

C-106-18

Sentencia C-106/18

INHABILIDADES PREDICABLES DE FAMILIARES DE ALCALDES, CONCEJALES, GOBERNADORES Y DIPUTADOS-Exequibilidad

DERECHO POLITICO A EJERCER FUNCIONES PUBLICAS Y POSIBILIDAD DE CELEBRAR CONTRATOS CON EL ESTADO-No son potestades absolutas

DERECHOS POLITICOS-Definición/DERECHOS POLITICOS-Instrumentos internacionales/DERECHOS POLITICOS-No son absolutos/DERECHOS POLITICOS-Límites

INHABILIDADES-Definición

DERECHOS POLITICOS-Restricciones

INHABILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS CON EL ESTADO-Límite al derecho político a ejercer funciones públicas

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Alcance y efectos

SENTENCIA INHIBITORIA-No hace tránsito a cosa juzgada

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Alcance

SENTENCIA EXEQUIBLE-Alcance

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y NUEVO JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Criterios de valoración

COSA JUZGADA MATERIAL Y COSA JUZGADA FORMAL-Conceptos

COSA JUZGADA ABSOLUTA Y COSA JUZGADA RELATIVA-Conceptos

COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL-Alcance

COSA JUZGADA MATERIAL-Configuración

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES-Alcance/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES-Límites

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS SOBRE INHABILIDADES-Juicio de razonabilidad o proporcionalidad

INHABILIDADES DE FAMILIARES DE ALCALDES, CONCEJALES, GOBERNADORES Y DIPUTADOS-No existe reserva constitucional

INHABILIDADES DE FAMILIARES DE ALCALDES, CONCEJALES, GOBERNADORES Y DIPUTADOS-Razonabilidad fue juzgada por la sentencia C-348 de 2004

LEY ESTATUTARIA-Regulación de ciertas materias

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN MATERIA DE DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES-Criterios de evaluación

INHABILIDADES-Regulación por ley ordinaria

Encontró la Corte que existía una sólida jurisprudencia que negaba que las inhabilidades para ejercer cargos y funciones públicas debían tramitarse como una ley estatutaria y que no existen razones para introducir un cambio jurisprudencial en la materia, mucho menos teniendo en cuenta que la presente inhabilidad se refiere a la celebración de contratos con el Estado lo que sólo de manera excepcional constituye una limitación de derechos políticos y su configuración hace parte de la competencia ordinaria del legislador para expedir el Estatuto de Contratación Estatal.

Expediente: D-11830

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso tercero (parcial) del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009.

Actor: Fanny del Pilar Sánchez Delgado.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Santa Marta, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la prevista en el artículo 241.5 de la Constitución, una vez cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Fanny del Pilar Sánchez Delgado, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso tercero (parcial) del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009.

Mediante Auto del 29 de noviembre de 2016, el Magistrado sustanciador dispuso: Admitir la demanda de la referencia, por la posible vulneración de los artículos 40, 93, 126, 154 y 292 de la Constitución Política y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la misma decisión, se inadmitió parcialmente la misma demanda, en lo que respecta a la vulneración del artículo 13 de la Constitución, en tanto que no fueron satisfechas plenamente las cargas de especificidad y de suficiencia. En esa medida, concedió al actor el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación del auto, para que procediera a corregir la demanda, so pena de rechazo.

Transcurrido el término otorgado, la actora no corrigió la demanda, razón por la cual a través de providencia del 13 de enero de 2017, el Magistrado sustanciador decidió: Rechazar parcialmente la demanda presentada por la ciudadana Fanny del Pilar Sánchez Delgado en contra del inciso tercero (parcial) del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, por la posible vulneración del artículo 13 de la Constitución Política.

En la providencia del 29 de noviembre de 2016, el Magistrado sustanciador también dispuso correr traslado al Procurador General de la Nación, a fin de que emitiera su concepto en los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución; fijar en lista el proceso con el

objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma y comunicar, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, la iniciación del mismo al Presidente de la República, para los fines previstos en el artículo 244 de la Constitución, así como al Presidente del Congreso y al Ministro de Justicia y del Derecho.

Se invitó a participar en el presente juicio al Ministerio del Interior, a la Defensoría del Pueblo, a la Federación Nacional de Departamentos, a la Federación Colombiana de Municipios, a la Comisión Nacional para la Moralización, a la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, a la ONG Transparencia por Colombia, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Jurisprudencia y a la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario, a la facultad de derecho de la Universidad de la Sabana, a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, a la facultad de derecho de la Universidad Libre, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas, a la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, a la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte y a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

Mediante Auto 305 de 2017, del 21 de junio de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional dispuso “PRIMERO. A partir de la fecha SUSPENDER LOS TÉRMINOS de los procesos de constitucionalidad enumerados en el fundamento jurídico sexto de esta decisión, que hayan sido admitidos para trámite ante la Corte y en la etapa procesal en que actualmente se encuentren”. En el numeral sexto de dicho proveído se encuentran incluidas “6.4. Las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución”.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la presente demanda.

A. NORMA DEMANDADA

El siguiente es el texto del artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, que modificó el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007. La norma acusada se transcribe a continuación y se

resalta la parte demandada:

LEY 1296 DE 2009

(Abril 29)

Por medio de la cual se modifica el artículo primero de la Ley 1148 de 2007

ARTICULO 1°. El inciso tercero del artículo 1° de la ley 1148 de 2007, modificadorio del artículo 49 de la ley 617 de 2000, quedará así:

“Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad; segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.”

B. LA DEMANDA

La demandante considera que las normas cuestionadas vulneran los artículos 40, 93, 126, 152 y 292 de la Constitución Política, así como el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante, C.A.D.H.

De la violación del artículo 23 de la C.A.D.H.

Argumenta que si bien es cierto que el Pacto de San José, en el numeral 2 del artículo 23 relativo a los derechos políticos prevé que la ley puede reglamentar su ejercicio, precisa que lo podrá hacer “exclusivamente” por las razones allí indicadas y no prevé aquellas relativas al parentesco.

Agrega que el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, al determinar los sujetos disciplinables, precisó que el ejercicio de funciones públicas puede darse a través de la celebración de un convenio o contrato, por lo que debe entenderse que la limitación de la posibilidad de contratar conduce a una limitación en el acceso a las funciones públicas, a la luz del artículo 23 de la C.A.D.H.

Además, considera que el mismo artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió el contrato de

prestación de servicios como un instrumento “para desarrollar actividades relacionadas con la función administrativa o con actividades propias de los órganos del Estado”, ya que dicha norma dispuso que el contrato de prestación de servicios es “para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”.

En otros términos, agrega que la función pública en Colombia se ejerce de ordinario por servidores públicos y, excepcionalmente, cuando las actividades de administración no puedan ser ejercidas por el personal de planta, por los contratistas de prestación de servicios, por lo que limitar el acceso a contratos como el de prestación de servicios, conduce a limitar, en su concepto, el acceso al ejercicio de funciones públicas, en este caso territoriales, por fuera de los casos autorizados por la Convención Americana. Para justificar la importancia del carácter taxativo de las causales de limitación del ejercicio de los derechos políticos, la demandante hace un recuento juicioso de las discusiones que se entablaron durante la elaboración de la norma y la importancia que finalmente tuvo el limitar las hipótesis en las que la ley interna podrá establecer limitantes a estos derechos. Finalmente, explica las razones por las que la C.A.D.H. integra el bloque de constitucionalidad.

De la violación de los artículos 126 y 292 de la Constitución Política

En primer lugar considera que el régimen de prohibiciones o inhabilidades para los parientes de los concejales y diputados ya fue tratado por la Constitución en los artículos 126 y 292 y, en su concepto, no autorizó al legislador para ampliar dichas hipótesis. En su criterio, la habilitación dada al legislador en los artículos 293, 299, 303 y 312 de la Constitución para determinar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no concierne el especial para los parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales. Considera que la situación de quien aspira a ser elegido en dichos cargos y sus parientes es distinta y por eso el Constituyente determinó un sistema cerrado de inhabilidades para los parientes de éstos. Indica que la sentencia C-015 de 2004 determinó que el Régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas y del Presidente de la República es cerrado y taxativo.

En segundo lugar, argumenta que no resulta razonable ni proporcionado que el artículo 292 de la Constitución limite la inhabilidad para el nombramiento al segundo grado de

consanguinidad, mientras que las normas cuestionadas amplíen al cuarto grado de consanguinidad, cuando se trata de celebración de contratos, teniendo en cuenta que, a través del contrato de prestación de servicios “de apoyo a la gestión”, a su juicio, es también posible el ejercicio de funciones públicas y que, en la mayoría de los casos, ejercen funciones “casi iguales a los de funcionarios de planta de la entidad, pero en condiciones prestacionales y de estabilidad laboral diferentes”. Considera que la norma es irrazonable y desproporcionada porque conduce al absurdo de que un pariente en tercer grado de consanguinidad podrá ser secretario de despacho, pero no contratista, a pesar de que, como contratista, no tenga ni poder ni autoridad.

La demandante invita a la Corte a realizar interpretaciones pro homine de las normas demandadas, para concluir en una interpretación menos restrictiva de los derechos fundamentales de las personas. Respecto de este criterio de interpretación, refiere las sentencias C-187 y C-551 de 2003, C-817 y 1056 de 2004, C-148 de 2005, T-284 de 2006 y C-438 de 2013. Agrega que no resulta justo que a los miembros de las FARC se les vaya a otorgar tratos menos gravosos, a pesar de haber cometido crímenes graves, respecto de los familiares de gobernadores, diputados, alcaldes y concejales.

De la violación del artículo 152 de la Constitución

Considera la demandante que las normas cuestionadas debieron haber sido tramitadas como leyes estatutarias, al tratarse de restricciones a los derechos políticos fundamentales que no pueden ser suspendidos durante los Estados de Excepción. Sostiene que a pesar de que la Corte Constitucional ha sostenido que la creación de inhabilidades o incompatibilidades no requiere el trámite de una ley estatutaria, “se hace necesario que cambie su posición jurisprudencial” para evitar que algo que debe ser excepcional, termine convertido, como en la actualidad ocurre, en algo común en la legislación colombiana. Para demostrar este argumento, hace un recuento de las leyes que han incluido causales de inhabilidad e incompatibilidad. Afirma que el aumento progresivo de causales de inhabilidad e incompatibilidad ha resultado de una supuesta lucha contra la corrupción y en pro de la moralidad, sin base científica y que ha resultado ineficaz, frente al acrecentamiento de la corrupción, como lo demuestra estadísticamente. Solicita que la Corte demuestre la efectividad del aumento de estas restricciones, en la lucha contra la corrupción.

Explica que, en su concepto, tienen razón los salvamentos de voto a las posiciones jurisprudenciales que han excluido la necesidad de ley estatutaria para la creación de este tipo de restricciones, como el expresado por el ex Magistrado Hernando Herrera Vergara a la sentencia C-151 de 1997 y por el ex Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz a la sentencia C-381 de 1995.

C. INTERVENCIONES

1. De entidades públicas

a. Ministerio del Interior

Mediante apoderado, el Ministerio del Interior intervino para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada[1]. Con este fin, señala que la competencia normativa en materia de inhabilidades e incompatibilidades es del fuero único y exclusivo del Congreso de la Republica, puesto que éstas están descritas en la Constitución o en la Ley. Refiere que a través de las inhabilidades e incompatibilidades, se garantizan los fines esenciales del Estado y los principios de transparencia y moralidad pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Por lo anterior, el representante del Ministerio del Interior concluye que la norma demandada no promueve situaciones desiguales frente a la aplicación de otras regulaciones que tratan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

b. Defensoría del Pueblo

En representación de la entidad, la Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales[2] intervino dentro del trámite para solicitar: (i) que la Corte se inhiba de emitir pronunciamiento de fondo respecto de los apartes enjuiciados, por ineptitud sustancial de la demanda; (ii) De manera subsidiaria, estarse a lo resuelto en la sentencia C-348 de 2004, en la que se declaró la exequibilidad del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, pues su contenido normativo es reproducido de forma idéntica por la norma demandada y, por último, (iii) de no acceder a las anteriores pretensiones, declarar la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007[3].

En primer lugar, la Defensoría del Pueblo considera que la demanda no cumple con los

mínimos argumentativos exigidos por la jurisprudencia constitucional. En efecto, la entidad refiere que no se acreditan los requisitos de claridad, especificidad y suficiencia, en tanto que la demandante no logra demostrar que la norma acusada contenga una inhabilidad más drástica que la contemplada en el artículo 126 constitucional y, además, acude a argumentos de tipo fáctico y descriptivo respecto de los contratos de prestación de servicios para demostrar la inexequibilidad de la norma acusada.

En segundo lugar, la Defensoría advierte que se configura el fenómeno de cosa juzgada constitucional, por cuanto el inciso 3 del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007 reproduce de manera idéntica el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, norma que fue declarada exequible en la sentencia C-348 de 2004 por esta Corte, providencia en la que se estableció que el legislador no se excedió en su margen de configuración y, que en esa medida, las prohibiciones allí contempladas son coherentes con el texto constitucional.

2. Intervenciones de las universidades y organizaciones académicas

a. Universidad Externado de Colombia

La Universidad intervino[4] para solicitar la exequibilidad de las expresiones “parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad” y “no podrán ser contratistas” contenidas en el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificadorio del artículo 49 de la Ley 617 de 2000[5].

Sintetiza las acusaciones respecto de la constitucionalidad de la norma: la restricción contenida en la Convención Interamericana, el sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Carta Política y la reserva de ley estatutaria para la restricción de derechos políticos.

Respecto de lo primero, se resalta que si bien existe una limitación contenida en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos acerca la restricción de derechos políticos, lo cierto es que ésta no es posible entenderla al margen de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución de 1991, los cuales son el fundamento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el ordenamiento jurídico colombiano. Luego para garantizar los mencionados principios, es necesario limitar razonablemente el acceso a la función pública.

En segundo lugar, se advierte que si bien no existen limitaciones expresas en la Constitución respecto de la contratación que deben realizar los gobernadores y los alcaldes municipales y distritales, lo cierto es que la libertad de configuración del legislador contenida en el mandato del numeral 23 del artículo 150 permite que éste reglamente la materia, incluso extender el régimen previsto en la propia Constitución.

Por último, la Universidad pone de presente que el trámite de la norma acusada no puede corresponder al de una ley estatutaria, toda vez que la Ley 1148 de 2007 no regula el núcleo esencial de un derecho fundamental, sino que por el contrario se encarga de establecer ciertos límites a la contratación, los cuales no son de tal magnitud como para predicar que afecten el núcleo esencial del derecho de acceso a la función pública.

b. Universidad de Caldas

En representación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas[6], se presentó una intervención mediante la cual se solicita la declaratoria de inexequibilidad de la norma acusada[7].

Para ello, y luego de realizar un análisis sobre la aptitud formal de la demanda, concluyeron que de acuerdo con el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 40 de la Constitución Política la función pública es un derecho de todos los ciudadanos, el que se encuentra limitado por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto taxativamente en la misma Constitución. En esa medida, es dable concluir, como lo hizo la parte demandante que las limitaciones a los derechos políticos en las normas demandadas los restringen de forma indebida, irrazonable y desproporcionada.

Ahora bien, señalan que siendo los grados de parentesco que determinan la inhabilidad contemplada en el artículo 292 de la Constitución taxativos y cerrados, el legislador no puede, so pretexto del principio de libertad de configuración, establecer inhabilidades e incompatibilidades con base en otros grados, por lo que la norma demandada desbordó los límites dispuestos en la Constitución Política.

Por último, los intervinientes exponen que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las leyes estatutarias no pueden encargarse de desarrollar en forma exhaustiva todos los

aspectos que de una u otra forma se relacionen con un derecho fundamental, ni tampoco toda ley que se refiera a uno de estos derechos puede entenderse estatutaria, por lo que consideran que el cargo relacionado con el tema no está llamado a prosperar.

c. Universidad de la Sabana

La Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana[8] intervino para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada[9].

Al respecto, indicó que la disposición demandada tiene como objeto estipular una limitación de capacidad a todas las personas naturales y jurídicas que deseen contratar con el Estado debido a la “falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte de una relación contractual con dichas entidades”, lo que garantiza y asegura el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la defensa del interés general y los principios de transparencia, moralidad, igualdad y eficiencia, disposición que estaría acorde con el artículo 126 de la Constitución Política, pues su objeto es el mismo.

d. Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Academia Colombiana de Jurisprudencia solicitó, a través de uno sus miembros[10], la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada. Sobre el particular, explicó que debido a que no se ha demandado el parágrafo 2 de la Ley 1148 de 2007 que extiende las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo a la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios, la pretensión de la demandante pierde piso y la norma parcialmente demandada debe declararse exequible.

e. Federación Colombiana de Municipios

La Federación intervino[11] para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la Ley 1148 de 2007 en su artículo 1 (parcial)[12].

