Sentencia C-311/04

UNIDAD NORMATIVA-Integración excepcional

Conforme a reiterada jurisprudencia, de manera excepcional la Corte procede a integrar la unidad normativa entre las disposiciones acusadas y otros textos que no han sido demandados pero en relación con los cuales existe una unidad inescindible, cuando resulta materialmente imposible pronunciarse sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de las expresiones acusadas sin analizar globalmente los elementos esenciales del conjunto normativo del cual ellas forman parte.

FUNCION PUBLICA-Regulación legislativa

ACCESO A LA FUNCION PUBLICA-Cumplimiento de reglas

Como lo ha precisado en repetidas ocasiones la Corporación, quienes acceden al desempeño de funciones públicas deben someterse al cumplimiento de ciertas reglas y exigencias, acordes con los supremos intereses que les corresponde gestionar en beneficio del interés común y de la prosperidad colectiva, sin que con ello pueda entenderse que se desconoce el derecho a participar en los asuntos públicos a que alude el artículo 40-7 superior.

REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA EL EJERCICIO DE FUNCION PUBLICA-Finalidad

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA EL EJERCICIO DE FUNCION PUBLICA-Alcance y límites

La Corte ha señalado que el Legislador goza de un amplio margen de configuración en materia de establecimiento de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de funciones públicas, que debe respetar, sin embargo, los límites que en este campo impone la Carta Política, bien por que ella haya fijado de manera explícita determinados parámetros, bien porque la actuación del Legislador deba subordinarse a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos y en particular los determinados en los artículos 13, 25, 26 y 40-7 superiores. La Corte ha precisado que el alcance concreto de la potestad de configuración del legislador, en éste, como en los demás casos, dependerá de la precisión con la que la Constitución haya regulado la institución jurídica de que se trate y que en este sentido la posibilidad que en cualquier circunstancia tiene el Legislador para desarrollar la Constitución dependerá en su alcance del margen que haya dejado la Constitución.

La Corte ha hecho énfasis en que la sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, impide que el Legislador consagre regulaciones que contraríen la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4º). Así mismo ha destacado que cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES-Razonabilidad y proporcionalidad en determinación de causales o regulación del alcance

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES- Establecimiento de causales

La Corte ha destacado igualmente que la configuración de las causales de inhabilidad e incompatibilidad por el legislador no debe operar con un criterio unívoco sino que, por el contrario, la misma debe estar precedida de consideraciones particulares atinentes a la naturaleza propia de cada uno de los casos, situaciones o actos que son materia de regulación jurídica. En otras palabras, ha considerado que las prohibiciones deben ser definidas de conformidad con el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades, pues de esta manera no sólo se respeta la libertad de configuración legislativa - amparada en los principios de razonabilidad y proporcionalidad-, sino además, se garantiza plenamente la ejecución de los fines esenciales del Estado en sus diferentes niveles.

REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA ACCESO A LA FUNCION PUBLICA- Límites a facultades del legislador

Las facultades del Legislador para fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, encuentran límites precisos que tienen tanto que ver con lo que el texto Constitucional haya establecido directamente y el margen que este haya dejado al Legislador en cada caso, como con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

CONSTITUCION POLITICA-Fijación directa de regla

PROHIBICIONES PARA ACCESO A LA FUNCION PUBLICA-Análisis concordado y complementario de disposiciones constitucionales

NORMA ACUSADA-Hipótesis diversas producto de interpretación con disposiciones constitucionales

PROHIBICIONES RELATIVAS A PARIENTES DE DIPUTADO Y CONCEJAL-No designación en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil en la entidad territorial

PROHIBICIONES PARA ACCESO A LA FUNCION PUBLICA-Contradicción con mandato expreso de la Constitución respecto de hipótesis determinada

PROHIBICIONES RELATIVAS A PARIENTES DE DIPUTADO Y CONCEJAL-No intervención en designación como tampoco del nominador

PROHIBICIONES RELATIVAS A PARIENTES DE DIPUTADO Y CONCEJAL-Intervención en designación del nominador

NORMA ACUSADA-Hipótesis diversas de interpretación

PROHIBICIONES RELATIVAS A PARIENTES DE DIPUTADO Y CONCEJAL-Grado de parentesco cuando intervienen en designación o de quienes actúan como nominadores/PROHIBICIONES RELATIVAS A PARIENTES DE GOBERNADOR, ALCALDE Y MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS-Grado de parentesco cuando intervienen en designación o de quienes

actúan como nominadores

Cuando los propios diputados o concejales intervienen en la designación de sus parientes o de las personas que pueden actuar como nominadores de los mismos resulta aplicable el artículo 126 superior, y en consecuencia el grado de parentesco a que hace referencia el segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 no contradice la Constitución. La Corte advierte así mismo que idéntica situación se presenta en relación con el caso de los parientes de los gobernadores y alcaldes, así como de los miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales, bien por que i) dicho grado de parentesco igualmente resulta concordante con el artículo 216 superior ii) bien por que no existe norma expresa que limite la potestad de configuración del Legislador.

SENTENCIA CONDICIONADA-Aplicación

PROHIBICIONES RELATIVAS A PARIENTES DE DIPUTADO Y CONCEJAL-Regla constitucional aplicable sobre el grado de parentesco cuando no actúan como nominadores o no intervienen en designación del nominador/PROHIBICIONES RELATIVAS A PARIENTES DE GOBERNADOR, DIPUTADO, ALCALDE, CONCEJAL Y MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS-Regla constitucional aplicable sobre el grado de parentesco cuando no actúan como nominadores o intervienen en designación del nominador/INHABILIDADES-Ambito territorial

A dicha interpretación por ser contraria a la Constitución debe preferirse la interpretación que sí respeta el artículo 292-2 superior, a saber, que en el caso de los parientes de los diputados y concejales, cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, se aplicará en cuanto al grado de parentesco la regla prevista en el segundo inciso del artículo 292 de la Constitución, a saber que “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.” (subraya la Corte). Mientras que i) cuando dichos diputados o concejales actúan como nominadores o han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, o ii) cuando se trata de los parientes de gobernadores y alcaldes, o iii) cuando se trata de los parientes de los miembros de las juntas administradoras locales municipales o distritales, el grado de parentesco a tomar en cuenta es el previsto en el referido inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003, a saber el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil. Cabe hacer énfasis así mismo en que en cualquier caso la inhabilidad se aplica es dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de junta administradora local, municipal o distrital.

