de la inscripción por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, salvo que estos últimos hayan afectado el patrimonio del Estado." En aquella oportunidad, esta Corporación expresó: "Cabe destacar que en materia de inhabilidades e incompatibilidades, la propia Carta Política se ha encargado de señalar las que le son aplicables a los congresistas (arts. 179, 180 y 181) y algunas que se predicen de la generalidad de los servidores públicos (C.P. arts. 127 y 128). Igualmente, el mismo ordenamiento autoriza al legislador para fijar tales prohibiciones e impedimentos en relación con los ciudadanos que aspiren o sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales." Nótese que se trató de un obiter dictum que no estableció un sistema cerrado de inhabilidades para estos cargos.

[367] Hesse Konrad. Escritos de derecho constitucional. Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1992. Pág. 5.

[368] Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez J.L. Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas

jurídicos. Marcial Pons, Madrid, 2011. Pág. 67.

[369] Bulygin, E, Mendoca, D. Normas y sistemas normativos. Marcial Pons, Madrid, 2005 Pág. 44.

[370] M.P. María Victoria Calle Correa

[371] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[372] Al respecto ver la sentencia SU-625 de 20156 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[373] Comisión IDH, Informe 137/99, caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y Otros/Chile, 27 de diciembre de 1999, párr. 101; CIDH, sentencia 23 de junio de 2005, Yatama vs. Nicaragua, Serie C No. 127, párr. 206; CIDH, sentencia de 6 de agosto de 2008, Castañeda Gutman vs. México, serie C, n. 184, párr. 157.

[374] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de noviembre de 2017, rad. 110010325000201400360 00, (1131-2014), Gustavo Francisco Petro Urrego contra Procuraduría General de la Nación.

[375] Esta sentencia decidió: “Décimo. Declarar la exequibilidad condicionada del artículo 32 de la Ley 617 de 2000, en el sentido que la incompatibilidad especial de 24 meses allí señalada no se aplica al gobernador que se inscriba como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, por tratarse de situaciones ya reguladas por los artículos 179-2 y 197 de la Constitución Política.

Décimo Primero. Declarar la exequibilidad condicionada del artículo 39 de la Ley 617 de 2000, en el sentido que la incompatibilidad especial de 24 meses que allí se establece no se aplica al alcalde municipal o distrital que se inscriba como candidato a Presidente de la República por ser una situación ya regulada en el artículo 197 de la Constitución Política”.

[376] Negrilla fuera del texto.

[377] Constitución Política de Colombia, artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. En el mismo sentido, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-028 de 2006, refirió “En lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversas ocasiones, la Corte ha considerado que hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior. Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución”.

[378] *Ibíd*em, párrafo 105 y 106.

[379] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párrafo 222.

[380] *Ibíd*em, párrafo 226.

[381] *Ibíd*em, párrafo 231.

[382] Véase, por ejemplo, que el artículo 6 de la Convención Interamericana contra la Corrupción –ratificada en Colombia por medio de la Ley 412 de 1997– relacionó como actos de corrupción los siguientes: “a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; || b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; || c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; || d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y || e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

[383] El texto subrayado fue declarado **INEXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007.