Como fundamento de lo anterior, indicó que de la argumentación desplegada por la demandante no parece evidente que exista vulneración de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto que la norma acusada lo que hace es velar por la ética en el

ejercicio de la función pública, lo que justifica que los parientes de los concejales no puedan acceder a cargos dentro del municipio, ni a juntas o consejos directivos. Adicionalmente, refiere que la norma tampoco contiene un trato discriminatorio, pues no se comprueba el trato desigual entre los municipios.

Por último, aclara que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en establecer que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades puede ser fijado en ley ordinaria, lo que implica que el cargo relacionado con la reserva de ley estatutaria, no prospere.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, emitió en su oportunidad el Concepto 6270, por medio del cual solicita a esta Corte declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre los cargos formulados contra la expresión “no podrán ser contratistas” contenida en el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificada por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, por ineptitud sustantiva de la demanda; y, en subsidio, pide declararla exequible en caso de haber pronunciamiento de fondo[13].

Respecto de la ineptitud de la demanda, el Ministerio Público considera que si bien la demanda formulada por la ciudadana satisface los requisitos formales para su admisión, no cumple con la exigencia de señalar una proposición jurídica completa, ni con los estándares argumentativos de claridad, certeza y suficiencia exigidos por la jurisprudencia constitucional. En efecto, para la Procuradora la expresión impugnada no conforma una proposición jurídica completa, en tanto que no tiene un contenido deóntico autónomo y, por ello, no puede ser separada del resto del texto normativo.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los señalamientos de inconstitucionalidad, se tiene que estos no son claros ni son suficientes, en la medida en que sugieren la violación de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 de la Constitución y en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin considerar que la norma demandada está referida a una actividad contractual de contenido patrimonial, más que al ejercicio de un derecho de carácter político. En ese sentido, no se advierte el motivo por el cual se violan derechos políticos con una prohibición de esa clase. De hecho, de la lectura del citado artículo 23 no se advierte una limitación para que el legislador interno limite

derechos, por el contrario le permite reglamentar el ejercicio de los mismos.

Lo propio ocurre con los cargos por vulneración de los artículos 292 y 126 superiores, ya que la demandante se limita a presentar su percepción, sin tener en cuenta los contenidos normativos acusados y sin efectuar un mínimo análisis acerca de la violación del texto constitucional.

Pese a lo anterior, la vista fiscal solicita que, en caso de encontrar apta la demanda, se declare la exequibilidad de las expresiones acusadas. Al respecto, indica que las inhabilidades pueden ser establecidas por la Constitución o por la ley y que, en ese sentido, la Constitución Política ha declarado que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y sus funciones deben estar expresamente estipuladas en la ley. En esa medida, el desarrollo del régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades corresponde al ejercicio de una competencia asignada al legislador, quien goza de un amplio margen de configuración, limitado por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, así como los principios que rigen la función pública establecidos en el artículo 209 constitucional.

En ese orden de ideas, estas condiciones establecidas por el legislador están dirigidas a limitar el ejercicio de la función pública a ciudadanos que se encuentren en estos supuestos, con el fin de asegurar la idoneidad y probidad de quien aspira a ingresar a un cargo público o para evitar cualquier tipo de injerencia indebida en la gestión de los asuntos públicos, para excluir de ciertas actividades a los servidores durante y aún después de la dejación del correspondiente cargo y extender dichas prohibiciones a personas vinculadas por parentesco.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. En virtud de lo dispuesto por el artículo 241.4 de la Constitución Política, este tribunal es competente para conocer de la presente demanda, por dirigirse contra preceptos contenidos en la Ley 1296 de 2009. Es decir, se trata de una norma con rango y fuerza de ley, controlable, por lo tanto, por esta Corte.

B. CUESTIONES PREVIAS:

2. En el presente asunto surgen dos cuestiones previas que deben resolverse: por una parte, lo relativo a la aptitud de la demanda y la integración de la unidad normativa y, por otra parte, lo atinente a una posible cosa juzgada constitucional.

a) La aptitud de la demanda y la integración de la unidad normativa

3. Tanto la Defensoría del Pueblo, como la Procuraduría General de la Nación ponen de presente la posible falta de aptitud de la demanda, para permitir un pronunciamiento de fondo. (i) Para la Defensoría del Pueblo, la demanda no demuestra que la inhabilidad prevista en la norma controvertida sea más drástica que la contemplada en el artículo 126 constitucional. En el mismo sentido, la Procuraduría sostiene que los cargos relativos al desconocimiento de los artículos 126 y 292 de la Constitución Política no satisfacen la carga de especificidad, porque el accionante no explica cómo se encuentran violadas dichas normas constitucionales. (ii) La Procuraduría señala además que la expresión impugnada no conforma una proposición jurídica completa, en tanto que no tiene un contenido deóntico autónomo y, por ello, no puede ser separada del resto del texto normativo. (iii) También considera que el cargo relativo a la vulneración de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 de la Constitución Política y en el artículo 23 de la C.A.D.H. es inepto, porque carece de certeza concluir que el ejercicio de la actividad contractual, de contenido patrimonial, materialice el ejercicio del derecho político a ejercer funciones públicas. También resalta que el mismo artículo 23 de la C.A.D.H. permite la limitación legal de dichos derechos.

4. La Sala constata que, salvo en lo relativo a la vulneración del artículo 23 de la C.A.D.H., la demanda sí presenta una acusación cierta y suficientemente argumentada, que permite comprender los posibles vicios de constitucionalidad de los que adolecería la norma demandada y genera una duda preliminar, en cuanto a su constitucionalidad, lo que permite realizar un control material de constitucionalidad, como pasa a explicarse:

5. En lo que respecta a la violación de los artículos 126 y 292 de la Constitución Política, la demandante argumenta que en dichas normas constitucionales se encuentra previsto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados y concejales, así como de sus familiares y se trata, a su juicio, de un sistema constitucionalmente cerrado,

como el del Presidente de la República y el de los congresistas, razón por la cual disminuir o aumentar el rigor de dichas normas, constituiría un desconocimiento del sistema previsto la norma superior. En efecto, si bien el artículo 126 de la Constitución Política, en su inciso primero incluye una prohibición para celebrar contratos, que se extiende hasta el cuarto grado de consanguinidad, lo mismo que hace la norma demandada, fácilmente se constata que la norma constitucional es menos restrictiva que la legal, ya que la Constitución prohíbe a los servidores públicos, “en ejercicio de sus funciones”, “contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil”, mientras que la norma legal cuestionada no se restringe a la celebración de contratos con la persona con la que se tenga un vínculo, que celebre el contrato en ejercicio de sus funciones, sino que la amplía respecto de la celebración de contratos con toda la entidad: el departamento, el distrito, el municipio y sus entidades descentralizadas, sin que necesariamente el contrato lo celebre la persona con quien se tiene un vínculo de parentesco[14]. Por su parte, el artículo 292 de la Constitución Política se refiere expresamente a las prohibiciones que se predicán de los parientes de los diputados y concejales para formar parte de juntas directivas o para ser designados como funcionarios de la correspondiente entidad territorial, pero no regula lo relativo a la celebración de contratos. Esto indica que la norma legal sí es efectivamente más restrictiva que el marco constitucional descrito, por lo que la demandante no realiza una interpretación indebida de la norma cuestionada y su concepto de violación especifica adecuadamente el cargo relativo a la posible vulneración del régimen constitucional de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones de los familiares de diputados y concejales, al argumentar que el legislador carecería de competencia para agravar dicho régimen constitucional que, a su juicio, sería cerrado, es decir, excluido de la competencia del legislador.

6. En cuanto a la posible falta de aptitud de la demanda porque la norma carecería de un contenido deóntico autónomo que impediría separarla del resto de la disposición (artículo 49 de la Ley 617 de 2000) y que la Corte debería inhibirse porque la demandante no conformó una proposición jurídica completa[15], es necesario precisar que si bien el Decreto 2067 de 1991 prevé la posibilidad de inadmitir la demanda para solicitar al accionante la integración de la unidad normativa[16], la Corte Constitucional dispone también de la facultad de realizar la integración en la sentencia, como excepción a la regla de la justicia rogada que rige este tipo de control de constitucionalidad mediante acción

pública, razón por la cual, en aras de garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia y en consideración del carácter público de la acción de inconstitucionalidad, se determinará si la norma demandada conforma una unidad normativa con otra que, en ese caso, requiera ser traída al presente juicio de constitucionalidad. Para esto, es necesario considerar que dicha disposición se refiere a las prohibiciones para los familiares de los diputados y concejales para ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del nivel territorial correspondiente o miembros de juntas o consejos directivos, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, en el respectivo departamento o municipio (inciso primero); ser designados como funcionarios (inciso segundo); y ser contratista (inciso tercero, demandado). Esto implica que el inciso tercero demandado tiene un contenido normativo autónomo que no requiere, para producir efectos jurídicos, ni para su adecuada interpretación, de los incisos primero y segundo. Por lo tanto, no se requiere, en el presente caso, la integración de la unidad normativa.

La aptitud del cargo relativo a la vulneración del artículo 23 de la C.A.D.H.

7. El cargo relativo al posible desconocimiento del artículo 23 de la C.A.D.H. no es apto ya que, como pasará a demostrarse, la demanda carece de certeza y no especifica suficientemente cómo la inhabilidad para celebrar contratos con el Estado, en particular, el de prestación de servicios, materializaría una afectación a los derechos políticos no permitida por la Constitución y por el instrumento internacional en mención. Igualmente, el cargo no plantea una violación del artículo 93 de la Constitución Política, sino a la C.A.D.H., que forma parte del bloque de constitucionalidad. La falta de certeza de la demanda se evidencia porque (1) es necesario diferenciar el derecho político a ejercer funciones públicas, de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado. A partir de esto, se puede sostener (2) que si bien las inhabilidades para celebrar contratos pueden ser un límite indirecto y excepcional al derecho político a ejercer funciones públicas, ello no se predica del contrato de prestación de servicios y (3) porque existe la posibilidad de establecer restricciones a los derechos políticos por causas no previstas en la Constitución y en el artículo 23 de la C.A.D.H.

1) El derecho político a acceder al ejercicio de funciones públicas y la posibilidad de celebrar contratos con el Estado, son potestades no absolutas

8. Los derechos políticos son un conjunto de libertades y prerrogativas predicables únicamente de los ciudadanos[17], que les significan oportunidades para participar en la vida política del país[18] y que, en algunos casos, constituyen también deberes[19], ligados inescindiblemente al funcionamiento democrático de un sistema político. Los derechos políticos permiten a los ciudadanos, de diferentes maneras, tomar parte activa en el funcionamiento político del Estado: mediante el voto, la participación en diferentes mecanismos democráticos[20], la conformación de partidos y movimientos políticos[21], el control al ejercicio del poder público, la posibilidad de ser elegido y de acceder al ejercicio de funciones públicas. En suma, los derechos políticos hacen posible la participación democrática en la “conformación, ejercicio y control del poder político” (artículo 40 de la Constitución Política), lo que constituye un derecho fundamental complejo, con varias manifestaciones[22]. Por su íntima relación con el principio democrático y por las exigencias de su funcionamiento, los derechos políticos tienen un vínculo estrecho con otras libertades y derechos, tales como la libertad de expresión[23] y los derechos de asociación y de reunión.

Los derechos políticos en instrumentos internacionales:

9. A más del texto constitucional, los derechos políticos se encuentran previstos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[24], en adelante PIDC, (artículo 25) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[25], en adelante C.A.D.H. (artículo 23). Esta última imposibilita su suspensión durante los estados de excepción[26] y, por lo tanto, se trata de derechos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política.

Los derechos políticos son susceptibles de limitaciones:

10. Tanto la Constitución Política colombiana, como dichos instrumentos internacionales en los que se reconocen y protegen los derechos políticos, reconocen que no se trata de derechos absolutos, lo que implica la posibilidad legítima de que el legislador introduzca razonables y proporcionados límites para su ejercicio. Así, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, no obstante el carácter fundamental y de aplicación inmediata de los derechos políticos y su importancia dentro del sistema democrático, los

mismos admiten limitaciones[27] “(...) que, por un lado, propugnen por la defensa y garantía del interés general, y por el otro, aseguren un comportamiento acorde con los supremos intereses que les corresponde gestionar a quienes se encuentren al servicio del Estado”[28]. Una de dichas limitaciones que resultan en principio legítimas frente a los derechos políticos es la definición legal del régimen de inhabilidades para el ejercicio de las funciones públicas[29]. Por lo tanto, ha establecido esta Corte que la constitucionalidad de las inhabilidades para el ejercicio del derecho político a ejercer funciones públicas, en la calidad de particular que ejerce dichas atribuciones[30] o mediante el acceso a cargos o empleos públicos, debe ser examinada en concreto, caso por caso, para juzgar la constitucionalidad a partir de su configuración y los efectos que acarrea[31]. Esto ha conducido a la Corte Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de cargas desproporcionadas que el legislador ha establecido respecto de los derechos políticos[32].

11. En lo que respecta a los instrumentos internacionales, que integran el bloque de constitucionalidad, la posibilidad de establecer limitaciones a los derechos políticos surge de su mismo texto. Así, el artículo 25 del PIDC dispone que se trata de prerrogativas reconocidas a todos los ciudadanos “sin restricciones indebidas”. Por su parte, el numeral 2 del artículo 23 de la C.A.D.H. prevé de manera aún más explícita, que “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior”. El reconocimiento del carácter no absoluto de los derechos, se incluye, de manera general, en el artículo 30 de la C.A.D.H. según el cual “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” y en el numeral segundo del artículo 32 según el cual “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

2. Las inhabilidades para celebrar contratos como límite indirecto y excepcional, al derecho político a ejercer funciones públicas

12. Las inhabilidades para celebrar contratos con el Estado no constituyen necesariamente, limitaciones al derecho político a ejercer funciones públicas[33]. Sólo de

manera indirecta, cuando el contrato le otorgue al particular contratista, excepcionalmente, la facultad para ejercer funciones públicas, la inhabilidad para celebrar el contrato implicará, en consecuencia, una inhabilidad concreta para ejercer la función pública en cuestión.

13. En efecto, las inhabilidades son restricciones a la capacidad de las personas[34], para entablar relaciones jurídicas con el Estado[35], que resultan de condenas, sanciones o de situaciones que el ordenamiento ha calificado jurídicamente[36], para efectos de (i) impedir el acceso o la continuación en el desempeño de funciones públicas, como servidor público[37] o como particular que ejerce dichas funciones, (ii) para prestar servicios públicos[38] o (iii) para la celebración de contratos con el Estado[39].

14. Lo anterior significa que el establecimiento de inhabilidades para la celebración de contratos no significa, en principio, una restricción al derecho político a ejercer funciones públicas, teniendo en cuenta que: (i) los contratistas del Estado no adquieren, por la vía contractual, la calidad de servidores públicos y, por lo tanto, son particulares que colaboran con el Estado en el cumplimiento de las funciones públicas[40]; (ii) a pesar de que las inhabilidades para ejercer empleos públicos o para celebrar contratos, tengan elementos en común, al tratarse de mecanismos de protección de la función, de los principios de la función administrativa, del contrato y, en últimas, del interés general, a través de restricciones a la capacidad jurídica, que implican requisitos negativos para realizar cierta actividad respecto del Estado, existen diferencias que permiten establecer su identidad propia[41]: en esencia las inhabilidades para celebrar contratos constituyen restricciones a derechos fundamentales, como el derecho al trabajo o el derecho a escoger libremente la profesión o el oficio[42] o incluso el derecho a la igualdad frente a las entidades públicas, en materia contractual, mientras que las inhabilidades para ejercer cargos, empleos o funciones públicas restringen los derechos políticos.

15. Por otra parte, la facultad del legislador para establecer las inhabilidades tiene una fuente diferente, según corresponda a la inhabilidad para ejercer funciones públicas o para celebrar contratos con el Estado: respecto de las inhabilidades para el ejercicio de cargos o empleos públicos, a parte de las establecidas directamente por la Constitución, una serie de normas constitucionales confirieron al legislador la facultad de establecer el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para el ejercicio de cargos o

empleos públicos (artículos 23, 123, 150 de la Constitución Política)[43], mientras que, para el caso de la habilidad para celebrar contratos con el Estado, la facultad del legislador se deriva del último inciso del artículo 150 de la Constitución Política que establece que “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”. Dentro de dicha facultad amplia, esta Corte ha reconocido que “el otorgamiento de capacidad para ser sujeto de un proceso de contratación administrativa, es asunto que el Constituyente reservó al legislador”[44].