Referencia: expediente D-4832

Actor: Fidernando Antury Nuñez

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Fidernando Antury Nuñez presentó demanda contra las expresiones “cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad”, contenidas en el segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1º de la Ley 821 de 2003 “por la cual se modifica el artículo 49 de la Ley 617 de 2000.”

Mediante auto del 4 de septiembre de 2003, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda y dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República así como al Ministro del Interior y de Justicia, a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

Así mismo ordenó invitar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia con el mismo fin.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No.45.244 del 10 de julio de 2003. Se subraya lo demandado.

(julio 10)

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

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, 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.

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.

(...)

I. LA DEMANDA

El demandante afirma que las expresiones “cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad” contenidas en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1º de la Ley 821 de 2003 vulneran el artículo 292 constitucional.

Para el actor la expresiones acusadas desconocieron en efecto el mandato constitucional expreso establecido en el artículo 292 superior, que señala que “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.” (subrayas fuera de texto)

Explica que las inhabilidades previstas en el inciso 2º del artículo 292 superior se predicen entonces únicamente de las personas que se encuentran en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil o son cónyuges o compañeros permanentes de las personas que en dicho artículo se mencionan, de forma tal que: “...si ese es el alcance de la Constitución Política, norma de normas, no puede entonces la Ley 821/03 en el artículo 1º, determinar inhabilidades diferentes...”.

Precisa que: “Sólo un acto legislativo con trámite en dos periodos ordinarios, consecutivos, aprobado en el primero de ellos por mayoría de los asistentes y en el segundo por la mayoría de los miembros de cada Cámara, podrá reformar legislativamente la Constitución Política y no una ley ordinaria como ha sucedido con la Ley 821 de 2003 en su artículo 1° que reformó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000...”.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministerio referido a través de apoderada judicial, interviene en el presente proceso para solicitar que se declare la constitucionalidad del aparte acusado del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003, a partir de las consideraciones que enseguida se sintetizan.

Recuerda que la Corte Constitucional mediante sentencia C-952 de 2001 se pronunció en relación con la naturaleza del régimen de inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos y en sentencia C-329 de 1995 se refirió a la autonomía del legislador para establecer dicho régimen. Al respecto cita apartes de esas sentencias.

Afirma que: “...El texto legal del cual hace parte la disposición demandada, encuentra su fundamento en los artículos 287 de la Constitución Política, relativa a la autonomía de las entidades territoriales, y 293, que ordena que la ley determine las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales...”. Al respecto cita un aparte de la sentencia C-126 de 1993.

Considera que si bien las expresiones acusadas aluden al cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, pese a que el artículo 292 constitucional se refiere a los parientes en el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, ello no comporta la vulneración de la Constitución por que “(l)o que no podría hacer la ley es flexibilizar un régimen de inhabilidades y prohibiciones señalado directamente por precepto superior, es decir, una inhabilidad o prohibición legal no puede ser menos rigurosa que una inhabilidad o prohibición constitucional sobre la misma materia, y en este caso no es menos severa”.

Hace énfasis finalmente en que el Legislador goza por mandato constitucional de “plena libertad, independencia y autonomía para determinar los parámetros, criterios y reglas a seguir en relación con la definición de algunas materias que le corresponde reglamentar, como es el caso del régimen especial de prohibiciones para la elección y el ejercicio de la función de los representantes legales de entidades territoriales y miembros de corporaciones públicas”. Al respecto invoca como sustento de sus afirmaciones las sentencias C-1258 de 2001, C-194, C-231, C-329 y C-373 de 1995 y C-209 de 2000.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Procurador General de la Nación, allegó el concepto número 3401, recibido el 28 de octubre de 2003, en el que solicita a la Corte declarar la inexecutable del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley

821 de 2003, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Afirma que: "...el aparte acusado del inciso 2°, artículo 1° de la Ley 821 de 2003 es abiertamente inconstitucional, por sobrepasar el marco fijado expresamente por la Constitución Política, en relación con las prohibiciones para ocupar cargos en la correspondiente entidad territorial por parte de los parientes de diputados y concejales...".

Aduce que de la lectura del artículo 292 constitucional se llega a la inequívoca conclusión de que el Constituyente expresamente reguló el límite de la inhabilidad en materia de parentesco en relación con los diputados y concejales para desempeñar cargos en la correspondiente entidad territorial, cuando señaló expresamente que éstas corresponden al segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, por la que el Legislador no podía ampliarla, pues en ese evento su potestad de configuración estaba limitada por la misma Constitución.

Considera que: "...Es claro que la Ley 821 de 2003 es una Ley de carácter ordinario, que tal y como lo indica el artículo 4° constitucional debe ser acorde con los postulados del Estatuto Superior y, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. En ese orden de ideas, el legislador al expedir la Ley 821 de 2003 debió respetar los límites impuestos por la Constitución en su artículo 292, por ser ésta la norma matriz...". Al respecto cita la sentencia C-952 de 2001.

Concluye entonces que en este caso el Legislador al extender las prohibiciones para ocupar cargos en la correspondiente entidad territorial por parte de los parientes de diputados y concejales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, excedió los parámetros impuestos por la Constitución y por tanto debe declararse la inexecutable del inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la norma acusada hace parte de una Ley de la República.

2. La materia sujeta a examen

Para el actor las expresiones "cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad", contenidas en el segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por la Ley 821 de 2003 en cuanto determinan que los parientes de los diputados y concejales dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil no puedan ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, vulneran el artículo 292 de la Constitución que expresamente establece una regla diferente, a saber, que "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.” (subraya la Corte).

Para la interviniente en representación del Ministerio del Interior y de Justicia dichas expresiones no vulneran la Constitución dado que el Legislador tiene en esta materia una amplia potestad de configuración y en cuanto no establezca una regla menos estricta que la que señala la Constitución, bien puede fijar inhabilidades diferentes a las señaladas en el artículo 292 superior.