16. Así, las inhabilidades para contratar con el Estado determinan la capacidad jurídica de determinadas personas para ser sujeto de la relación contractual, en aras de materializar los principios de la función administrativa, que se encuentran en juego en la selección de los contratistas en condiciones objetivas y de igualdad de oferentes[45], en la celebración y ejecución del instrumento contractual[46]. Sólo de manera excepcional, ciertas formas contractuales, como la concesión de un servicio a cargo del Estado no sometido a la libre competencia, tienen la virtud de atribuir al contratista el ejercicio de funciones públicas, cuando le confieren la facultad de ejercer las prerrogativas propias del poder público[47]. Es por lo anterior que el Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, al modificar el Código Disciplinario Único, definió los medios mediante los cuales un particular podría ejercer funciones públicas: “Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos”(negritas no originales)[48].

17. Contrario a lo sostenido por el accionante, el contratista de prestación de servicios no es un particular que ejerza funciones administrativas, ya que este particular colaborador de la administración pública, que presta su actividad para el adecuado cumplimiento de las misiones administrativas de la entidad contratante, no recibe, por la vía contractual, la legitimación para ejercer los poderes propios del Estado y, por ejemplo, particularmente carece de competencia para adoptar actos administrativos, a pesar de que puede instruir los asuntos y preparar las decisiones de la administración. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios no es un título idóneo para atribuir

funciones administrativas, de acuerdo con el artículo 210 de la Constitución Política y que la expresión “desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, utilizada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para definir esta modalidad contractual, no puede interpretarse como una asimilación al concepto jurídico de funciones administrativas. Es por todo lo anterior que el Consejo de Estado ha sostenido que el contratista de prestación de servicios no es un particular que ejerza funciones públicas, de naturaleza administrativa[49]. Así, se evidencia que el accionante no presentó una argumentación adecuada para efectos de activar el control de constitucionalidad, ya que partió de una interpretación equivocada de la norma demandada, según la cual, la inhabilidad para celebrar contratos, en particular el de prestación de servicios, constituye una limitación a los derechos políticos y aunque esto puede ocurrir, de manera excepcional, no en lo relativo al contrato de prestación de servicios.

18. El accionante también considera que la norma sería inconstitucional porque estaría introduciendo restricciones a los derechos políticos, por fuera de las causas que, a su juicio, estarían taxativamente determinadas en el artículo 23 de la C.A.D.H.

3. La posibilidad de establecer restricciones a los derechos políticos no previstas en el artículo 23 de la C.A.D.H.

19. Las inhabilidades para celebrar contratos con el Estado sólo tienen la consecuencia indirecta de erigirse como una limitante al ejercicio de funciones públicas, cuando de manera excepcional el contrato estatal tenga por objeto la concesión del ejercicio de las mismas. Es únicamente en este caso donde resultaría pertinente preguntarse si establecer inhabilidades para celebrar contratos derivadas de relaciones familiares contraría el artículo 23 de la C.A.D.H.. A este respecto es necesario tener en cuenta que, en efecto, la C.A.D.H. pareciera limitar la competencia de los Estados para establecer límites a los derechos políticos ya que, de acuerdo con su tenor literal, las razones por las que el legislador nacional puede limitarlos son establecidas previamente por la Convención. Establece el instrumento internacional que “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” (negrillas no originales). Lo anterior, dejaría por fuera todas las inhabilidades establecidas por el legislador, que tomen en

consideración los lazos de familiaridad (cónyuges, compañeros permanentes, familiares consanguíneos, de afinidad o parentesco civil).

20. No obstante, aunque en un primer momento la Comisión Americana de Derechos Humanos interpretó la expresión exclusivamente como una relación taxativa o cerrada, determinante de un número clausus de causas posibles de limitaciones[50], la CIDH ha aceptado que los Estados las introduzcan, válidamente, por fuera de las hipótesis de la Convención. En este sentido, el fallo Yatama declaró contraria a la Convención una exigencia de pertenencia a un partido político para participar en la contienda electoral que, tuvo por efecto, excluir de la misma a un grupo indígena, pero la razón de dicho reproche no consistió en que dicha causa no hacía parte de las prevista en el instrumento, ya que aclaró que “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 (...) 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”[51] y agregó que “Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo con los principios de la democracia representativa”[52].

21. De manera aún más precisa, en el fallo Castañeda Gutman, la CIDH concluyó que “(...) para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención”[53]. Por lo anterior, sostuvo que “no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana”[54], aunque advirtió que “(...) la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana.”[55].

22. Así, la Corte Interamericana reconoció que la determinación de límites a los derechos políticos son asuntos que corresponden a la cultura política, a la historia y las

necesidades concretas de cada país[56]. Reiteró entonces dicho tribunal que las limitaciones a los derechos políticos, en desarrollo tanto de las causas previstas en el artículo 23, como por causas no previstas, deben ser juzgadas en concreto, sin que el hecho de corresponder a una de las causas del instrumento sea razón suficiente para su aceptación, ni el hecho de ser una causa diferente, constituya, per se, razón de reproche. Para arribar a esta conclusión, la CIDH realizó una lectura sistemática de la Convención, tomando en consideración particularmente los artículos 30 y 32 de la misma, lo que permitió concluir que, en general, la Convención no excluyó en principio las restricciones (salvo algunas prohibiciones específicas que no admiten limitaciones, como el no recurso a la tortura), pero impuso exigencias de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad a dichas limitaciones. En otros términos, el objeto de la Convención al establecer las causas por las que, prima facie es posible limitar los derechos políticos, no consiste en excluir el margen nacional de apreciación, la autonomía política de los Estados[57] y negar la posibilidad de cumplimiento de buena fe[58] y adaptado a sus propias necesidades, de los compromisos internacionales, sino excluir la discriminación o la arbitrariedad en la fijación de límites a los derechos[59]. Lo anterior condujo a la Comisión Interamericana a considerar, por ejemplo, que resultaba ajustada a la Convención una causal de inelegibilidad para el cargo de Presidente de la República de Guatemala que, evidentemente, no correspondía a ninguna de las hipótesis del artículo 23[60].

23. En este mismo sentido se pronunció expresamente la Corte Constitucional, al resolver una acción de tutela que cuestionaba la compatibilidad del poder disciplinario atribuido a la Procuraduría General de la Nación, respecto del pretendido carácter taxativo de las causas de limitación de los derechos políticos, del artículo 23 de la C.A.D.H. Concluyó esta Corte que “de dicha disposición no se infiere una prohibición a los Estados para que en sus ordenamientos internos consagren otro tipo de restricciones a los derechos políticos, menos aun cuando emanan directamente de sus propias constituciones. En otras palabras, lo que hace el artículo 23 de la Convención es fijar una serie de pautas bajo las cuales el Legislador puede regular los derechos allí señalados, pero no establece una relación cerrada (numerus clausus) en cuanto a las eventuales restricciones que constitucionalmente pueden ser impuestas a su ejercicio”[61].

24. En vista de lo anterior, concluye la Sala Plena de la Corte Constitucional que la demanda no logró especificar suficientemente el cargo de inconstitucional, al solicitar la

inexequibilidad del inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, por considerar que el legislador colombiano violó el artículo 23 de la C.A.D.H. y el artículo 93 de la Constitución Política, porque las inhabilidades allí previstas y que resultan de la existencia de un vínculo de matrimonio, de encontrarse en situación de unión marital de hecho o de tener un vínculo de parentesco consanguíneo, de afinidad o civil, no se encuentran dentro de las hipótesis de limitación de los derechos políticos, previstas en la Convención. Así, el accionante no argumentó por qué, (i) en el caso en el que excepcionalmente el contratista del Estado ejerza funciones públicas, en los términos anteriormente explicados, (ii) a parte del equivocado carácter taxativo de las causas de limitación de derechos políticos, (iii) la norma demandada no haría parte del margen nacional de apreciación en materia de limitación legal, razonable y proporcionada de los derechos políticos. Por consiguiente, por carencia de certeza y especificidad, la Corte se inhibirá respecto del cargo relativo a la vulneración de los derechos políticos, por el desconocimiento del artículo 23 de la C.A.D.H.

b) La cosa juzgada

25. Con el fin de determinar si, en el presente asunto, la Corte Constitucional dispone de competencia para proceder al juicio de constitucionalidad propuesto por la demandante, es necesario determinar, de manera previa, si existe cosa juzgada en el presente asunto, predicable de la sentencia C-348 de 2004. Para esto, se reiterará la sentencia C-096 de 2017, en donde se sistematizaron los elementos relativos a la cosa juzgada constitucional y, a continuación, se analizará si este fenómeno existe en el caso bajo examen y la decisión que deberá adoptarse.

Reiteración de la sentencia C-096 de 2017

26. En aras de garantizar la seguridad jurídica[62], los fallos proferidos por esta Corte hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, de acuerdo con el artículo 243 de la Constitución Política. Se trata de un atributo formal y orgánico derivado de la intervención de la Corte Constitucional, en su calidad de órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, en el asunto: (i) en el caso de las sentencias que resuelven de fondo los procesos de control abstracto de constitucionalidad es necesario que éstas hayan sido proferidas por la Corte Constitucional[63]. (ii) En el caso de sentencias de tutela, el atributo

de la cosa juzgada constitucional puede predicarse de aquellas proferidas directamente por la Corte Constitucional, en sede de revisión de sentencias de tutela, pero también, respecto de sentencias proferidas por otros jueces, pero únicamente después de que la Corte Constitucional ha decidido no seleccionarlás para su revisión[64].

27. El atributo de la cosa juzgada se deriva del hecho de haber realizado un juicio al respecto, que dio lugar a una decisión motivada, es decir, de un asunto juzgado y ya decidido. Por lo tanto, en el caso en el que, por error, en la parte resolutive de una sentencia se declaren exequibles normas que no han sido objeto del juicio de constitucionalidad, no existe cosa juzgada al respecto[65], lo mismo que cuando la decisión es inhibitoria[66]. Cuando se configura, la cosa juzgada trae una serie de consecuencias para la decisión: (i) la presunción de veracidad de lo decidido, necesaria para imprimir fiabilidad y estabilidad al ordenamiento jurídico; (ii) la inmutabilidad del fallo, es decir, que el asunto decidido no pueda, en principio, ser objeto de un nuevo juicio y de un nuevo pronunciamiento de fondo[67]; y (iii) la irrevocabilidad directa de la decisión, lo que no obsta para su eventual anulación[68], si se desconoció el derecho fundamental al debido proceso[69]. Además, en el caso de sentencias que declaren la inexequibilidad de una norma, surge la prohibición constitucional de reproducirla, de acuerdo con el artículo 243 de la Constitución[70]. Cuando la norma ha sido declarada exequible, no es posible hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, por las mismas razones ya juzgadas[71]. Cuando la norma ha sido declarada inexequible, con efectos hacia el futuro, respecto de los efectos anteriores a la declaratoria de inconstitucionalidad, es posible hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, con base en los mismos argumentos que condujeron a la declaratoria de inexequibilidad[72].

28. Ahora bien, en la jurisprudencia se ha reconocido la posibilidad de realizar nuevos juicios de constitucionalidad en dos eventos: (i) cuando haya operado una modificación en el referente o parámetro de control, (la Constitución Política o el Bloque de Constitucionalidad), bien sea ésta formal (reforma constitucional o inclusión de nuevas normas al Bloque) o en cuanto a su interpretación o entendimiento (Constitución viviente[73]), cuyo efecto sea relevante en la comprensión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma que ya fue objeto de control; o (ii) cuando haya operado una modificación relativa al objeto de control, esto es, en el contexto normativo en el que se encuentra la norma que fue controlada, que determine una variación en su comprensión

o en sus efectos. En estos casos, en estricto sentido, no se trata de excepcionar la cosa juzgada, sino de reconocer que, en razón de los cambios en algunos de los extremos que la componen, en el caso concreto, no se configura una cosa juzgada que excluya la competencia de la Corte Constitucional para adoptar una decisión de fondo.

29. Esto quiere decir que el centro de gravedad de la cosa juzgada, consiste en la determinación del asunto, el fallado y el ahora puesto a conocimiento del juez, para efectos de identificar si existe la coincidencia que evita volver sobre el mismo. La jurisprudencia de esta corporación ha identificado el asunto como “la materia juzgada”[74], conformada por tres extremos ligados entre sí: la norma jurídica objeto de control, el parámetro de control y el cargo de inconstitucionalidad. En otros términos, si se trata de la misma norma, independientemente del cuerpo normativo formal en el que se encuentre, controvertida por la misma razón, ha operado la cosa juzgada constitucional, si no ha habido reformas en el parámetro de control[75].

30. Para efectos de identificar en el caso concreto la presencia y el alcance de una cosa juzgada que impida o permita un nuevo pronunciamiento, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido una tipología de la misma[76]. Así, en razón del lugar donde se encuentre la norma que fue objeto de control, respecto de la ahora controvertida, la cosa juzgada puede ser formal o material. Formal, cuando se trata de la misma disposición. Material, cuando la norma analizada se encuentra reproducida en otra disposición, incluso del mismo cuerpo normativo. La clasificación parte de diferenciar las normas que son objeto de control, de los enunciados normativos o textos legales que las contienen[77] o, en otros términos, las normas jurídicas, de las disposiciones[78], en el entendido de que el contraste de constitucionalidad se realiza respecto de normas jurídicas y, una misma disposición, enunciado normativo o texto legal, puede contener varias normas jurídicas[79].

31. En razón de la extensión del control realizado, la cosa juzgada puede ser absoluta o relativa. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la cosa juzgada absoluta es aquella que abordó todos los posibles vicios de inconstitucionalidad de la norma y, por lo tanto, cierra la posibilidad de la formulación de otros cargos que permitan un nuevo juicio[80]. La cosa juzgada relativa es aquella que se limita a los cargos analizados en el juicio anterior, pero que no obstan para que la misma norma pueda ser objeto de nuevas

controversias respecto de su validez, pero por cargos diferentes. La cosa juzgada absoluta se encuentra presente en aquellos casos en el que el control ejercido por la Corte Constitucional es integral y definitivo, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, como ocurre en el control relativo a la constitucionalidad de los decretos legislativos (numeral 7)[81], de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben (numeral 10)[82] y de los proyectos de ley estatutaria (numeral 8)[83], salvo en la hipótesis en la que el vicio ocurra con posterioridad al control integral ejercido: por inconstitucionalidad sobreviniente, porque ha operado un cambio en el referente de control[84] o por inconstitucionalidad sobrevenida, porque el vicio que afecta la constitucionalidad de la norma juzgada ocurrió con posterioridad al pronunciamiento de la Corte y consiste, por ejemplo, en la indebida sanción de la ley[85]. La consideración de cosa juzgada como absoluta, en estos casos, parte de una ponderación realizada por la jurisprudencia entre seguridad jurídica y supremacía constitucional, en la que el control integral se esfuerza por buscar oficiosamente todos los posibles vicios que puedan afectar la norma bajo control, pero una vez declarada la constitucionalidad, opera una presunción de constitucionalidad de la norma juzgada, que no admite prueba en contrario, incluso si el cargo formulado con posterioridad escapó al control oficioso e integral[86]. Por el contrario, la cosa juzgada respecto de las objeciones gubernamentales a los proyectos de ley (numeral 8) es relativa, en cuanto el control no es integral, sino limitado a la objeción y, por consiguiente, no obsta para que la ley finalmente adoptada pueda ser objeto de la acción pública de inconstitucionalidad, por razones diferentes a las examinadas[87].

32. Respecto de la cosa juzgada relativa, es decir, aquella presente en sentencias que declaran la exequibilidad de una norma y se predica exclusivamente de los cargos juzgados por una decisión anterior, ésta puede ser declarada de manera expresa o explícita en la parte resolutive de la sentencia, a través de expresiones como, por ejemplo, declarar exequible “por los cargos analizados”, pero también puede deducirse del análisis integral del fallo, para concluir que el control no fue integral, sino se contrajo a ciertos vicios de constitucionalidad[88].