El señor Procurador General de la Nación por su parte solicita la declaratoria de inexecutable del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003, por cuanto considera que en este caso el Legislador contravino un mandato expreso de la Constitución. Recuerda que de acuerdo con el artículo 4° superior en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Así las cosas corresponde a la Corte establecer si el Legislador vulneró o no el artículo 292 superior al establecer en el segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 que: “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”, (subraya la Corte) a pesar de que el artículo 292 señala para el caso de los parientes de los diputados y concejales que dicha prohibición para ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial se establece es respecto de quienes se encuentren en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

3. Consideraciones preliminares

Previamente la Corte considera necesario hacer algunas precisiones relativas a i) la necesidad de efectuar la unidad normativa con el resto del inciso para completar la proposición jurídica demandada ii) la potestad de Configuración del Legislador en materia de inhabilidades e incompatibilidades en el ejercicio de funciones públicas y los límites fijados por la Constitución iii) el alcance del artículo 292 de la Constitución, iv) el contenido y alcance de la disposición en la que se contienen las expresiones acusadas, y v) las diversas hipótesis que se desprenden de la interpretación concordada del segundo inciso del artículo 49 de la ley 617 de 2000 -tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003-, tanto con el artículo 126, como con el artículo 292 constitucionales, que resultan pertinentes para el análisis de los cargos planteados en la demanda.

Debe recordarse que, conforme a reiterada jurisprudencia¹, de manera excepcional la Corte procede a integrar la unidad normativa entre las disposiciones acusadas y otros textos que no han sido demandados pero en relación con los cuales existe una unidad inescindible, cuando resulta materialmente imposible pronunciarse sobre la executable o

inexequibilidad de las expresiones acusadas sin analizar globalmente los elementos esenciales del conjunto normativo del cual ellas forman parte².

En el presente caso, resulta evidente que para comprender integralmente el sentido de las expresiones demandadas del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 es necesario acudir a la parte no demandada del mismo inciso.

Así mismo debe tenerse en cuenta que en caso de ser declaradas inexequibles las expresiones acusadas el texto restante quedaría incompleto, sin sentido. En efecto el inciso en esas circunstancias quedaría con el siguiente texto:

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 (...) o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Así las cosas la Corte integrará la unidad normativa con el conjunto del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 y procederá a examinar el cargo formulado en relación con él.

3.2 La potestad de Configuración del Legislador en materia de inhabilidades e incompatibilidades en el ejercicio de funciones públicas y los límites fijados por la Constitución

El artículo 123 de la Carta Política señala que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento; así mismo, el artículo 150-23 ibídem establece que el legislador expedirá las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

De conformidad con las normas citadas, compete al 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 e incompatibilidades a que ellas están sujetas.

El Constituyente quiso sujetar dichos servidores a estrictas reglas de conducta que garanticen la moralidad pública y el ejercicio de las funciones a ellos atribuidas orientado siempre a la defensa del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado (Arts. 122, 124 a 129 C.P.).

Al respecto, recuérdese que conforme al artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras finalidades, “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” y cómo al tenor del artículo 209 constitucional son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los “(...) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”.

La necesidad de poner en práctica la aplicación de estos principios superiores significa que,

como lo ha precisado en repetidas ocasiones la Corporación, quienes acceden al desempeño de funciones públicas deben someterse al cumplimiento de ciertas reglas y exigencias, acordes con los supremos intereses que les corresponde gestionar en beneficio del interés común y de la prosperidad colectiva³, sin que con ello pueda entenderse que se desconoce el derecho a participar en los asuntos públicos a que alude el artículo 40-7 superior.

Ha dicho la Corte:

“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 (CP, 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 limitaciones⁴ en aras de la defensa y garantía del interés general, como sucede para efectos del señalamiento de las condiciones de ingreso al ejercicio de un cargo o función públicos.”

Es así como la Constitución Política y la ley se han encargado de fijar un régimen de inhabilidades e incompatibilidades⁵, a través del cual se persigue impedir o limitar el ejercicio de la función pública a los ciudadanos que no observen las condiciones que han sido estatuidas para asegurar la idoneidad y probidad de quien aspira a ingresar o está desempeñando un cargo público.

Al respecto la Corte ha señalado que el Legislador goza de un amplio margen de configuración en materia de establecimiento de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de funciones públicas, que debe respetar, sin embargo, los límites que en este campo impone la Carta Política⁶, bien por que ella haya fijado de manera explícita determinados parámetros⁷, bien porque la actuación del Legislador deba subordinarse a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos y en particular los determinados en los artículos 13, 25, 26 y 40-7 superiores⁸.

La Corte ha precisado que el alcance concreto de la potestad de configuración del legislador, en éste, como en los demás casos, dependerá de la precisión con la que la Constitución haya regulado la institución jurídica de que se trate y que en este sentido la posibilidad que en cualquier circunstancia tiene el Legislador para desarrollar la Constitución dependerá en su alcance del margen que haya dejado la Constitución.

Sobre el particular en la sentencia C-064 de 2003 donde se analizó el alcance del inciso final del artículo 122 superior para resolver sobre la constitucionalidad del párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, dijo la Corte lo siguiente:

“(L)a ciencia constitucional entiende y acepta como uno de sus principios más elaborados que sea el legislador el encargado de desarrollar y concretizar los textos constitucionales.

Principio que encuentra pleno respaldo en la Constitución al habilitar al órgano legislativo para cumplir esa importante misión. Labor que debe cumplir con total obediencia de los límites establecidos por el mismo Estatuto Supremo, precisamente para que no desborde sus contenidos y termine por desnaturalizar la norma de normas.

Para dicho desarrollo no se requiere que la norma constitucional disponga de forma individual que autoriza al Congreso, debido a que de manera general el Constituyente lo faculta para ello (C.P., arts. 114 y 150), por tanto, el Legislador con ese cometido está cumpliendo claras atribuciones constitucionales, con total apego al principio del estado de derecho, según el cual toda autoridad del Estado no puede cumplir funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley (C.P. art., 121).

El ejercicio de esta potestad dependerá, en menor o mayor medida, del grado de precisión con el que el constituyente regula una institución jurídica, y del propio desarrollo constitucional de la misma. Así, podría decirse que la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. A mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad Superior, menor espacio de acción para la ley. A su vez, el grado de la libertad de configuración, determina la intensidad del control constitucional. Así lo ha establecido este Tribunal Constitucional, en Sentencia C-404 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, veamos:

(....)