33. A pesar de que la cosa juzgada excluya en principio la posibilidad de un nuevo pronunciamiento al respecto, la existencia de una cosa juzgada constitucional no siempre conduce a la adopción del mismo tipo de decisión por parte de la Corte Constitucional. Éste depende de la cosa juzgada que ha operado. En el caso de la cosa juzgada formal, cuando

la norma fue declarada inexecutable, la decisión que se impone frente al nuevo proceso es la de estarse a lo resuelto. En el caso de la cosa juzgada material en la que la norma fue declarada inexecutable, la Corte debe estarse a lo resuelto y declarar inexecutable la norma ahora controlada: por contrariar el inciso 2 del artículo 243 de la Constitución Política, si la norma fue expedida con posterioridad a la notificación de la sentencia cubierta de cosa juzgada, al desconocer la prohibición constitucional de reproducción de normas inexecutables[89] y por ser contraria al inciso 1 del mismo artículo, como proyección de la cosa juzgada constitucional, si la norma fue expedida con anterioridad a la declaratoria de inconstitucionalidad, ya que en este caso no se puede hablar de una reproducción de la norma inexecutable[90]. Si la decisión fue de exequibilidad, en el caso de cosa juzgada formal o material, de acuerdo con la sentencia C-516 de 2016, el nuevo pronunciamiento deberá ser estarse a lo resuelto, sin que esto obste para que la Corte pueda, según las circunstancias, en el caso de cosa juzgada material, examinar las circunstancias y contexto de la nueva disposición que reprodujo una norma executable para declarar su exequibilidad o su inexecutableidad.

La cosa juzgada material respecto de la sentencia C-348 de 2004

34. En el caso bajo estudio, es necesario tener en cuenta que la sentencia C-348 de 2004 declaró la exequibilidad del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, reformado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, cuyo contenido coincide prima facie con el de la norma demandada (artículo 1 de la Ley 1296 de 2009). Por lo anterior, resulta necesario determinar si el asunto[91] en cuestión, conformado por la triada (i) norma examinada, (ii) cargos formulados y juzgados y (iii) el parámetro de control, ya fue decidido por esta Corte. Deberá entonces determinarse si, a más de la coincidencia normativa, los cargos examinados por la Corte Constitucional en 2004, coinciden con los formulados en el presente proceso y si han operado cambios en el parámetro de control.

(i) El cotejo normativo:

La comparación se realizará, a través de un cuadro paralelo:

LEY 821 DE 2003

(julio 10)

Por la cual se modifica el artículo 49 de la Ley 617 de 2000

LEY 1296 DE 2009

Por medio de la cual se modifica el artículo primero de la Ley 1148 de 2007

Artículo 1º. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedara así:

“Artículo 49. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales, y Distritales; concejales municipales, y Distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradores locales municipales y Distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser

contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Parágrafo 1º. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

Parágrafo 2º. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

Artículo 2º. Esta ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

ARTICULO 1º. El inciso tercero del artículo 1º de la ley 1148 de 2007, modificatorio del artículo 49 de la ley 617 de 2000, quedará así:

“Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad; segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.”

35. Del cotejo normativo se evidencia que existe una coincidencia casi absoluta entre la norma juzgada en la sentencia C-348 de 2004, es decir el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 821 de 2003, que modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 y, por otra parte, la norma ahora demandada, es decir, el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, que modificó el inciso tercero del artículo 1 de la ley 1148 de 2007. En efecto, ambas normas (i) se refieren a las inhabilidades para celebrar contratos, (ii) predicables de los cónyuges, compañeros permanentes y familiares de los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales y (iii) las dos extienden dichas inhabilidades a los mismos grados de consanguinidad, de afinidad y parentesco civil. Si bien es cierto que la norma juzgada en 2004 también predicaba dichas inhabilidades de los familiares de los miembros de juntas administradoras locales

municipales y distritales, mientras que la norma ahora demandada no contiene dicho elemento normativo[92], esta diferencia es irrelevante para determinar la coincidencia normativa, teniendo en cuenta que la expresión en la que hay diferencia no fue objeto de discusión ni examen en la sentencia de 2004, ni fue tomada en consideración para la interpretación integral de la norma o para resolver sobre su constitucionalidad. Por consiguiente, se concluye que existe coincidencia material entre la norma previamente juzgada y la ahora bajo control de constitucionalidad.

(ii) El cotejo de cargos de inconstitucionalidad:

36. LOS CARGOS JUZGADOS: La C-348 de 2004 juzgó la constitucionalidad de la norma en cuestión, por la posible vulneración de los artículos 13, 25, 40 y 292 de la Constitución Política: “El actor considera que la disposición demandada del inciso segundo vulnera el derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas que asiste a los parientes en tercer y cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los concejales y diputados, en la medida en que para ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial el artículo 292 inciso segundo de la Constitución Política fijó expresamente esa inhabilidad en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil. Por ello, afirma que el legislador no está facultado para extender tal inhabilidad a parientes de diputados y concejales más allá de lo señalado por el Constituyente. Agrega que al resultar inconstitucional el inciso segundo demandado, por hacer más extensivos los grados de parentesco para ser funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, entonces las inhabilidades señaladas en los demás apartes demandados resultan también contrarias a la Carta Política por contener medidas desproporcionadas e irrazonables en relación con los grados de parentesco señalados en el artículo 292 de la Constitución. Además, tales inhabilidades se refieren a actividades de menor implicación que las desarrolladas por los funcionarios, donde sí se consolida una relación de subordinación con la Administración y se adquieren atribuciones de dirección administrativa o de autoridad política o civil”.

37. Estos cargos de inconstitucionalidad expuestos y examinados previamente por la Corte Constitucional coinciden parcialmente con los formulados en el presente caso, en particular, en lo relativo al desconocimiento del artículo 40 de la Constitución y del esquema constitucional de inhabilidades que, respecto de los familiares de los concejales y diputados

el legislador habría determinado de manera cerrada y taxativa en los artículos 162 y 292 de la Constitución Política[93].

38. En relación con estos cargos, la Corte Constitucional diferenció tres hipótesis diferentes, previstas en la norma: (i) cuando los diputados y concejales actúan como nominadores, (ii) cuando no actúan como nominadores y la inhabilidad del familiar opera respecto de la posibilidad de ser designados como funcionarios de la respectiva entidad territorial y (iii) cuando no actúan como nominadores y la inhabilidad del familiar opera respecto de la posibilidad de ser contratista (caso aquí relevante). Concluyó la Corte que en el primer caso, de acuerdo con la sentencia C-311 de 2004, habría de entenderse que los grados de parentesco cuando el concejal o diputado actúa como nominador, son los establecidos en el artículo 126 de la Constitución Política y, por lo tanto se estuvo a lo resuelto en el año 2004. Respecto de la segunda hipótesis, determinó que las inhabilidades de los familiares de los concejales para ser funcionarios de la respectiva entidad territorial fue prevista directamente por el Constituyente en el artículo 292 de la Constitución Política por lo que, carecía de competencia el legislador para modificar dicho régimen. Finalmente, respecto de la hipótesis que resulta ahora relevante, concluyó la Corte Constitucional que no existe reserva constitucional en la materia, ya que el Constituyente no determinó directamente los grados de parentesco respecto de los concejales y diputados que inhabilitan para celebrar directa o indirectamente contratos con la respectiva entidad pública. Por consiguiente, identificó este tribunal que dicha materia hace parte del margen de configuración reconocido al legislador para proferir el Estatuto de Contratación Estatal y, en general, las normas relativas a la contratación administrativa. Así, también juzgó la Corte si las inhabilidades en cuestión resultaban razonables y proporcionadas para, finalmente, concluir que la norma resulta constitucional. Consideró la Corte que:

“ (...) en relación con las normas sobre la inhabilidad para ser directa o indirectamente contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio o de sus entidades descentralizadas o para ser vinculados por contratos de prestación de servicios, la Corte resalta que estas disposiciones hacen parte del desarrollo de la atribución dada por el artículo 150 inciso final de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

Estas medidas constituyen igualmente un desarrollo legislativo razonable y proporcionado,

como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la injerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de sus allegados, lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y concejales. De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios.

Además, el artículo 292 no constituye el único referente constitucional para efectos de determinar el régimen de prohibiciones de la contratación estatal que se surta en el orden territorial. Por consiguiente, la regulación legislativa sobre asuntos ajenos a los contemplados en ese artículo superior que invoca el actor, no constituye, per se, una vulneración de la Carta Política, y menos aun cuando en esta materia tampoco existe exigencia constitucional alguna que aluda al carácter vinculante de los grados de parentesco señalados en el inciso segundo del artículo 292 de la Carta.

La Corte concluye entonces que las medidas adoptadas representan la voluntad del legislador, que, a partir de su propia verificación de las experiencias conocidas y la evaluación de la gestión territorial, ha estimado pertinente fijar tales restricciones, sin que ellas afecten de manera irrazonable o desproporcionada los derechos a la igualdad, trabajo o acceso a cargos y funciones públicas de los parientes de diputados y concejales. (...)

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados del inciso tercero y el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 821 de 2003, pero precisando que las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal.

No obstante lo anterior, para evitar alcances irrazonables de las disposiciones acusadas, en el mismo sentido de lo señalado en la sentencia C-618 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, “la Corte entiende que la disposición acusada no se aplica a aquellos contratos por medio de los cuales la administración ofrece, en igualdad de condiciones, a todos los ciudadanos y personas, un determinado bien o servicio, en desarrollo de sus funciones

constitucionales y legales, tal y como sucede por ejemplo con la prestación de los de los servicios públicos, pues en tal caso la inhabilidad sería totalmente irrazonable” (negritas no originales)[94].

En consideración de lo anterior, decidió la Corte, en la sentencia C-348 de 2004, declarar exequible la norma en cuestión, pero de manera condicionada en el entendido de “que se aplica únicamente dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde o miembros de juntas administradoras locales, municipales y distritales”.

(iii) El cotejo del parámetro de control:

39. En lo que concierne los cargos relativos a la vulneración de los artículos 40 y 292 de la Constitución Política, entre el año 2004 y la actualidad, no ha existido cambio en el parámetro de control que enerve la existencia de cosa juzgada constitucional, por no coincidencia de uno de los elementos que la configuran, teniendo en cuenta que (i) formalmente dichos artículos de la Constitución no han sido objeto de reformas textuales y (ii) no existen razones para concluir al respecto que ha operado un cambio en su entendimiento constitucional, bajo la teoría de la Constitución viviente[95].

40. Una situación diferente ocurre en lo que concierne el artículo 126 de la Constitución Política, tomado como parámetro de control en la sentencia C-311 de 2004, a cuya decisión se estuvo la sentencia C-348 de 2004, ya que su contenido normativo fue reformado mediante el Acto Legislativo 02 de 2015, conocido como reforma al equilibrio de poderes. Una comparación entre la versión inicial y la reformada del artículo, pondrá en evidencia los cambios introducidos:

Constitución Política de 1991, versión inicial

Versión modificada por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015

ARTÍCULO 126. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos

con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

ARTICULO 126. Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

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 de la Comisión de Aforados (Inexequible mediante la sentencia C-373/16), 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.

41. Como resulta de la anterior comparación, el Acto Legislativo 02 de 2015 introdujo

importantes elementos normativos al artículo 126 de la Constitución Política que, a primera vista, resultan plenamente relevantes para el problema de constitucionalidad sometido ahora a la Corte Constitucional, ya que la demandante plantea que, en dicho artículo y en el artículo 292, la Constitución determinó un régimen cerrado de inhabilidades de los familiares de los diputados y de los concejales, por lo que resultaría inconstitucional que el legislador lo hubiera ampliado, extendiendo los grados de parentesco para la inhabilidad para celebrar contratos con entidades estatales. El cambio resulta aún más relevante si se tiene en cuenta la versión inicial del artículo 126 de la Constitución Política, no preveía norma alguna en materia de inhabilidades relativas a contratos con el Estado, lo que sí ocurre en la versión reformada en 2015 y actualmente vigente.

(iv) La decisión a adoptar frente al caso concreto:

43. Por el contrario, teniendo en cuenta que el contenido del artículo 126 de la Constitución Política, parámetro de control de la sentencia C-311 de 2004, a cuyo resuelve se estuvo la sentencia C-348 de 2004, no coincide con el actualmente vigente; y que los cambios introducidos resultan *prima facie* relevantes para el presente asunto, debe concluirse que a este respecto no existe cosa juzgada constitucional, que impida a este tribunal proceder a un pronunciamiento de fondo.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

44. La norma controvertida se encuentra incluida en el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009. Dicha norma prevé que “Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad; segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.”. Para la demandante, es inconstitucional que el legislador modifique el régimen de inhabilidades de los familiares de los concejales y diputados, establecido directamente en la Constitución.

45. El concepto remitido por la Universidad de Caldas coincide con la demandante en que, en la materia, el legislador carecía de margen de configuración normativa, ya que el Constituyente fijó directamente lo relativo a las inhabilidades de los familiares de los

concejales y diputados. El resto de los intervinientes solicita que la norma sea declarada exequible.

46. En estos términos, le corresponde a la Corte resolver los siguientes problemas jurídico:

- ¿Desconoció el legislador el régimen constitucional de inhabilidades de los familiares de los alcaldes, concejales, gobernadores y diputados, al establecer hipótesis de inhabilidad para celebrar contratos con la respectiva entidad territorial, diferentes a los previstos en la Constitución Política?

- ¿La inhabilidad para celebrar contratos con el Estado debía ser incluida en una ley estatutaria?

Para responder a estos problemas jurídicos y determinar, por esta vía, la constitucionalidad de la norma demandada, esta Corte analizará, por una parte, el margen de configuración del legislador en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones y, por otra parte, examinará si la norma demandada debía ser tramitada como una ley estatutaria.

D. EL MARGEN DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE INHABILIDADES, PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES

47. Una serie importante de normas constitucionales establecieron directamente el régimen de inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades para determinados servidores públicos o para aquellas personas con las que tengan lazos de familiaridad; otras, por el contrario, confiaron en el legislador, la facultad para el diseño normativo de dichas restricciones, al considerar que se trata de materias que, al no haber sido establecidas por el texto superior, tienen reserva de ley[96] y una vez proferida la norma, se impone su interpretación restrictiva[97].

El fundamento de la potestad de configuración normativa del legislador:

48. De manera general, la facultad de configuración normativa atribuida al legislador en materia de inhabilidades e incompatibilidades se funda en los artículos 123 de la Constitución Política, al prever que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y que la ley determinará el

régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y en el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política, que atribuye al legislador la facultad de expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas. Por su parte, como se explicó anteriormente, en lo que concierne a la determinación del régimen de inhabilidades para la celebración de contratos con el Estado, se trata de un asunto que el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política atribuyó al legislador, dentro de la facultad para expedir el Estatuto de Contratación Estatal. Estas normas, confieren a la ley, un fundamento amplio en lo relativo al establecimiento del régimen de inhabilidades, tanto para el ejercicio de funciones públicas, como para la celebración de contratos.

49. Pese a lo anterior, otras normas reiteraron expresamente, para casos particulares, la competencia del legislador en la materia[98].

50. En vista de la clara voluntad del Constituyente en deferir estos asuntos al legislador, la jurisprudencia de la Corte Constitucional la ha reconocido a éste, un amplio margen de configuración normativa en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, tanto en materia de este tipo de restricciones para el ejercicio de funciones públicas[99], como para la celebración de contratos con el Estado[100]. Pese a lo anterior, cuando el asunto goza de reserva constitucional[101], el margen de configuración del legislador es más limitado.

La reserva constitucional en materia de inhabilidades:

51. Directamente el Constituyente estableció el régimen de inhabilidades para ejercer funciones públicas o para celebrar contratos con el Estado, respecto de ciertos servidores públicos o de ciertos particulares. Así, el artículo 197 de la Constitución Política previó lo relativo a la habilidad para ser elegido Presidente de la República[102]; el artículo 179 de la Constitución Política dispuso las inhabilidades para ser congresista; el artículo 126 de la Constitución Política estableció tres prohibiciones diferentes que, indirectamente, acarrearán una inhabilidad para ejercer funciones públicas o para celebrar contratos con el Estado: (i) la prohibición a los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, para nombrar, postular, o contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente; (ii) la prohibición para nombrar o postular

como servidores públicos, o celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, o con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en la hipótesis anterior; (iii) La prohibición de reelección (inelegibilidad) para determinados cargos o para ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de las funciones enlistadas[103] – prohibición de la denominada “puerta giratoria”[104]-. También el artículo 292 de la Constitución Política dispuso que los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, no podrán designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial. Finalmente, el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2009, estableció una inhabilidad intemporal para 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 y respecto de los servidores públicos que, con su conducta dolosa o gravemente culposa hayan conducido a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

52. De lo anterior se puede colegir que existen inhabilidades que, al haber sido determinadas directamente por la Constitución, no pueden ser modificadas por el legislador[105], para ampliarlas, ni para reducirlas en sus componentes y sus efectos[106], por ejemplo, en cuanto al tiempo de su duración o en cuanto a los grados de parentesco determinados por la norma superior. También, respecto de ciertos servidores públicos, como el Presidente de la República o los congresistas, dicho régimen no puede ser directamente modificado por el legislador[107], aunque la sentencia C-101 de 2018 varió el precedente establecido en la jurisprudencia constitucional, para aceptar que, indirectamente, sí resulta posible modificar el régimen de inhabilidades determinado constitucionalmente para ciertos empleos públicos, a condición de hacerlo de manera general, para el ejercicio de cualquier empleo público[108]. Así, carece de competencia absoluta el legislador para modificar el tiempo de la inhabilidad establecida por la Constitución para ser elegido en determinado cargo[109], lo que condujo a la Corte Constitucional a declarar la constitucionalidad condicionada de una norma que preveía un término de incompatibilidad para los alcaldes y los gobernadores, de 24 meses después del vencimiento del período o de la aceptación de la renuncia, para inscribirse como candidato

a cualquier cargo de elección popular, ya que dicha norma no podría tener por efecto ampliar el término de 12 meses para ser elegido congresista, después de dejar el cargo y de un año, para ser elegido presidente de la República[110].

53. Decisiones equivalentes fueron tomadas para garantizar el tiempo de las inhabilidades establecidas por la Constitución[111] o para proteger el carácter intemporal dispuesto por la norma superior[112]. También está excluido de la competencia del legislador la modificación de los grados de parentesco establecidos directamente por la Constitución, como ocurre en el artículo 292 respecto de la inhabilidad de los familiares de los concejales y diputados para ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial. En atención a lo anterior, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de una norma que dispuso que la inhabilidad de los familiares de los concejales y diputados para ser designados como funcionarios de la entidad territorial, se extendía al cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, a pesar de que el artículo 292 la limitó al segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil[113].

Los límites a la facultad de configuración del legislador en materia de inhabilidades:

54. En las materias en las que la Constitución no dispuso directamente el régimen de inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas o para la celebración de contratos con el Estado, el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa[114] el que, se encuentra limitado por dos aspectos: por una parte, la misma Constitución fijó ciertos límites al legislador en la materia, como ocurre en el artículo 299 donde se dispuso que el Congreso establecerá el régimen de inhabilidades de los diputados, pero que, en todo caso, “No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda”. Por esta razón esta Corte precisó que el legislador carecía de competencia para restringir al segundo grado de consanguinidad las inhabilidades para ser elegido diputado, a pesar que la Constitución lo determinó en el tercer grado, respecto de los congresistas[115], al considerar que “Si es la Constitución la que opta por limitar el ejercicio del derecho a acceder a cargos públicos de una forma determinada, no le es permitido al legislador entrar a flexibilizar o extender tales límites”[116]. Por otra parte, la competencia del legislador se encuentra limitada por el respeto de los principios, valores y derechos constitucionales, así como por la razonabilidad y proporcionalidad[117] que debe guiar al legislador en el establecimiento del régimen de inhabilidades para ejercer funciones públicas[118] o para

celebrar contratos con el Estado, en tanto que constituyen límites a derechos fundamentales[119].

No existe reserva constitucional en materia de las inhabilidades predicables de los familiares de los alcaldes, gobernadores, diputados y alcaldes, para contratar respecto de la respectiva entidad territorial y su razonabilidad y proporcionalidad fue juzgada por la sentencia C-348 de 2004:

56. El carácter taxativo de las inhabilidades e incompatibilidades del Presidente de la República y de los congresistas encuentra razón constitucional en el principio de separación de poderes (artículo 113 de la Constitución Política) y en el principio democrático (artículo 1 de la Constitución Política), ya que esta reserva constitucional busca excluir esta materia de la competencia del legislador para evitar que, a través del endurecimiento de este régimen, el legislador afecte los equilibrios constitucionales establecidos en la ingeniería constitucional y afecte el funcionamiento del sistema democrático, excluyendo de dichos cargos a determinadas personas que el Constituyente consideró, no obstante, como hábiles para el ejercicio de tales funciones[126], salvo que, de acuerdo con la sentencia C-101 de 2018, la inhabilidad establecida por el legislador se dirija, de manera general, al ejercicio de cualquiera de las funciones públicas, caso en el cual, deberá verificarse si “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”[127]. Por el contrario, a diferencia de lo establecido respecto del Presidente de la República o los congresistas, la Constitución Política no estableció directamente todo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades predicables de los cónyuges, compañeros o compañeras permanentes y familiares de los alcaldes, concejales, gobernadores y diputados, pese a que dispuso directamente algunas de ellas que, por consiguiente, no podrían ser modificadas por el legislador. Por lo tanto, respecto de las hipótesis no reguladas directamente por la Constitución, su establecimiento releva del amplio margen de configuración reconocido en la materia al legislador para la determinar la habilidad para celebrar contratos con el Estado, en atención a los principios de la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Política).

57. En efecto, los artículos 126 y 292 de la Constitución Política fijaron algunas

inhabilidades para ejercer funciones públicas o para celebrar contratos estatales. Para efectos de claridad en la materia, a continuación se presenta un cuadro en el cual se identifica la causa de inhabilidad o de prohibición, el hecho excluido, se precisa si tiene fuente directa en la Constitución y, se identifica su desarrollo legislativo. Lo anterior permitirá evidenciar si las inhabilidades aquí cuestionadas hacen parte de la reserva constitucional, lo que determinará su constitucionalidad o inconstitucionalidad:

SITUACIÓN QUE GENERA INHABILIDAD/

PROHIBICIÓN

HECHO EXCLUIDO

NORMA CONSTITUCIONAL QUE LA PREVIO

NORMA LEGAL QUE LA CONFIGURÓ

Tener parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o estar ligados por matrimonio o unión permanente con el servidor público que, en ejercicio de sus funciones, tenga competencia para nombrar a dicha persona, postularlo o celebrar contrato con la misma.

Ser nombrado o postulado por el familiar o contratar con él.

“Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente” (negrillas agregadas): inciso 1 del artículo 126 de la Constitución Política.

Haber intervenido en la postulación o designación del servidor público o tener parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o estar ligados por matrimonio o unión permanente con quien intervino en la postulación o designación del servidor público.

Ser nombrado o postulado como servidor público o para celebrar contratos estatales, con dicha persona.

“Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera”: (negrillas agregadas) incisos 2 y 3 del artículo 126 de la Constitución Política.

Ser diputado o concejal o tener parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o estar ligados por matrimonio o unión permanente con ellos.

Formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

“Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio”: inciso 1 del artículo 292 de la Constitución Política.

“Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio”: inciso 1 del artículo 49

de la Ley 617 de 2000.

SITUACIÓN QUE GENERA INHABILIDAD/

PROHIBICIÓN

HECHO EXCLUIDO

NORMA CONSTITUCIONAL QUE LA PREVIÓ

NORMA LEGAL QUE LA CONFIGURÓ

Tener la calidad de cónyuge o compañero o compañera permanente de los diputados y concejales, tener parentesco con ellos dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, inhabilita para designado como funcionario de la correspondiente entidad territorial.

Ser designado funcionario de la entidad territorial.

“No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil”: inciso 2 del artículo 292 de la Constitución Política.

“Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas”: inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 (aportes tachados declarados inexecutable mediante la sentencia C-903/08, “en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo 292 de la Constitución Política”).

Tener parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o estar ligados por matrimonio o unión permanente con los gobernadores,

diputados, alcaldes y concejales.

Ser contratista del departamento, distrito o municipio.

58. De este cotejo se evidencia que: (i) El artículo 126 de la Constitución Política dispuso dos prohibiciones para celebrar contratos: una primera se refiere a la contratación con el cónyuge, compañero/compañera permanente o familiar que, en ejercicio de sus funciones tenga la facultad de celebrar contratos (inciso 1 del artículo 126 de la Constitución Política) y una segunda se refiere a la celebración de contratos con la que persona en cuya postulación o designación como servidor público intervino quien ahora pretende ser contratista. La primera de las hipótesis busca excluir el nepotismo, mientras que la segunda pretende evitar la gratificación por la postulación o la designación, a través del otorgamiento de contratos. (ii) El régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones de los cónyuges, compañeros o compañeras permanentes y familiares de los alcaldes, concejales y diputados no está completamente determinado directamente por la Constitución; (iii) La hipótesis prevista en la norma demandada, esto es, la celebración de contratos con el departamento, el distrito o el municipio en donde su cónyuge, compañero o compañera permanente o familiar en los grados establecidos ejerza como gobernador, diputado, alcalde o concejal, no se encuentra prevista en la Constitución Política, razón por la cual (iv) el legislador, al establecer esta inhabilidad, contaba con un amplio margen de configuración, en desarrollo de la competencia atribuida al Congreso de la República, en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, en materia de contratación estatal. Por consiguiente, (v) no le asiste razón a la demandante al censurar la inconstitucionalidad de la norma por violación del artículo 126 de la Constitución Política y, por consiguiente, se declarará su exequibilidad.

59. Ahora bien, la inhabilidad prevista en la norma demandada y en el inciso 1 del artículo 126 de la Constitución Política se traslapan, teniendo en cuenta que la norma constitucional prohíbe, para cualquier servidor público de cualquier nivel, en el ejercicio de sus funciones, celebrar contratos con su cónyuge, compañero o compañera permanente o familiar en los grados allí establecidos, mientras que la norma legal inhabilita a dichos

familiares, para celebrar, en general, contratos con el departamento, el distrito o el municipio. Sin embargo, esta situación no genera ningún vicio de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que tanto la norma constitucional, como la legal, establecen los mismos grados de parentesco, consanguíneo o civil, por lo que es dable concluir que la norma legal demandada, resulta neutra respecto de la prohibición constitucional.

60. Finalmente, debe recordarse que la proporcionalidad de la inhabilidad demandada ya fue juzgada por esta Corte en la sentencia C-348 de 2004, en donde se concluyó que “Estas medidas constituyen igualmente un desarrollo legislativo razonable y proporcionado, como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la injerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de sus allegados, lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y concejales. De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios”.

61. Empero, para garantizar la proporcionalidad, dicho fallo condicionó la exequibilidad de la norma en el entendido de que “las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal”. Además, decidió que “para evitar alcances irrazonables de las disposiciones acusadas, en el mismo sentido de lo señalado en la sentencia C-618 de 1997 (...), “la Corte entiende que la disposición acusada no se aplica a aquellos contratos por medio de los cuales la administración ofrece, en igualdad de condiciones, a todos los ciudadanos y personas, un determinado bien o servicio, en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, tal y como sucede por ejemplo con la prestación de los de los servicios públicos, pues en tal caso la inhabilidad sería totalmente irrazonable”[128]. Dichas precisiones constitucionales introducidas por la sentencia C-348 de 2004 siguen surtiendo efectos, a pesar que la misma norma se encuentra ahora en una disposición diferente[129]. Por lo tanto, no se hace necesario reiterar dichos condicionamientos, en la parte resolutive de la presente sentencia.

62. En vista de todo lo anterior, por no vulnerar el artículo 126 de la Constitución Política y hacer parte del margen de configuración de legislador en materia de inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con el Estado, el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, será declarado exequible.

E. EL ESTABLECIMIENTO DE INHABILIDADES NO REQUIERE SER INCLUIDO EN UNA LEY ESTATUTARIA

63. La ciudadana demandante considera que la norma cuestionada desconoce lo dispuesto en el artículo 152 de la Constitución Política, puesto que no se le dio el trámite de una ley estatutaria, pese a restringir “los derechos políticos fundamentales de los ciudadanos”. En la misma argumentación reconoce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha avalado que “no es necesario que las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones que restringe (sic) derechos fundamentales se haga a través de leyes estatutarias”, agregando que “se hace necesario que cambie su posición jurisprudencial” puesto que, en virtud de esta interpretación, el Congreso está limitando los derechos de los ciudadanos. Adicionalmente, argumenta que el objetivo del Gobierno y de la Corte Constitucional para permitir el establecimiento de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones era combatir la corrupción, objetivo que, a su juicio, no se ha cumplido. Como prueba de ello adjunta estadísticas de la “percepción de corrupción” en el período comprendido entre 2008 y 2016. Finalmente, considera que tienen razón los salvamentos de voto a las posiciones jurisprudenciales que han excluido la necesidad de ley estatutaria para la creación de este tipo de restricciones, como los expresados por el ex Magistrado Hernando Herrera Vergara a la sentencia C-151 de 1997 y por el ex Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, a la sentencia C-381 de 1995.

64. El artículo 152 de la Constitución Política establece las materias que deben tramitarse mediante ley estatutaria, a saber: (i) los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; (ii) la administración de justicia; (iii) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales[130]; (iv) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (v) los estados de excepción; y (vi) la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

65. En la sentencia C-007 de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional reiteró la posición unificada de este tribunal con relación a las dos premisas que se deben identificar cuando el debate gira en torno a si una ley debió tramitarse por ley estatutaria o por ley ordinario. Al respecto dijo la Corte:

- La reserva de ley estatutaria se rige por una interpretación restrictiva, por lo que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario y
- El análisis de la normativa objeto de cuestionamiento debe partir de su contenido material, sin importar su identificación formal.

66. Adicionalmente, dicha sentencia compendió los criterios determinantes para establecer la aplicabilidad de la reserva de ley estatutaria en materia de derechos y deberes fundamentales, identificándolos de la siguiente manera:

- que efectivamente se trate de derechos y deberes de carácter fundamental;
- que el objeto directo de la regulación sea el desarrollo del régimen de derechos fundamentales o el derecho mismo;
- que la normativa pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental[131]; o
- que se refiera a la afectación o el desarrollo de los elementos estructurales del derecho, esto es, que consagre límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten la estructura general del derecho, como elementos cercanos a su núcleo esencial.

67. En virtud de las anteriores consideraciones, la Sala Plena no encuentra razones para separarse del precedente establecido de manera constante en la jurisprudencia constitucional, según el cual, la determinación legal de inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas, para celebrar contratos o para prestar servicios públicos, no requiere ser incluida en una ley estatutaria[133]. Lo anterior responde a la necesidad de interpretar de manera estricta la reserva de ley estatutaria, tal como lo ha determinado la jurisprudencia en la materia[134], so pena de vaciar de competencia al legislador ordinario[135].

Igualmente, a pesar de que, en los términos explicados en esta sentencia, la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas constituya una limitación a los derechos políticos, los que son un derecho fundamental complejo, con varias manifestaciones y, en el caso de las inhabilidades para celebrar contratos, se trata de una limitación de la capacidad contractual de las personas y sólo en casos excepcionales, de acuerdo con el objeto contractual, materializa una limitación a los derechos políticos, es necesario reiterar que no todo evento ligado a los derechos fundamentales debe ser tramitado mediante ley estatutaria[136].

68. Así, el establecimiento de las inhabilidades no corresponde a ninguna de las hipótesis en las que la jurisprudencia relativa a la reserva de ley estatutaria exige el trámite de este tipo de ley ya que, a pesar de que las inhabilidades pueden constituir límites o restricciones a los derechos políticos, no afectan su núcleo esencial, componentes intangibles o su estructura. En efecto, como quedó precisado en la presente decisión, los derechos políticos son por esencia limitables por el legislador nacional, el que, en desarrollo del sistema y régimen político de cada Estado, legítimamente establece las condiciones, calidades o restricciones para el ejercicio de los derechos políticos a elegir, ser elegido o ejercer funciones públicas. Esto explica que no se trata de afectaciones excepcionales al derecho, cuya intensidad o impacto implique el trámite del procedimiento legislativo reforzado propio de una ley estatutaria. Esta conclusión se refuerza, con mayor razón, en el caso concreto, teniendo en cuenta que la inhabilidad juzgada se predica de la celebración de contratos, razón por la cual, hace parte de la competencia ordinaria del Congreso para expedir el Estatuto de Contratación Estatal, prevista en el último inciso del artículo 150 de la Constitución. Sin embargo, como quedó explicado, esto no implica que el legislador ordinario pueda establecer inhabilidades que no respondan a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, asuntos controlables por este tribunal.

69. Finalmente, debe advertirse que la argumentación expuesta por las accionantes, según la cual, el establecimiento progresivo de inhabilidades no ha logrado disminuir la corrupción, no apunta a controvertir la validez de la norma, sino su eficacia en la consecución de sus objetivos y, por lo tanto, se trata de un asunto que escapa a la competencia de la Corte Constitucional, en la guarda de la integridad de la Constitución Política.