“El legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (art. 4º C.P.). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador, según la cual corresponde al Congreso adoptar libremente, dentro de los marcos de la Constitución, diferentes políticas y definiciones legislativas que expresen la visión de las distintas mayorías que se expresan democráticamente en esa instancia. Por ello esa Corporación ha señalado que “es propio de una constitución democrática y pluralista como la Colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación.” 10

“Este margen de acción o libertad de configuración política, admite una gradación que depende a su vez del grado de precisión con el que el constituyente perfila una institución jurídica, y del propio desarrollo constitucional de la misma. Así, podría decirse que la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. A mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad Superior, menor espacio de acción para la ley. A su vez, el grado de la libertad de configuración, determina la intensidad del control constitucional:

“... Esta libertad de configuración del Legislador, así como la propia naturaleza de ciertos conceptos constitucionales, permiten precisar los alcances del control constitucional de las definiciones legislativas de las categorías constitucionales. En efecto, el control material de la

Corte de estas definiciones legislativas busca preservar al mismo tiempo la supremacía de la Carta y la libertad política del Legislador. Por ello, el control constitucional en este campo es ante todo un control de límites, pues no puede la Corte aceptar definiciones legales que contraríen la estructura constitucional o vulneren principios y derechos reconocidos por la Carta. Pero tampoco puede la Corte interpretar la Constitución de manera tal que desconozca el pluralismo político y la alternancia de diferentes políticas, pues la Carta es un marco de coincidencias básico, dentro del cual coexisten visiones políticas diversas.

“Ese control de límites varía su intensidad dependiendo de la propia complejidad y desarrollo de la construcción constitucional de un determinado concepto o institución. Así, si la determinación de los elementos estructurales de un concepto es más o menos completa, esto hace más estricto el control constitucional del acto normativo que desarrolla el mencionado concepto pues, en tales casos, el Constituyente ha limitado el ámbito de acción del legislador. Por el contrario, si la protección constitucional solamente se predica de ciertos elementos, los cuales no delimitan perfectamente la figura jurídica del caso, el Congreso tiene una amplia libertad para optar por las diversas alternativas legítimas del concepto, obviamente respetando el marco constitucional fijado. En efecto, en función del pluralismo político, la soberanía popular, el principio democrático y la cláusula general de competencia del Congreso (CP arts 1º, 3º, 8º y 150), se entiende que cuando la Constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador. Eso significa que cuando no puede deducirse del texto constitucional una regla clara, en principio debe considerarse válida la regla establecida por el Legislador.”¹¹ (Negrillas fuera de texto)

Conforme a lo visto, en la medida en que la Constitución no concretice todos los elementos de determinada institución jurídica el Legislador queda habilitado para ejercer su potestad de configuración legislativa, pues, al guardar silencio el Constituyente es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador.”¹²

Ahora bien respecto de la fijación de las condiciones positivas o negativas (inhabilidades e incompatibilidades) que regulen el acceso a un determinado cargo o función públicos, la Corte ha precisado que esto “constituye materia de la competencia del legislador de conformidad con los artículos 123 y 150-23, siempre y cuando no exista una determinación constitucional específica sobre el particular.”¹³

Y en el mismo sentido ha precisado que “los únicos límites del Legislador para determinar los regímenes de calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos mencionados, son los parámetros establecidos de manera explícita por la misma Constitución. Por lo demás, el legislador tiene completa libertad para analizar y definir los hechos y las situaciones que constituyen inhabilidad o incompatibilidad para ejercer determinado cargo, así como el tiempo de vigencia de tales causales”¹⁴.

La Corte ha hecho énfasis en que la sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, impide que el Legislador consagre regulaciones que contraríen la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4º)¹⁵. Así mismo ha destacado que cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal

prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia.

Así lo estableció la Corte en la sentencia C-015 de 2004 donde analizó la demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 6° del artículo 21 de la Ley 789 de 2002 que prohíbe a los Directores y subdirectores de las Cajas de Compensación Familiar, ser elegidos en corporaciones y cargos de elección popular, hasta una año después de haber hecho dejación del cargo en la respectiva caja.

Sobre el particular la Corte hizo las siguientes consideraciones que ahora se reiteran:

“Considera el demandante que al cubrir a quienes aspiren a acceder al cargo de Congresista o de Presidente de la República, la inhabilidad establecida en la norma acusada viola lo dispuesto en los artículos 179 y 197 Superiores, que fijan el régimen de inhabilidades aplicables a dichos cargos en forma cerrada, sin admitir una regulación legislativa adicional que establezca nuevas causales de inhabilidad.

Sobre el particular, basta citar pronunciamientos previos de esta misma Corporación en los cuales se reconoció que el Legislador tiene competencia para complementar el régimen constitucional de inhabilidades aplicable a los servidores públicos, siempre que al hacerlo no contrarie 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. Así, por ejemplo, en la sentencia C-952 de 200116, la Corte afirmó que “la fijación de esas condiciones positivas o negativas (inhabilidades e incompatibilidades) que habrán de regir el acceso a un determinado cargo o función públicos, constituye materia de la competencia del legislador de conformidad con los artículos 123 y 150-23, siempre y cuando no exista una determinación constitucional específica sobre el particular. (...) En el mismo sentido, en la sentencia C-540 de 200117 la Corte afirmó: “es importante señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos está previsto en la Constitución y la ley.”; y en la misma oportunidad, precisó que “el legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente”. Finalmente, en la sentencia C-483 de 1998, la Corte expresó que “el Constituyente no ha entrado a definir en el propio texto de la Constitución Política todas las incompatibilidades e inhabilidades aplicables a los distintos cargos públicos. Buena parte de ellas son del exclusivo resorte del legislador, por disposición expresa de la misma Constitución o por cláusula general de competencia”.

(...)