70. Así las cosas, teniendo en cuenta (i) que la constitucionalidad de la norma

demandada fue juzgada por la sentencia C-348 de 2004, en lo que respecta a la posible vulneración de los artículos 40 y 292 de la Constitución Política, (ii) que el establecimiento de inhabilidades en materia contractual predicables de los cónyuges, compañeros permanentes y otros familiares de los diputados, concejales, alcaldes y gobernadores no es una materia en la que exista reserva constitucional, (iii) que se constató que el legislador no sobrepasó los límites de su competencia para el establecimiento de inhabilidades y (iii) que el establecimiento de inhabilidades no requiere ser incluido en una ley estatutaria, por consiguiente, el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009 (a) será declarado exequible por no desconocer los artículos 126 y 152 de la Constitución Política. Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional (b) se estará a lo resuelto en la sentencia C-348 de 2004, en lo relativo a los cargos de vulneración de los artículos 40 y 292 de la Constitución y, en consecuencia, declarará exequible la norma demandada, por dichos cargos. Sin embargo, recuerda la Corte Constitucional que la inhabilidad juzgada que se predica únicamente del respectivo ámbito territorial, no se aplica a aquellos contratos por medio de los cuales la administración ofrece, en igualdad de condiciones, a todas las personas, un determinado bien o servicio, en desarrollo de sus funciones constitucionales o legales.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

71. Le correspondió a la Corte Constitucional resolver una demanda contra el inciso tercero (parcial) del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, en lo relativo a la inhabilidad de los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales para ser contratistas de la respectiva entidad territorial o de sus entidades descentralizadas. Consideraba la accionante que dicha norma vulnera los artículos 40, 93, 126, 154 y 292 de la Constitución Política y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Explicaba la demandante que, en Colombia, los contratistas del Estado, particularmente, de prestación de servicios, también ejercen funciones públicas, razón por la cual el legislador colombiano carecía, a su juicio, de competencia para limitar los mismos por causas no previstas en la Convención. También sostenía que la Constitución había establecido un sistema cerrado relativo a las inhabilidades de los familiares de los alcaldes, concejales y diputados, razón por la cual le estaba vedado al legislador ampliar dicho régimen. Finalmente, consideraba que la norma

debió haberse incluido en una ley estatutaria, por tratarse de limitaciones a los derechos políticos e invitó a la Corte a introducir un cambio de jurisprudencia en materia del tipo de ley requerido para establecer inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.

72. La Corte Constitucional consideró que el cargo relativo a la posible vulneración del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es inepto, por falta de certeza, especificidad y suficiencia, teniendo en cuenta que, para la demandante, la celebración de contratos de prestación de servicios materializa el derecho político a ejercer funciones públicas. Explicó la Corte que, en realidad, las inhabilidades para celebrar contratos con el Estado no constituyen, en todos los casos, limitaciones al ejercicio de funciones públicas, en particular, la función administrativa, sino únicamente cuando la inhabilidad se refiera a la celebración de ciertos contratos, como el de concesión de servicios a cargo del Estado no sometidos a la competencia, en el que por su objeto concreto, el particular puede resultar investido de funciones públicas, lo que no es el caso del contrato de prestación de servicios. También precisó que, a pesar de que el numeral 2 del artículo 23 relativo a los derechos políticos prevé que la ley puede reglamentar su ejercicio “exclusivamente” por las razones allí indicadas y no prevé aquellas relativas al parentesco, la jurisprudencia de la CIDH ha admitido que los Estados establezcan, mediante su legislación interna, causas diferentes de limitación de los derechos políticos, a condición de ser razonables y proporcionadas. Así, en reconocimiento del margen nacional de apreciación para el cumplimiento de buena fe de la Convención, los Estados tienen competencia para limitar los derechos políticos, en consideración de su propia cultura política, su historia y sus necesidades concretas, siempre y cuando dicha determinación no resulte arbitraria. Por consiguiente, concluyó este tribunal que la demandante también realizó una indebida interpretación del artículo 23 de la Convención, lo que la condujo a no especificar adecuadamente el cargo de inconstitucionalidad.

73. Encontró este tribunal que respecto de la vulneración de los artículos 40 y 292 de la Constitución Política existe cosa juzgada material respecto de la sentencia C-348 de 2004 y, por lo tanto, se estuvo a lo allí resuelto.

74. Así las cosas, la Corte resolvió los siguientes problemas jurídicos: ¿Desconoció el legislador el régimen constitucional de inhabilidades de los familiares de los alcaldes, concejales, gobernadores y diputados, al establecer hipótesis de inhabilidad para celebrar

contratos con la respectiva entidad territorial, diferentes a los previstos en la Constitución Política? Y ¿La inhabilidad para celebrar contratos con el Estado debía ser incluida en una ley estatutaria?

75. Respecto del primer problema jurídico, analizó la Corte el margen de configuración del legislador en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones. Concluyó que en lo que concierne a las inhabilidades predicables de los familiares de los alcaldes, gobernadores, diputados y alcaldes, para contratar con la respectiva entidad territorial, el artículo 126 de la Constitución Política dispuso dos prohibiciones para celebrar contratos: una primera se refiere a la contratación con el cónyuge, compañero/compañera permanente o familiar que, en ejercicio de sus funciones tenga la facultad de celebrar contratos (inciso 1 del artículo 126 de la Constitución Política) y una segunda se refiere a la celebración de contratos con la persona en cuya postulación o designación como servidor público intervino quien ahora pretende ser contratista. La primera de las hipótesis busca excluir el nepotismo, mientras que la segunda pretende evitar la gratificación por la postulación o la designación, a través del otorgamiento de contratos. Por el contrario, la hipótesis prevista en la norma demandada, esto es, la celebración de contratos con el departamento, el distrito o el municipio en donde su cónyuge, compañero o compañera permanente o familiar en los grados establecidos ejerza como gobernador, diputado, alcalde o concejal, no se encuentra directamente prevista en la Constitución Política, razón por la cual el legislador, al establecer esta inhabilidad, contaba con un amplio margen de configuración, en desarrollo de la competencia atribuida al Congreso de la República, en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, para expedir el Estatuto de Contratación Estatal. Por consiguiente, concluyó la sentencia que no le asiste razón a la demandante al censurar la inconstitucionalidad de la norma por violación del artículo 126 de la Constitución Política y, por consiguiente, se encontró que la norma es exequible.

76. Respecto del segundo problema jurídico, encontró la Corte que existía una sólida jurisprudencia que negaba que las inhabilidades para ejercer cargos y funciones públicas debían tramitarse como una ley estatutaria y que no existen razones para introducir un cambio jurisprudencial en la materia, mucho menos teniendo en cuenta que la presente inhabilidad se refiere a la celebración de contratos con el Estado lo que sólo de manera excepcional constituye una limitación de derechos políticos y su configuración hace parte de la competencia ordinaria del legislador para expedir el Estatuto de Contratación Estatal.

III. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso mediante el Auto 305 de 2017.

Segundo.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-348 de 2004 y, por consiguiente, declarar EXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, por los cargos relativos a la vulneración de los artículos 40 y 292 de la Constitución Política.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, por los cargos analizados.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-106/18

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 (Aclaración 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 (Aclaración 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 (Aclaración de voto)

Expediente: D-11830

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso tercero (parcial) del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009.

Actor: Fanny del Pilar Sánchez Delgado.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Fui ponente de la sentencia C-106 de 2018, en la que se juzgó la constitucionalidad del inciso tercero (parcial) del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, en lo relativo a la inhabilidad de los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales, para ser contratistas de la respectiva entidad territorial o de sus entidades descentralizadas. Uno de los cargos de la demanda consistía en que, a juicio de la demandante, respecto de los familiares de esos servidores públicos, existía un régimen constitucionalmente cerrado, de manera similar a como ocurre en materia de las calidades e inhabilidades para ser Presidente de la República y Congresista, por lo que el Legislador habría desbordado su competencia, al establecer inhabilidades no previstas en la Constitución. Frente a este cargo, se concluyó que el régimen de calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los familiares de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales, para ser contratista de la respectiva entidad territorial, no era un asunto que hubiera sido regulado directamente por la Constitución, por lo que recaía en la competencia del Legislador y para el cual éste goza de un amplio margen de configuración normativa. Por lo tanto, en cuanto a este cargo, se

declaró la exequibilidad de la norma demandada.

Sin embargo, para llegar a la anterior conclusión se sostuvo que “respecto de ciertos servidores públicos, como el Presidente de la República o los congresistas, dicho régimen no puede ser directamente modificado por el legislador[137], aunque la sentencia C-101 de 2018 varió el precedente establecido en la jurisprudencia constitucional, para aceptar que, indirectamente, sí resulta posible modificar el régimen de inhabilidades determinado constitucionalmente para ciertos empleos públicos, a condición de hacerlo de manera general, para el ejercicio de cualquier empleo público[138]”. Igualmente se explicó que “El carácter taxativo de las inhabilidades e incompatibilidades del Presidente de la República y de los congresistas encuentra razón constitucional en el principio de separación de poderes (artículo 113 de la Constitución Política) y en el principio democrático (artículo 1 de la Constitución Política), ya que esta reserva constitucional busca excluir esta materia de la competencia del legislador para evitar que, a través del endurecimiento de este régimen, el legislador afecte los equilibrios constitucionales establecidos en la ingeniería constitucional y afecte el funcionamiento del sistema democrático, excluyendo de dichos cargos a determinadas personas que el Constituyente consideró, no obstante, como hábiles para el ejercicio de tales funciones[139], salvo que, de acuerdo con la sentencia C-101 de 2018, la inhabilidad establecida por el legislador se dirija, de manera general, al ejercicio de cualquiera de las funciones públicas, caso en el cual, deberá verificarse si “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”[140]”[141].

Pese a lo anterior, con el respeto que inspiran las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, quisiera aclarar que salvé el voto respecto de la mencionada sentencia C-101 de 2018, en la que se declaró exequible la inhabilidad generada por el no pago de condenas derivadas de la responsabilidad fiscal, aún respecto de servidores públicos cuyo régimen de calidades, inhabilidades e incompatibilidades fue establecido directamente por la Constitución. Por lo tanto, quisiera reiterar las razones por las que no compartí la decisión adoptada en la sentencia C-101 de 2018:

Reiteración del salvamento de voto a la sentencia C-101 de 2018

Aunque (i) la inhabilidad derivada del no pago de condenas por responsabilidad fiscal no contradice el bloque de constitucionalidad, (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.

Si bien considero que los artículos demandados (artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y 60 de la Ley 610 de 2000) 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 C-101 de 2018, de la que me aparté. 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[142]; (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 cumplimiento 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[143]. 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 inhabilitación 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 también resultado de la torpeza, falta de pericia o cuidado. 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 inhabilitación en cuestión. Ahí se evidencian las consecuencias de esa inadecuada tesis.

(ii) La inhabilitación 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[144]. 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.

En cuanto al 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 inexequibilidad 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 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

[1] Crispín Roberto Pavajeau Villazón. Folios 71 a 74 del expediente.

[2] Paula Robledo Silva.

[3] Folios 80 a 85 del expediente.

[4] A través del profesor Juan David Gómez Pérez.

[5] Folios 65 a 70 del expediente.

[6] El estudiante Juan Camilo Luna Alarcón y el monitor del área de Derecho Laboral del Consultorio Jurídico Gustavo Mejía Chávez.

[7] Folios 103 a 117 del expediente.

[8] Antonio Alejandro Barreto Moreno.

[9] Folios 118 a 126 del expediente.

[10] Fradique Méndez.

[12] Folios 60 a 63 del expediente.

[13] Folios 128 a 134 del expediente.

[14] La norma demandada dispone “Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad; segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.” (subrayas no originales).

[15] La jurisprudencia de la Corte Constitucional sostuvo que la ausencia de integración adecuada de la proposición jurídica completa era causa de inhibición por parte del juez constitucional (C-409/94, C-320/97, C-600/98, C-100/05, C-448/05, C-775/06, C-761/09, C-870/10, C-634/12, C-579/13). Así, en la sentencia C-320/97 diferenció la Corte dos situaciones: “Es pues diferente el caso de la demanda inepta, por falta de proposición jurídica inteligible, situación en la cual procede la inadmisión e incluso, excepcionalmente, la sentencia inhibitoria, de aquellos eventos en que el contenido normativo impugnado por el actor es inteligible y autónomo, pero no puede ser estudiado independientemente, por cuanto su examen remite inevitablemente al estudio del conjunto normativo del cual forma parte”. No obstante, tomando en consideración la naturaleza pública de la acción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional matizó esta exigencia y en su lugar precisó las circunstancias en las que, directamente, la Corte puede integrar la unidad normativa: Corte Constitucional, sentencia C-506/14. Dicha posición fue reiterada, entre otras, en la sentencia C-394/17.

[16] “El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales”: inciso 3 del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991.

[17] “(...) sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con

medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”: CIDH, sentencia del 1 de septiembre de 2011, *López Mendoza vs. Venezuela*, Serie C, n. 233, párr. 108.

[18] “(...) el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades””: CIDH, sentencia de 6 de agosto de 2008, *Castañeda Gutman vs. México*, Serie C, n. 184, párr. 145)

[19] El artículo 95 de la Constitución Política dispone que “(...) Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país”. Por su parte, el artículo 258 de la Constitución Política dispone que “El voto es un derecho y un deber ciudadano”.

[20] Los ciudadanos “tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos”: CIDH, sentencia de 6 de agosto de 2008, *Castañeda Gutman vs. México*, Serie C, n. 184, párr. 147. Reiterado en CIDH, sentencia del 25 de mayo de 2010, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Serie C, n. 212, párr. 170.

[21] “(...) el ejercicio de los derechos políticos no se agota en la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, ni mucho menos se limita las actividades que éstos canalizan. Puede afirmarse entonces que los partidos, movimientos y agrupaciones políticas son necesarios para la existencia de una sociedad democrática, pero no son suficientes para la materialización de los derechos políticos que acarrea la participación de los ciudadanos. En efecto, los partidos son un medio para contribuir al fin de constituir una sociedad democrática”: Corte Constitucional, sentencia C-018/18 relativa al Estatuto de la Oposición.

[22] “La posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata (Artículos 40 y 85 de la Constitución Política)”: Corte Constitucional, sentencia C-612/13.

[23] CIDH, sentencia de 31 de agosto de 2004, *Ricardo Canese vs. Paraguay*, Serie C, n. 111, párr. 90.

[24] “Artículo 25. “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, 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”: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968.

[25] “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”: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

[26] El artículo 27, n. 2 de la CADH dispone que durante los estados de excepción no es posible suspender derechos previstos en los siguientes artículos de la misma Convención: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. El art 4, n 2 del PIDC no prevé el artículo 25 dentro de la lista de los derechos no susceptibles de suspensión.

[27] “La Carta Política de 1991 establece en el artículo 40 el derecho de los ciudadanos a

participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Dentro de las varias manifestaciones que adopta este derecho se encuentra la posibilidad de elegir y ser elegido (num.1o.) así como de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (num. 7o.), salvo para aquellos colombianos que, por nacimiento o por adopción, tengan doble nacionalidad, en los casos y de la forma que lo establezca la respectiva reglamentación legal. || El derecho político en mención ha sido reconocido como fundamental y de aplicación inmediata en el texto constitucional (Constitución Política, arts. 40 y 85), dado el desarrollo que permite alcanzar, no sólo en el patrimonio jurídico-político de los ciudadanos, sino también en la estructura filosófico-política del Estado, al hacer efectivo el principio constitucional de la participación ciudadana (C.P., art. 1o.). No obstante, es posible someterlo a limitaciones”: Corte Constitucional, sentencia C-952/01.

[28] Corte Constitucional, sentencia C-325/09.

[29] “(...) las restricciones, condiciones y limitaciones al acceso a cargos públicos deben ser razonables y proporcionados. (...) Una de las limitantes existentes para el acceso a los cargos públicos, lo constituye el régimen de inhabilidades”: Corte Constitucional, sentencia C-176/17.

[30] Varias normas constitucionales se refieren al ejercicio de funciones públicas por parte de particulares: el artículo 123 de la Constitución Política atribuye a la ley la función de determinar el régimen de los particulares que ejercen funciones públicas; el artículo 116 prevé el ejercicio de función jurisdiccional por parte de particulares y el inciso 2 del artículo 210 dispone que los particulares podrán cumplir funciones administrativas, de acuerdo con la ley.

[31] “Las inhabilidades, per se, no son inconstitucionales. Cada una debe ser analizada respecto de su configuración y efectos en cada caso”: Corte Constitucional, sentencia C-015/04.

[32] La Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del requisito de procedibilidad establecido por el legislador para acudir a la acción de nulidad electoral consistente en la reclamación previa ante las autoridades electorales al relevar que, en las actuales condiciones, se trata de una carga procesal de imposible cumplimiento, lo que permitió concluir que “Esta limitación contraría el carácter público de la acción de nulidad electoral,

el que se fundamenta en el derecho político a interponer acciones en defensa de la Constitución y de la ley (numeral 6 del artículo 40 de la Constitución” Corte Constitucional sentencia C-238/17.

[33] Para la CIDH, “El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Estas condiciones generales de igualdad se entiende que están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación”: CIDH, sentencia 23 de junio de 2005, Yatama vs. Nicaragua, Serie C No. 127, párr. 200, reiterado en CIDH, sentencia de 6 de agosto de 2008, Castañeda Gutman vs. México, serie C, n. 184, párr. 150; CIDH, sentencia de 30 de junio de 2009, Reverón Trujillo vs. Venezuela, serie C, n. 197, párr. 139.

[34] Las inhabilidades, cuando se predicen de personas naturales, “afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6)”: Corte Constitucional, sentencia C-415/94. El derecho fundamental a la personalidad jurídica únicamente es predicable de las personas naturales: Corte Constitucional, sentencias C-486/93; C-004/98.

[35] Las inhabilidades restringen la capacidad “de quienes van a entablar relaciones jurídicas con el Estado”: Corte Constitucional, sentencia C-353/09.

[36] Se trata de “(...) circunstancias que el legislador describe bajo el título de “inhabilidades”” y que impiden, “en general, acometer determinadas conductas jurídicas respecto de entidades estatales”: Corte Constitucional, sentencia C-1016/12. La jurisprudencia ha establecido tres tipos de inhabilidades: (i) las inhabilidades-sanción, impuestas por una autoridad judicial o administrativa fruto de un reproche, (ii) las inhabilidades-requisito, que se refieren a requisitos negativos derivados de circunstancias tales como, por ejemplo, el ejercicio de una función o de un empleo o las relaciones de parentesco (sentencias C-780/01, C-348/04, C-353/09 y C-634/16) y las inhabilidades-consecuencia que prevén como supuesto de hecho, la ocurrencia reprochable de determinados hechos, tales como, por ejemplo, la acumulación de sanciones o de declaratorias de incumplimiento (sentencia C-1016/12).

[37] Cuando se trata de un empleo sometido a sistema de elección, la inhabilidad se denomina también inelegibilidad: Corte Constitucional, sentencia C-1212/01. Ahora bien, “causales de inelegibilidad (...) no obstante que algunas de ellas, en tanto que son sobrevivientes, pueden impedir que se continúe ejerciéndolo”: Corte Constitucional, sentencia C-468/08.

[38] Respecto de las inhabilidades para prestar el servicio público de televisión mediante el contrato de concesión: sentencia C-711/96. En lo relativo a las inhabilidades para el uso del espectro electromagnético: sentencia C-634/16 donde se diferenció la situación analizada en 1996, con la de 2016: “En cambio, en el caso presente la restricción no versa sobre dicho régimen contractual, sino que opera para cualquier modalidad de uso del espectro, las cuales son múltiples en razón de la diversidad de tecnologías que se sirven de dicho uso, como también se explicó en fundamentos jurídicos anteriores”.

[39] “Las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual”: Corte Constitucional, sentencia C-1016/12

[40] El contrato estatal materializa “una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas”: Corte Constitucional, sentencia C-415/94.

[41] “Generalmente las inhabilidades son consideradas como aquellas circunstancias previstas en la Constitución o en la ley, que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, designada para un cargo público, como también en ciertos casos impiden que la persona que ya viene vinculada a la función pública continúe en ella; además, tales circunstancias pueden tener consecuencias respecto de las personas que van a celebrar o han celebrado contratos con el Estado” (negritas no originales): Corte Constitucional, sentencia C-353/09.

[42] Respecto de las inhabilidades para celebrar contratos con el Estado, esta Corte puntualizó que “Entre las restricciones más comunes al ejercicio de cualquier profesión sobresalen las inhabilidades e incompatibilidades, que encuentran sustento en el artículo 26 de la Carta Política y en la cláusula general de competencia propia del Legislador (art. 150 CONSTITUCIÓN POLÍTICA), particularmente cuando la actividad se despliega en el sector

público”: Corte Constitucional, sentencia C-618/12.

[43] “De acuerdo con las normas citadas, es competencia del legislador regular la función pública y establecer los requisitos, exigencias, condiciones o calidades que deben reunir las personas que aspiran a ejercerla, así como el régimen disciplinario y el de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones a que ellas están sujetas”: Corte Constitucional, sentencia C-257/13.

[44] Corte Constitucional, sentencia C-941/01.

[45] Los oferentes tienen el “(...) derecho a concursar en pie de igualdad con las demás entidades habilitadas por el ordenamiento jurídico”: Corte Constitucional, sentencia C-353/09.

[46] Se trata de “(...) hechos y circunstancias que impiden a determinadas personas celebrar contratos con el Estado”: Corte Constitucional, sentencia C-353/09.

[47] “Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública. ¶ (...) el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. (...) En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones. ¶ Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.”: Corte Constitucional,

sentencia C-563/98.

[48] Artículo 53 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011.

[49] “(...) las expresiones legales “...para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...” engloba necesariamente una misma sustancia jurídica: la del contrato de prestación de servicios definido en el artículo 32 No 3 de la ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma,(...) que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas. || Los contratos de prestación de servicios no constituyen los instrumentos jurídicos para la asignación de funciones públicas administrativas a los particulares. Al respecto debemos recordar que en los términos del inciso 2, del artículo 210 constitucional, “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley...”. Es la ley en consecuencia y no el contrato la que determina las bases que permiten el ejercicio de funciones públicas administrativas por los particulares. La ley 489 de 1998 a partir de su artículo 110 desarrolla el mandato constitucional en cuestión. Véase Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999””: Consejo de Estado, Sección 3, sentencia del 2 de diciembre de 2013, rad. 110010326000201100039 00 (41719). También existen conceptos que excluyen que el contrato, sin diferenciar su tipología, sea un medio adecuado para atribuir funciones públicas: “La Sala considera que por fuera del ejercicio propiamente de funciones públicas, y por tanto no correspondientes al objeto principal de la entidad, es decir, dentro del ámbito de las actividades complementarias de apoyo a la función administrativa, es procedente la contratación con particulares”: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 27 de agosto de 1997, radicación N° 951, Citado por la sentencia 2649-03 del 18 de marzo de 2004, de la subsección B de la Sección 2, del Consejo de Estado. Sin embargo, en jurisprudencia del mismo Consejo de Estado es posible encontrar afirmaciones según las cuales el contrato de prestación de servicios es un instrumento, no obstante su carácter excepcional, para el acceso a la función pública. Así, al examinar el artículo 1 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 de 1968, la Sección segunda del Consejo de Estado concluyó que “(...) las disposiciones transcritas conservan como regla general de acceso a la función pública a través del empleo público,

mientras que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación estatal excepcional, que se justifica en la medida en la que se trate de un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores propias de la entidad o que sean parte de ellas, pero no pueden ejecutarse con empleados de planta o que requieran conocimientos especializados”: Consejo de Estado, Sección 2, Sub. A, sentencia del 28 de junio de 2012, Rad. 05001-23-31-000-1998-00290-01(0885-10).

[50] “(...) la propia Convención reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al ejercicio de los derechos políticos, mediante la reglamentación exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal. Se trata, en consecuencia, de limitaciones *numerus clausus*, por lo que toda otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento”: Comisión IDH, Informe 137/99, caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y Otros/Chile, 27 de diciembre de 1999, párr. 101.

[51] CIDH, sentencia 23 de junio de 2005, Yatama vs. Nicaragua, Serie C No. 127, párr. 206.

[52] *Ibídem*, párr. 207.

[53] CIDH, sentencia de 6 de agosto de 2008, Castañeda Gutman vs. México, serie C, n. 184, párr. 157.

[54] *Ibídem*, párr. 161.

[55] *Ibídem*, párr. 174.

[56] “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”: CIDH, sentencia de 6 de agosto de 2008, Castañeda Gutman vs. México, serie C, n. 184, párr. 166.

[57] “No se pretende, por tanto, unificar los modelos constitucionales de los países partes de la Convención para obtener la consolidación de un sistema de democracia representativa idéntico en cada uno de los Estados. Más bien se pretende evitar que las normas del Estado, incluidas las constitucionales, se conviertan en un obstáculo insalvable para el sistema de protección de los derechos humanos”: Comisión IDH, Informe 137/99 caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y otros/ Chile, 27 de diciembre de 1999, párr. 76. Y en el párrafo 99 agrega que “En este sentido, la Comisión reconoce y respeta el grado de autonomía de los Estados para organizar las instituciones políticas siempre que se respeten los derechos consagrados en la Convención”.

[58] “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”: artículo 3.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969.

[59] “(...) la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías (...) dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”: CIDH, Opinión Consultiva 6/86 del 9 de mayo de 1986, respecto de la expresión “leyes” en el artículo 30 de la convención americana sobre derechos humanos, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay.

[60] Comisión IDH, Informe 30/93, caso 10.804, 12 de octubre de 1993, Ríos Montt contra Guatemala. En este caso, se tomó en consideración que la Constitución guatemalteca prevé que no podrá ser elegido Presidente de la República “El Caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar que hay alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno”. El informe concluyó que dicha causal de inelegibilidad no contraría el artículo 23 de la CADH, a pesar de no corresponder a alguna de las hipótesis allí expresamente previstas, ya que “(...) esta condición de inelegibilidad establecida por el artículo 186 de la Constitución de Guatemala es una norma constitucional consuetudinaria de firme tradición en la región centroamericana”: párr. 29. Resaltó el informe el margen de apreciación que debe

reconocerse a cada Estado: CIDH 1993b, 31.

[62] Corte Constitucional, sentencia C-007/16.

[63] El inciso 3 del artículo 189 del CONSTITUCIÓN POLÍTICA ACA atribuía efectos de cosa juzgada a las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Dicha norma fue declarada inconstitucional teniendo en cuenta que “en virtud de los artículos 242, 243 y 244 superiores, que regulan los procesos que se promuevan ante la Corte Constitucional, entre ellos, los derivados de las acciones públicas de inexequibilidad que instaure cualquier ciudadano, no es posible trasladar los efectos de cosa juzgada constitucional al Consejo de Estado por carecer de la potestad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional”: Corte Constitucional, sentencia C-400/13.

[64] La sentencia SU-1219/01 precisó que la decisión de no seleccionar para revisión una sentencia de tutela “tiene como efecto principal la ejecutoria formal y material de esta sentencia, con lo que opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional”.

[65] Esta hipótesis corresponde a la que la jurisprudencia ha llamado “cosa juzgada aparente”, en la que, en realidad, no hay cosa juzgada. Al respecto, entre otras decisiones, puede consultarse las sentencias C-397/95, C-700/99, C-1062/00, C-774/01, C-415/02 y C-931/08.

[66] Las sentencias inhibitorias no hacen tránsito a cosa juzgada constitucional ni formal, ni material. En este sentido, esta Corte declaró la inexequibilidad de un aparte del párrafo del artículo 182 del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia, que disponía que los autos inhibitorios de la investigación de la Comisión de Investigaciones y Acusaciones de la Cámara de Representantes hacían tránsito a cosa juzgada en consideración de que “el señalar que el auto inhibitorio hace tránsito a cosa juzgada, resulta a todas luces inconstitucional, no sólo porque no ha existido una decisión material o de fondo respecto del asunto que se juzga y, por tanto, tal auto mal puede hacer tránsito a cosa juzgada, sino que además se trata de una medida que rompe de plano el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política”: Corte Constitucional, sentencia C-037/96. De manera congruente, declaró la exequibilidad del numeral 4 del artículo 333 del Código de Procedimiento Civil, el que disponía que las sentencias inhibitorias no hacen

tránsito a cosa juzgada ya que “De la misma esencia de toda inhibición es su sentido de “abstención del juez” en lo relativo al fondo del asunto objeto de proceso. Siempre consiste, por definición, en que la administración de justicia no se pronuncia, esto es, no falla, no decide, no juzga. Y, si no juzga, carece de toda lógica atribuir al acto judicial en que se consagra tal determinación -de no juzgar- el carácter, la fuerza y el valor de la cosa juzgada, que de suyo comporta la firmeza y la intangibilidad de “lo resuelto””: Corte Constitucional, sentencia C-666/96. Respecto del control de constitucionalidad también se concluyó que “una sentencia inhibitoria en un juicio de constitucionalidad no produce efecto de cosa juzgada respecto de la disposición acusada, en tanto que mientras no exista un pronunciamiento material sobre su exequibilidad, es posible insistir en su revisión constitucional”: Corte Constitucional, sentencia C-258/08.

[67] Corte Constitucional, sentencia C-774/01.

[68] La anulación de la sentencia no coincide material ni jurídicamente con una revocatoria de la sentencia.

[69] Respecto del fundamento del incidente de nulidad de las sentencias de la Corte Constitucional, como instrumento que media entre la cosa juzgada y el derecho al debido proceso puede consultarse el Auto 353 de 2010, proferido por esta Corte.

[70] “Lo anterior, con el propósito de dotar de estabilidad las decisiones constitucionales y de asegurar perentoriamente, la prevalencia de la Carta Política (artículo 4º)”: Corte Constitucional, sentencia C-259/15.

[71] Corte Constitucional, sentencias C-600/98 y C-492/00.

[72] Esta situación fue abordada por la sentencia SU-428/16 en la que, teniendo en cuenta que la obligación de fidelidad del 20% de cotización antes de la muerte, como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes, había sido declarado inexecutable, sin efectos retroactivos por la sentencia C-1094/03, decidió hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad respecto de dicha norma en cuanto a sus efectos anteriores a la sentencia de inconstitucionalidad, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa, al debido proceso, a la seguridad social en pensiones, al acceso a la administración de justicia y a tener una vida en condiciones dignas de una persona cuyo

derecho a la pensión se había causado antes de la declaratoria de inexequibilidad (fecha de la muerte), teniendo en cuenta que dicho requisito era inconstitucional y debía inaplicarse. En consecuencia ordenó a la respectiva AFP que en el futuro se abstuviera de exigir dicho requisito. Una decisión diferente al recurso a la excepción de inconstitucionalidad, pero que protegió igualmente los derechos en una situación equivalente se encuentra en la sentencia SU-499/16.

[73] “El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva – aun cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental –, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de “Constitución viviente” puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, – que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades –, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica”: Corte Constitucional, sentencia C-774/01. Sobre el tema, entre otras sentencias, puede consultarse: C-332/13, C-166/14, C-687 /14 y C-007/16.

[74] Corte Constitucional, sentencia C-007/16.

[75] Identidad en el objeto e identidad en el cargo en los términos de la sentencia C-225/16.

[76] La tipología de la cosa juzgada puede consultarse en la sentencia C-241/12.

[77] Corte Constitucional, sentencia C-007/16.

[78] Entre otras decisiones, puede consultarse: Corte Constitucional, sentencia C-073/14 y C-583/16.

[79] Esta diferencia es la que sustenta las sentencias de constitucionalidad condicionada en las que, se conserva la disposición intacta, pero se declaran inexecutable todas las otras interpretaciones posibles (normas jurídicas) que resulten contrarias a la Constitución, a efectos de conservar solamente la única norma jurídica constitucional, que se desprende de la disposición estudiada.

[80] Ver. Sentencias C-310/02; C-584/02 y C-149/09.

[81] El control automático realizado respecto de los decretos legislativos “(iii) es un control integral porque se verifica que los decretos examinados reúnan los requisitos formales y materiales señalados por los preceptos constitucionales; (iv) es un control definitivo pues una vez la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos éstos no pueden ser objeto de un posterior examen vía acción pública de inconstitucionalidad”: Corte Constitucional, sentencia C-070/09. En el mismo sentido: sentencia C-156/11.

[82] Teniendo en cuenta las características del juicio llevado a cabo en la materia, en el “control de constitucionalidad de los tratados y sus leyes aprobatorias se excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad, pues la sentencia que procede a su estudio tiene naturaleza de cosa juzgada absoluta”: Corte Constitucional, sentencia C-027/11. En el mismo sentido ver la sentencia C-801/09.

[83] Respecto de las características del control ejercido en este caso, puede consultarse la sentencia C-523/05.