Cabe resaltar, de otra parte, que la Corte ha hecho particular énfasis en que el ejercicio de la potestad de configuración por el Legislador para determinar causales de inhabilidad e incompatibilidad o para regular su alcance cuando a ello está facultado, no puede ser irrazonable ni desproporcionado²⁰:

Al respecto ha dicho la Corte:

“El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al

hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma.”²¹

Y en pronunciamiento posterior, manifestó:

“La doctrina constitucional contenida en múltiples fallos de esta Corporación (sentencias C-537 de 1993; C-320 de 1994; C-373 de 1995; C-367 de 1996, C-509, C-618 de 1997. C- 068 y C-147 de 1998, entre otras), ha señalado que las inhabilidades como excepción y restricción que el Constituyente y el legislador pueden fijar al derecho político que le asiste a toda persona de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, funciones o cargos públicos (artículos 13 y 40 de la Constitución), deben ser razonadas y proporcionales. Razonabilidad y proporcionalidad, que tiene como punto de referencia, la prevalencia de los principios que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución).

Así, ha de entenderse que una causal de inhabilidad está acorde con los postulados de la Constitución, cuando la misma tiene por objeto otorgar la mayor transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia a la función pública. Sólo cuando estos principios resulten satisfechos, será admisible la limitación del derecho de los diversos ciudadanos que, pese a poseer la idoneidad para desempeñar un cargo o función pública determinada, no puedan acceder, en razón a la concurrencia en él de circunstancias que hacen presumir que el desempeño de la función pública correspondiente, podrá objetivamente verse afectada por éstas.

Por tanto, la facultad que se reconoce al órgano legislativo para determinar causales de inhabilidad diversas a las que expresamente ha fijado el Constituyente, han de ser interpretadas en forma restrictiva (sentencias C-320 de 1994 y C-147 de 1998, entre otras), en el sentido de dar prevalencia a los derechos a la igualdad y al acceso a funciones y cargos públicos. No significa lo anterior, el desconocimiento de la facultad discrecional que, en esta materia, se le reconoce al legislador (sentencias C-367 de 1996, C-509 de 1997, entre otras), dado que si bien corresponde a él señalar causales de inhabilidad diversas a las establecidas por el Constituyente, cuando ello se considere conveniente para el desempeño probado de la función pública, esa competencia tiene un límite objetivo: el no desconocimiento de los mencionados derechos.”²²

La Corte ha destacado igualmente que la configuración de las causales de inhabilidad e incompatibilidad por el legislador no debe operar con un criterio unívoco sino que, por el contrario, la misma debe estar precedida de consideraciones particulares atinentes a la naturaleza propia de cada uno de los casos, situaciones o actos que son materia de regulación jurídica. En otras palabras, ha considerado que las prohibiciones deben ser

definidas de conformidad con el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades, pues de esta manera no sólo se respeta la libertad de configuración legislativa -amparada en los principios de razonabilidad y proporcionalidad-, sino además, se garantiza plenamente la ejecución de los fines esenciales del Estado en sus diferentes niveles²³.

De lo anterior puede colegirse que las facultades del Legislador para fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, encuentran límites precisos que tienen tanto que ver con lo que el texto Constitucional haya establecido directamente y el margen que este haya dejado al Legislador en cada caso, como con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad a que se ha hecho referencia.

3.3 El alcance del artículo 292 constitucional

De acuerdo con el primer inciso del artículo 292 constitucional 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.

El segundo inciso de dicho artículo establece por su parte que 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.

Cabe resaltar que en el primer inciso citado, la Constitución deja en manos del Legislador la determinación del grado de parentesco que impide a los parientes de los diputados y concejales formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

Por el contrario en el inciso segundo el Constituyente decidió señalar directamente que 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.

Para la Corte dicho inciso debe necesariamente concordarse con otras disposiciones constitucionales y particularmente con los artículos 123, 126 y 293 superiores, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

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

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

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.

ARTÍCULO 293. Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones.

De dichos textos se desprende claramente que la competencia del Legislador para determinar las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades, y demás disposiciones necesarias para la elección y desempeño de funciones de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, habrá de ejercerse “sin perjuicio de lo establecido en la Constitución” (art. 293 C.P.).

Es decir que necesariamente el Legislador deberá atender el mandato expreso contenido en el artículo 292 superior, como en las demás disposiciones en las que el Constituyente haya decidido fijar directamente la regla a aplicar en esta materia.

Dentro de ellos cabe recordar especialmente el artículo 126 superior que prohíbe a todos los servidores públicos y en consecuencia tanto a los miembros de las corporaciones públicas, como a los funcionarios de las entidades territoriales en todos sus niveles (art. 123 C.P.) nombrar -excepto en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos-, como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quienes estén ligados por matrimonio o unión permanente y a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Sobre este punto es pertinente recordar que como lo precisó la Corte en la Sentencia C-1105 de 2001 las hipótesis que regulan respectivamente los artículos 126 y 292-2 superiores son diferentes, pues mientras que el artículo 126 superior recurre a la forma activa referida a todo servidor público, cuando señala que “los servidores públicos no podrán nombrar”, el inciso segundo del artículo 292 utiliza una forma pasiva que establece que determinadas personas “no podrán ser designados funcionarios” de la correspondiente entidad territorial. Circunstancia que determina que el alcance de las prohibiciones en uno y otro caso no resulte contradictorio sino que deba analizarse de manera concordada y complementaria.

Al respecto dijo la Corte lo siguiente al analizar la constitucionalidad del artículo 49 de la Ley 617 antes de que este fuera modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 frente al cargo por el supuesto desconocimiento del artículo 126 superior:

“23- La expresión impugnada establece que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los “parientes dentro del segundo (2º) grado de consanguinidad, primero (1º) de afinidad o primero (1º) civil” de los Gobernadores, Diputados, Alcaldes municipales y distritales y Concejales municipales y distritales, y miembros de juntas locales municipales y distritales, y de sus cónyuges o compañeros permanentes. El actor considera que esa inhabilidad resta severidad al mandato del artículo 126 superior, según el cual, “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.”