[84] “(...) en dicha situación no podría hablarse en estricto sentido de un pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el asunto. En conclusión, estas situaciones podrían generar una inconstitucionalidad sobreviviente, ante la cual sobreviene igualmente el deber de la Corte Constitucional de repararla”: Corte Constitucional, sentencia C-238/06. Un caso en el que se analizó si existía un cambio en el parámetro de control, que permitiera un nuevo juicio de constitucionalidad respecto de una ley estatutaria se encuentra en la sentencia C-072/10.

[86] Una ponderación distinta entre ambos valores fue realizado por la Ley 1437 de 2011, respecto del control inmediato de juridicidad que realiza la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo respecto de los actos administrativos de carácter general que desarrollen decretos legislativos. Así, el artículo 189 del CONSTITUCIÓN POLÍTICAACA, relativo a los “Efectos de la sentencia” dispone que las sentencias “(...) que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen”.

[87] “8...) se trata de un control de constitucionalidad previo a la sanción de la ley, interorgánico, participativo, material y formal, que produce efectos de cosa juzgada relativa”: Corte Constitucional, sentencia C-1152/08.

[88] Cf. Corte Constitucional, sentencias C-478/98, C-310/02, C-469/08, C-600/10, C-912/13, C-148/15, C-007/16 y C-538/16. Esto quisiera decir que en los casos en los que el control no sea integral, como los explicados, sino que opere la regla de la justicia rogada, como regla general la cosa juzgada será relativa, esto es, limitada a los cargos formulados y analizados por la Corte Constitucional, incluso si en la parte resolutive la sentencia no limitó sus efectos a los cargos analizados, bajo la teoría de la cosa juzgada relativa implícita. No obstante, el asunto amerita debate en un asunto posterior.

[89] “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”: inciso 2 del artículo 241 de la Constitución Política.

[90] “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”: inciso 1 del artículo 241 de la Constitución Política.

[91] Corte Constitucional, sentencia C-096/17.

[92] La referencia a las inhabilidades de los familiares de los miembros de juntas administradoras locales y distritales había sido previamente suprimida por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007.

[93] Si bien es cierto que la demanda decidida en 2004 planteaba únicamente la violación del artículo 292 de la Constitución Política y no la del artículo 126, que ahora también se formula, en realidad el cargo formulado es idéntico, ya que, por una parte, en ambos casos plantean los demandantes que no le correspondía al legislador alterar el régimen constitucional de inhabilidades de los familiares de los concejales y diputados, pues el Constituyente se habría reservado este asunto, al determinarlo de manera clara y taxativa en la Constitución y, por otra parte, la Corte Constitucional examinó, de manera integral, si existía en la Constitución un régimen cerrado que excluía la configuración legislativa respecto de estas inhabilidades predicables de los familiares de los concejales y diputados.

[94] Corte Constitucional, sentencia C-348/04.

[95] Corte Constitucional, sentencias C-774/01, C-332/13, C-166/14, C-687 /14, C-007/16 y C-096/17.

[96] “Siendo límite al ejercicio de derechos fundamentales y de libertades públicas, las circunstancias generadoras de inhabilidades deben estar señaladas en la ley, como también sus consecuencias”: Corte Constitucional, sentencia C-1016/12.

[97] “El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado”: Corte Constitucional, sentencia C-415/94. Reiterado en C-147/98 y C-1372/00.

[98] el inciso 7 del artículo 40 de la Constitución Política previó que el legislador reglamente la excepción para ejercer cargos y empleos públicos, predicable de los colombianos que tengan doble nacionalidad; el artículo 293 confió en la ley la determinación de las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular, para desempeñar funciones públicas en las entidades territoriales; el artículo 292 previó que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley; el artículo 303 dispuso que la ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; el artículo 312 de la Constitución Política delegó en el legislador, la determinación de las calidades,

inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales; el artículo 253 de la Constitución Política reserva esta materia a la ley, respecto de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación; y el artículo 279 de la Constitución Política, lo previó respecto de los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación. Finalmente, el artículo 292 de la Constitución Política difiere al legislador, la facultad de establecer los grados de parentesco en el que los familiares de los diputados y concejales no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

[99] “Al respecto, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa con miras a determinar quienes aspiran a la función pública, por lo que la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad, así como el tiempo de duración de las mismas, son competencia de aquél y objeto de una potestad discrecional amplia, pero subordinada a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos, como lo es precisamente aquel de acceso a cargos públicos” (negritas no originales): Corte Constitucional, sentencia C-176/17.

[100] “El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender hacia el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación” (negritas no originales): Corte Constitucional, sentencia C-618/12.

[101] Corte Constitucional, sentencia C-325/09.

[102] “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”: Corte Constitucional, sentencia C-015/14.

[103] Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, 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.

[104] Ver: Corte Constitucional, sentencia C-053/16.

[105] “(...) asunto en el que ésta no había dejado ningún margen al Legislador y había decidido regular directamente dicha prohibición”: Corte Constitucional, sentencia C-311/04.

[106] “Una inhabilidad legal no puede ser menos rigurosa que una inhabilidad constitucional sobre la misma materia”: Corte Constitucional, sentencia C-1105/01. Ver en este sentido: sentencia C-468/08.

[107] A pesar de que en un primer momento la Corte Constitucional sostuvo que “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”: Corte Constitucional, sentencia C-497/94; dicha interpretación fue cambiada: “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” C-015/04. También la sentencia C-540/01 concluyó que respecto del Presidente de la República, como de los congresistas “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)”.

[108] Al declarar la exequibilidad de la inhabilidad derivada del no pago de condenas en responsabilidad fiscal que, incluso podrían predicarse de quienes aspiren a los cargos de congresista o Presidente de la República, la sentencia C-101/18 concluyó que “el Legislador no desconoció la garantía competencial para modificar o establecer las situaciones de

inhabilidad de los cargos de Congresista 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”: Corte Constitucional, sentencia C-101/18, SV: Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

[109] Sentencia C-468/08.

[110] La sentencia C-540/01 concluyó que “No es admisible que la Constitución consagre una inhabilidad de 12 meses para un cargo o posición determinado y que la ley amplíe injustificadamente, a través de la figura de la incompatibilidad, a 24 meses la prohibición señalada específicamente en la Constitución. Por lo tanto, el artículo 32 de la Ley 617 no podrá tener efecto alguno en las hipótesis señaladas”. En razón de lo anterior, declaró la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 617, en el entendido de que la incompatibilidad especial de 24 meses no se aplicará al gobernador que se inscriba como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, en cuanto ya la Constitución fijó expresamente en los artículos 179-2 y 197 un término de inhabilidad de 12 meses para acceder a tales posiciones. También declaró la exequibilidad condicionada del artículo 39 de la Ley 617 de 2000, en el sentido de que la incompatibilidad especial de 24 meses no se aplica al alcalde municipal o distrital que sea elegido Presidente de la República, en cuyo caso prevalecerá la inhabilidad del año anterior a la elección consagrada en el artículo 197 de la Constitución: Corte Constitucional, sentencia C-540/01.

[111] La sentencia C-015/04 condicionó una norma que creó inhabilidades para los directores y subdirectores de las Cajas de Compensación Familiar para ser elegidos en cargos de elección popular, después de la dejación del cargo, al considerar que la misma no podía modificar las causas y términos de inelegibilidad para ser elegido Presidente de la República y Congresista. Por su parte, la sentencia C-468/08 declaró la inexequibilidad de apartes del literal b del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 9 de la Ley 177 de 1994, relativo a la inhabilidad para los concejales que aspiran a ser designados contralores distritales o municipales, ya que al haber fijado en tres años el término de inhabilidad, contradijo el inciso 6 del artículo 272 de la Constitución, según el cual la inhabilidad para los concejales que aspiran a estos cargos es de un año.

[112] La sentencia C-630/12 declaró la inexecutable de una norma de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, que limitaba una inhabilidad a 20 años, a pesar de que el artículo 122 de la Constitución Política la había previsto de por vida.

[113] La sentencia C-903/08 que declaró inexecutable la expresión dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” contenida en el inciso 2° del artículo 1° de la ley 1148 de 2007. Dicha norma, prevista en una disposición diferente, había sido declarada constitucionalmente condicionada a la determinación de los grados de consanguinidad previstos en el artículo 292 de la Constitución Política, en las sentencias C-311/04 y C-348/04, en la que se estuvo a lo resuelto en la primera.

modificó el mismo artículo 49 de la Ley 617 de 2000.

[114] El legislador goza de un amplio margen de configuración normativa para determinar inhabilidades “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”: Corte Constitucional, sentencia C-617/97; En la materia, “el Legislador goza de una amplia discrecionalidad”: Corte Constitucional, sentencia C-1412/00; “competencia discrecional amplia pero subordinada”: Corte Constitucional, sentencia C-952/01; “amplio margen de discrecionalidad”: Corte Constitucional, sentencia C-176/17.

[115] Corte Constitucional, sentencia C-325/09. Dicha sentencia es integradora y previó que dicha causal de inelegibilidad será determinada por el tercer grado de consanguinidad, de acuerdo con la Constitución.

[116] Corte Constitucional, sentencia C-325/09.

[117] Dicha exigencia respecto de las inhabilidades e incompatibilidades fue exigida de manera temprana por esta Corte: sentencias C-194/95 y C-617 y C-618/97.

[118] “(...) limitación que entraña una perturbación a derechos políticos en aras de

desarrollar un adecuado ejercicio de la función pública y la consecución de los fines del Estado”: Corte Constitucional, sentencia C-176/17.

[119] “(...) el Legislador tiene competencia para complementar el régimen constitucional de inhabilidades aplicable a los servidores públicos, siempre que al hacerlo no contraría disposiciones expresas de la Carta, no modifique el alcance y los límites de las inhabilidades fijados directamente por el Constituyente, ni incurra en regulaciones irrazonables o desproporcionadas frente a la finalidad que se persigue”: Corte Constitucional, sentencia C-015/04. En igual sentido: sentencia C-348/04.

[120] “(...) dado que el legislador goza de un amplio margen de libertad para prever los requisitos y causales de inhabilidades e incompatibilidades, la jurisprudencia ha señalado que, en estos casos, no procede efectuar un control estricto de constitucionalidad”: Corte Constitucional, sentencia C-1412/00. No obstante, la sentencia C-634/16 acudió a un test estricto y la sentencia C-176/17, con salvamento de voto de los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, María Victoria Calle Correa, Antonio José Lizarazo Ocampo y José Antonio Cepeda Amarís, acudió a un test intermedio.

[121] La sentencia C-1258/01 concluyó que “el legislador sí está facultado para permitir o prohibir la participación de alcaldes y gobernadores como miembros de “juntas o consejos directivos de las entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio o de juntas directivas de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio”. ¶ (...) Entonces, por tratarse de un asunto que pertenece a la órbita de configuración legislativa, se declarará la exequibilidad de la norma acusada”.

[122] La sentencia C-634/16 declaró la inexequibilidad del numeral cuarto del artículo 14 de la Ley 1341 de 2009 que disponía que no podrán obtener permisos para el uso del espectro radioeléctrico “aquellas personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos”.

[123] La sentencia C-612/13 condicionó la exequibilidad de la inhabilidad para ser registrador de instrumentos públicos por haber sido “sancionados disciplinariamente”, prevista en el literal e, del artículo 79, de la Ley 1579 de 2012, en el entendido de que la inhabilidad no se extiende a quienes fueron sancionados con censura o multa por faltas no

graves, cuando se impongan de manera autónoma, de conformidad con la Ley 1123 de 2006, sino únicamente a quienes hayan sido sancionado por faltas graves.

[124] La sentencia C-353/09 declaró la exequibilidad de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”, contenida en el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, al considerar que se trataba de una norma razonable teniendo en cuenta la naturaleza misma de ese tipo de sociedades.

[125] Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2000 -sobre el numeral 1° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 que consagró una inhabilidad intemporal para ser concejal, consistente en haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad. En el mismo sentido: Corte Constitucional, sentencia C-1212/01.

[126] “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”: Corte Constitucional, C-015/14. En sentido equivalente, la sentencia C-080/18 declaró la inexequibilidad 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 los requisitos para el acceso a los cargos de Magistrados de la JEP fueron fijados directamente por la Constitución Política de manera restrictiva (inciso 8 del artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017).

[127] Corte Constitucional, sentencia C-101/18, SV: Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

[128] Corte Constitucional, sentencia C-348/04.

[129] Al momento de proferir la sentencia C-348/04, la norma en cuestión se encontraba en el inciso tercero del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, reformado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003. Actualmente, la norma se encuentra en el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009).

[130] Corte Constitucional, sentencia C-283/17.

[131] Con relación al criterio de integralidad, esta Corporación ha dicho que se trata de iniciativas cuyo objeto directo es desarrollar el régimen de derechos fundamentales, no materias relacionadas, y que tengan la pretensión de ser una regulación “integral, completa y sistemática”[131]. Sentencias C-425 de 1994, C-818 de 2011 y C-007 de 2017, entre otras.

[132] La jurisprudencia constitucional ha definido el núcleo esencial como “como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse “el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental”. Ver sentencias C-994 de 2004 y C-756 de 2008, entre otras.

[133] La Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de normas que establecen inhabilidades e incompatibilidades para ejercer un cargo público, en las cuales se ha cuestionado el trámite legislativo que ha debido seguir para su formación -ley ordinaria o ley estatutaria-. En la sentencia C-373 de 1995, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que contempla inhabilidades para ser concejal y alcalde. A juicio de la demandada imponer una inhabilidad basada en el origen familiar limitaba la vocación de servicio público de los ciudadanos. En esta oportunidad la Corte analizó la competencia del legislador ordinario para establecer inhabilidades e incompatibilidades y concluyó que, para el caso concreto, dichas materias no estaban sujetas a ley estatutaria al no afectar directamente el núcleo del derecho político ni alterar, de forma permanente, el ejercicio de las funciones electorales. Más adelante, en la sentencia C-381 de 1995, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que contempla inhabilidades para ser concejal. Para el demandante, la norma acusada, al regular un derecho fundamental -elegir y ser elegido-, se enmarca dentro de las materias que comprende el literal a) del artículo 152 superior. La Corte consideró que la norma acusada, al no regular el núcleo esencial del derecho fundamental a elegir y ser elegido, no corresponde exactamente a lo que debe ser el objeto de una ley estatutaria, al tenor de lo

dispuesto en el artículo 153, literal a) de la Constitución Política.

[134] En la sentencia C-756 de 2008, la Corte Constitucional recogió los criterios trazados por la jurisprudencia para delimitar el ámbito de esa reserva en materia de derechos y deberes fundamentales, así: “(i) La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario; (ii) La regulación estatutaria u ordinaria no se define por la denominación adoptada por el legislador, sino por su contenido material (...). En consecuencia, el trámite legislativo ordinario o estatutario será definido por el contenido del asunto a regular y no por el nombre que el legislador designe; (iii) Mediante ley estatutaria se regula únicamente el núcleo esencial del derecho fundamental, de tal forma que si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria; (iv) Las regulaciones integrales de los derechos fundamentales debe realizarse mediante ley cualificada y, (v) Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria. De esta forma, es claro que la regulación puntual y detallada del derecho corresponde al legislador ordinario”. Ver las sentencias C-013 de 1993, C-313 de 1994, C-620 de 2001, C-687 de 2002, C-162 de 2003, C-740 de 2003, C-872 de 2003, C-193 de 2005, C-981 de 2005, C-902 de 2011 y C-818 de 2011, entre otras.

[135] Ver sentencias C-013 de 1993, C-037 de 1996, C-251 de 1998, C-162 de 1999, C-1338 de 2000, C-307 de 2004, C-1233 de 2005, C-126 de 2006, C-180 de 2006, C-319 de 2006, C-713 de 2008, C-902 de 2011, entre otras

[136] Ver sentencias C-226 de 1994, C-511 de 2013, C-319 de 2006, entre otras.

[138] Al declarar la exequibilidad de la inhabilidad derivada del no pago de condenas en responsabilidad fiscal que, incluso podrían predicarse de quienes aspiren a los cargos de congresista o Presidente de la República, la sentencia C-101/18 concluyó que “el Legislador no desconoció la garantía competencial para modificar o establecer las situaciones de inhabilidad de los cargos de Congresista 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”: Corte Constitucional, sentencia C-101/18, SV: Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, José

Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

[139] “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”: Corte Constitucional, C-015/14. En sentido equivalente, la sentencia C-080/18 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 los requisitos para el acceso a los cargos de Magistrados de la JEP fueron fijados directamente por la Constitución Política de manera restrictiva (inciso 8 del artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017).

[140] Corte Constitucional, sentencia C-101/18, SV: Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

[141] Corte Constitucional, sentencia C-106/18.

[142] 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.

[143] 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.

[144] Esta sentencia decidió: “Décimo. Declarar la executable 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 executable 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”.