Una primera lectura de la norma constitucional y de la expresión acusada del artículo 49 parece dar razón al demandante y a la Vista Fiscal, pues mientras que el mandato constitucional hace referencia a grados de parentesco de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, la disposición impugnada hace referencia a parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad. La norma legal parece entonces menos severa que la inhabilidad de rango constitucional, y el actor y la Vista Fiscal parecerían tener razón. Sin embargo, un examen más atento muestra que la conclusión del demandante y del Ministerio Público es equivocada, por la sencilla razón de que la norma legal acusada y el mandato constitucional regulan hipótesis distintas. En efecto, la inhabilidad constitucional recae sobre el servidor público, quien no puede nombrar a sus parientes dentro de ciertos grados de consanguinidad o afinidad. Para que esta prohibición opere se requiere entonces que el servidor público sea el nominador y su pariente el nominado, y por ello la norma constitucional utiliza, desde el punto de vista gramatical, la forma verbal activa “los servidores públicos no podrán nombrar...”. En cambio, la inhabilidad de la norma demandada es diferente porque recae sobre los familiares del servidor público, sin que sea necesario que el servidor sea el nominador. Es más, ni siquiera importa quien sea el nominador, y por ello la norma legal utiliza gramaticalmente la forma verbal pasiva: los parientes “no podrán ser designados...”. Para que esta prohibición legal opere basta entonces que una persona sea pariente en los grados de consanguinidad y afinidad previstos de un gobernador, un alcalde, un concejal, un diputado o un miembro de una junta administradora local.

Esta diferencia en la estructura gramatical y normativa entre la norma acusada y el artículo 126 constitucional no es una invención casual del Legislador, pues la propia Carta prevé también regulaciones diversas en materia de inhabilidades. En efecto, mientras que, como ya lo vimos, el artículo 126 superior recurre a la forma activa, pues señala que los “servidores públicos no podrán nombrar”, el inciso segundo del artículo 292 utiliza una forma pasiva muy similar a la empleada por la disposición acusada, pues establece que “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”.

24- Las situaciones reguladas por el artículo 126 de la Carta y el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 son entonces distintas, como lo muestra el siguiente ejemplo: supongamos que un

hermano del alcalde es nombrado empleado del concejo de ese municipio. Aunque se trata de un pariente de segundo grado de consanguinidad del alcalde, sin embargo ese nombramiento no se encuentra prohibido por el artículo 126 de la Constitución, por la sencilla razón de que el alcalde no es el nominador. Sin embargo, conforme al aparte acusado del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, ese nombramiento no es posible, pues no puede ser nombrado funcionario del municipio quien sea pariente, en el segundo grado de consanguinidad, del alcalde.

Este ejemplo muestra entonces que, contrariamente a lo sostenido por el demandante y por la Vista Fiscal, el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 establece inhabilidades que pueden llegar a ser más rigurosas que las previstas por el artículo 126 de la Carta.

25- El anterior examen es suficiente para concluir que el cargo del actor se funda en un supuesto equivocado, pues no es cierto que el aparte acusado haga menos rigurosa la inhabilidad prevista en el artículo 126 de la Carta. La expresión acusada será entonces declarada exequible, pero únicamente por ese cargo.”²⁴ (subraya fuera de texto).

3.4 Contenido y alcance de la disposición en la que se contienen las expresiones acusadas

El artículo 1° de la Ley 821 de 2003 “por la cual se modifica el artículo 49 de la Ley 617 de 2000” fijó nuevas reglas en materia de 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, que modificaron las que establecía originalmente el artículo 49 de la Ley 617 de 2000²⁵.

De acuerdo con dicho artículo 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, 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.

En el segundo inciso de dicha norma, que es donde se contienen las expresiones acusadas por el actor en su demanda, el Legislador estableció que 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. (subraya la Corte).

El tercer inciso señala por su parte que 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.

El párrafo 1º exceptúa de lo previsto en los tres incisos citados, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

El párrafo 2º señala por su parte que las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en los tres incisos citados también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

3.5 Las diversas hipótesis que se desprenden de la interpretación concordada del segundo inciso del artículo 49 de la ley 617 de 2000 -tal como quedó modificado por el artículo 1º de la Ley 821 de 2003-, tanto con el artículo 126, como con el artículo 292-2 de la Constitución.

Cabe precisar que en relación con el segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1º de la Ley 821 de 2003 -inciso en el que se contienen las expresiones acusadas por el actor-, diversas hipótesis deben ser tomadas en cuenta en función de las personas a las que éste puede llegar a aplicarse, así como de las personas que lleguen a intervenir en la designación de las mismas, si se le concuerda con los mandatos superiores contenidos respectivamente en los artículos 126 y 292-2 de la Constitución²⁶.

Así, en primer lugar cabe diferenciar el caso de 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, del de los parientes de las mismas personas.

Respecto de los cónyuges y compañeros permanentes la interpretación concordada de los artículos 126 y 292-2 superiores comporta que tanto si se toma en cuenta quien nombra o designa (artículo 126 C.P.) como a quien se designa (art. 292 C.P.), independientemente de que se trate de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales, los cónyuges y compañeros permanentes de cualquiera de ellos no podrán ser designados servidores del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

i) el caso de los parientes de los diputados y concejales -a que alude expresamente el segundo inciso del artículo 292-, cuando los mismos diputados y concejales actúan como nominadores o cuando han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, caso en el cual la concordancia del artículo 292-2 con el artículo 126 superior impone que en esas circunstancias los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, y primero civil de dichos diputados y concejales, no puedan ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial²⁷.

ii) el caso de los parientes de los diputados y concejales -a que alude expresamente el segundo inciso del artículo 292- cuando los mismos diputados y concejales no actúan como

nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, caso en el cual ninguna concordancia debe hacerse con el artículo 126 y la única regla aplicable es la contenida en el artículo 292 superior, que establece que “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.”

iii) el caso de los parientes de los gobernadores y alcaldes, cuando el nominador es el respectivo gobernador o alcalde o cuando éstos han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, caso en el cual el artículo 126 superior impone que en esas circunstancias los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, y primero civil de dicho gobernador o alcalde, no puedan ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial²⁸.

iv) el caso de los parientes de los gobernadores o alcaldes, cuando dichos gobernadores o alcaldes no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, caso en el cual no existe ninguna disposición constitucional que señale directamente la regla aplicable y corresponde entonces a Legislador en ejercicio de su potestad de configuración determinar el grado de parentesco que impide la designación de los parientes del respectivo gobernador o alcalde. Grado de parentesco que en este caso el Legislador fijó en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

v) el caso de los parientes de los miembros de las juntas administradoras locales municipales y Distritales sea que dichos miembros actúen o no como nominadores o hayan intervenido o no en la designación de quien actúa como nominador caso en el cual no existe ninguna disposición constitucional que señale directamente la regla aplicable²⁹ y corresponde entonces a Legislador en ejercicio de su potestad de configuración determinar el grado de parentesco que impide la designación de los parientes de dichos miembros. Grado de parentesco que en este caso el Legislador fijó en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

4. Análisis del cargo

4.1 El desconocimiento del mandato constitucional expreso contenido en el segundo inciso del artículo 292 superior en relación con los parientes de los diputados y concejales en la hipótesis en que dichos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, caso en el cual ninguna concordancia debe hacerse con el artículo 126 superior y la única regla aplicable es la contenida en el artículo 292 de la Constitución.

De las consideraciones hechas en los apartes preliminares de esta sentencia se desprende que en el presente caso el Legislador al establecer en el segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 la prohibición para que los parientes de los diputados y concejales dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (subraya la Corte) sean designados funcionarios del

respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, contradijo un mandato expreso de la Constitución en un asunto en el que ésta no había dejado ningún margen al Legislador y había decidido regular directamente dicha prohibición cuando señaló que “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.” (subraya la Corte)

Dicha contradicción se presenta concretamente en la hipótesis en que los mismos diputados o concejales no intervienen en la designación de sus parientes o no están llamados a intervenir en la designación de quien actúa como nominador, pues en esas circunstancias la regla aplicable es exclusivamente la que ordena el segundo inciso del artículo 292 superior a que acaba de hacerse referencia y que alude es al segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad.

Cosa diferente sucede cuando dichos diputados y concejales si actúan como nominadores o intervienen en la designación de quien actúa como nominador de sus parientes, hipótesis en la que la regla contenida en el artículo 292-2 superior debe concordarse con el artículo 126 de la Constitución que efectivamente alude, pero en esas circunstancias, al cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Téngase en cuenta que como se precisó en los apartes preliminares de esta sentencia el Legislador no puede contradecir lo dicho por la Constitución en aquellos casos en los que ésta ha establecido directamente la regla a aplicar en materia de prohibiciones³⁰ y en consecuencia corresponde a la Corte asegurar el respeto del mandato superior que ha sido desconocido.

4.2 La declaración que debe proferir la Corte en el presente caso

4.2.1 Ahora bien, la Corte llama la atención sobre el hecho que cuando los propios diputados o concejales intervienen en la designación de sus parientes o de las personas que pueden actuar como nominadores de los mismos resulta aplicable el artículo 126 superior, y en consecuencia el grado de parentesco a que hace referencia el segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 no contradice la Constitución.

La Corte advierte así mismo que idéntica situación se presenta en relación con el caso de los parientes de los gobernadores y alcaldes, así como de los miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales, bien por que i) dicho grado de parentesco igualmente resulta concordante con el artículo 216 superior ii) bien por que no existe norma expresa que limite la potestad de configuración del Legislador.

En ese orden de ideas no resulta posible proceder a la declaratoria de inexecutable del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 como lo solicita el señor Procurador, ni de las expresiones “cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad” acusadas por el actor, pues dicha declaratoria de inexecutable dejaría por fuera del ordenamiento jurídico disposiciones que en determinadas hipótesis y en relación con determinadas personas en él invocadas, en

nada contradicen la Constitución frente al cargo planteado.

4.2.2 La Corte constata que lo que procede en el presente caso, como lo ha hecho en circunstancias similares³¹, es dictar una sentencia condicionada que asegure el respeto de la Constitución, dando la norma una interpretación que se ajuste a sus mandatos.

En efecto, si se entendiera que lo que la norma señala es que en el caso de los parientes de los diputados y concejales -independientemente de que en su designación intervengan o no dichos diputados y concejales, bien sea directamente como nominadores o bien en la designación de quien actúa como nominador -, no podrán ser designados aquellos que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad y primero civil, se estará contradiciendo el mandato expreso del segundo inciso del artículo 292 superior.

A dicha interpretación por ser contraria a la Constitución debe preferirse la interpretación que sí respeta el artículo 292-2 superior, a saber, que en el caso de los parientes de los diputados y concejales, cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, se aplicará en cuanto al grado de parentesco la regla prevista en el segundo inciso del artículo 292 de la Constitución, a saber que “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.” (subraya la Corte). Mientras que i) cuando dichos diputados o concejales actúan como nominadores o han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, o ii) cuando se trata de los parientes de gobernadores y alcaldes, o iii) cuando se trata de los parientes de los miembros de las juntas administradoras locales municipales o distritales, el grado de parentesco a tomar en cuenta es el previsto en el referido inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003, a saber el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.

Cabe hacer énfasis así mismo en que en cualquier caso la inhabilidad se aplica es dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de junta administradora local, municipal o distrital.

4.2.3 Podría pensarse que con esta solución se establece una situación discriminatoria para los parientes de los gobernadores y alcaldes y para los parientes de los miembros de juntas administradoras locales, por cuanto la regla aplicable en su caso resulta menos favorable que la de los parientes de diputados y concejales.

Empero la Corte constata que en relación con los parientes de los alcaldes y gobernadores la prohibición así establecida no solamente resulta claramente concordante con el artículo 126 superior -lo que hace que las situaciones en uno y otro caso no puedan compararse-, sino que en cuanto dichos gobernadores y alcaldes son los nominadores de la respectiva administración es claramente razonable que la inhabilidad sea más estricta en su caso.

En cuanto a los miembros de las juntas administradoras locales municipales y distritales debe tenerse en cuenta que i) en este caso no existe ninguna disposición constitucional

que regule de manera directa el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de sus miembros y de sus parientes, al tiempo que los artículos 293, 318 y 322 asignan a la ley de manera general la regulación del régimen aplicable a dichas juntas administradoras locales.

ii) que en función de asegurar la plena vigencia de los principios de moralidad e imparcialidad en la administración local, -tomando en cuenta particularmente la función atribuida a dichas juntas administradoras de distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal-, bien puede el Legislador, sin desbordar los límites de su potestad de configuración establecer reglas estrictas que aseguran el pleno respeto de los referidos principios y iii) que la prohibición alude al respectivo distrito o municipio por lo que no puede considerarse que la norma esté estableciendo una prohibición desproporcionada o irrazonable que vulnere los derechos fundamentales de las personas a las que ella se aplica.

4.2.4 Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003, en los términos establecidos en el punto 4.2.2 de esta sentencia y así se señalará en la parte resolutive.

VII. DECISION

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

R E S U E L V E:

Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por la Ley 821 de 2003, en el entendido que respecto de diputados y concejales, cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, se aplicará la regla prevista en el segundo inciso del artículo 292 de la Constitución y que la inhabilidad a que dicho inciso se refiere se aplica dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de junta administradora local, municipal o distrital.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

Salvamento de voto a la Sentencia C-311/04

NORMA ACUSADA-Naturaleza/NORMA JURIDICA-Estructura de una prohibición (Salvamento de voto)

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Carácter fundamental (Salvamento de voto)

DERECHO A LA IGUALDAD-Consagración (Salvamento de voto)

IGUALDAD ANTE LA LEY-Formas de desconocimiento/DERECHO A LA IGUALDAD-Prohibición de discriminación por razón del origen familiar/PROHIBICIONES RELATIVAS A PARIENTES DE GOBERNADOR, DIPUTADO, ALCALDE, CONCEJAL Y MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS-Discriminación por razón del origen familiar/PROHIBICIONES PARA ACCESO A LA FUNCION PUBLICA-Extensión de grados de parentesco más allá de lo que quiso el Constituyente (Salvamento de voto)

La igualdad ante la ley se puede romper de dos maneras: a) dándole algo a alguien que no le damos a los demás y b) no dándole algo a alguien, que le damos a los demás; en el primer caso concedemos un privilegio; en el segundo caso discriminamos. El propio artículo 13 de la Constitución prohíbe las discriminaciones por razón del origen familiar y la norma demandada viola este artículo por cuanto consagra una discriminación por la única razón del origen familiar y condena a unos ciudadanos inocentes, a la muerte civil por la única razón, de que son familiares de otra persona; decimos ciudadanos inocentes por que la prohibición no tiene como causa su propia conducta. No se refiere a causas imputables a esas personas

(haber cometido un delito, haber sido un funcionario deshonesto, mal empleado o estar él en una posición de privilegio respecto de otros competidores por la representación política). El inciso segundo de la Ley 821 de 2003, extiende los grados de parentesco más allá de lo que quiso el constituyente y lo que es más grave la aplica a otros funcionarios distintos de los diputados y concejales (gobernadores, alcaldes), violando el derecho de acceso a la función pública (art. 40), igualdad (art. 13 y 40 C:P) y el derecho a no ser discriminado por razón del origen familiar.

PROHIBICIONES PARA ACCESO A LA FUNCION PUBLICA-Normas genéricas y especiales son de interpretación restrictiva (Salvamento de voto)

Las normas genéricas se encuentran en el artículo 126 de la Constitución y una de las normas especiales se encuentra en el artículo 292 de nuestra Constitución. Tanto las normas generales como las especiales, al constituir una excepción a la regla general del acceso a la función pública, son de interpretación restrictiva; de modo que el Legislador no puede crear prohibiciones adicionales a las establecidas por el constituyente; pues fue el propio constituyente quien estableció el derecho a la igualdad, el derecho de acceso a la función pública y la prohibición de discriminación por el origen familiar.

Ref.: Expediente D-4832

Magistrada Ponente:

ALVARO TAFUR GALVIS

El suscrito magistrado se aparta de la decisión mayoritaria de la Corte Constitucional; Respetuosa pero objetivamente, expongo los motivos de mi discrepancia.

1. Naturaleza de la norma. La norma a la luz de la teoría de la norma jurídica tiene la estructura de una prohibición (ni faculta ni permite), que viola varios artículos de la Constitución Política, dentro de esos los artículos 13, 40 , 126 y 292.

El artículo 40 de la Constitución establece el derecho de todo ciudadano de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. El derecho de acceso a los cargos públicos es entonces un derecho fundamental y como tal deben disfrutarlo todas las personas. Este derecho, no se puede entender sino como una reacción de los revolucionarios burgueses, contra el orden de cosas feudal donde ciertos cargos estaban reservados a los miembros de una cierta clase social (la nobleza o el clero) y de los cuales se excluía al resto de la población. Este derecho no es más que una manifestación completa del principio general de igualdad; en este caso de la igualdad de acceso a la función pública.

La norma genérica de igualdad, se encuentra consagrada en el artículo 13 de la Constitución, que establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.

La igualdad ante la ley se puede romper de dos maneras: a) dándole algo a alguien que no le damos a los demás y b) no dándole algo a alguien, que le damos a los demás; en el primer caso concedemos un privilegio; en el segundo caso discriminamos. El propio artículo 13 de la

Constitución prohíbe las discriminaciones por razón del origen familiar y la norma demandada viola este artículo por cuanto consagra una discriminación por la única razón del origen familiar y condena a unos ciudadanos inocentes, a la muerte civil por la única razón, de que son familiares de otra persona; decimos ciudadanos inocentes por que la prohibición no tiene como causa su propia conducta. No se refiere a causas imputables a esas personas (haber cometido un delito, haber sido un funcionario deshonesto, mal empleado o estar él en una posición de privilegio respecto de otros competidores por la representación política).

Esto (el ser sancionado por hechos que no son atribuidos a esos ciudadanos) es lo que hace distinto este caso a otros casos, en los cuales la Corte ha encontrado ajustados a la Constitución, prohibiciones a los funcionarios corruptos o deshonestos, etc.; la prohibición se justificaba porque quien había dado causa a ella era la propia persona a quien ahora se prohibía acceder a la función pública. En el caso de la norma demandada la situación es diametralmente opuesta, ya que una persona correcta sin ninguna tacha jurídica ni moral incluso un excelente funcionario, puede ser privado de su derecho de acceso a la función pública y colocado en posición de desigualdad, discriminado por su origen familiar.

1. En materia de prohibiciones para acceder a la función pública el constituyente estableció normas genéricas y normas especiales. Las normas genéricas se encuentran en el artículo 126 de la Constitución y una de las normas especiales se encuentra en el artículo 292 de nuestra Constitución. Tanto las normas generales como las especiales, al constituir una excepción a la regla general del acceso a la función pública, son de interpretación restrictiva; de modo que el Legislador no puede crear prohibiciones adicionales a las establecidas por el constituyente; pues fue el propio constituyente quien estableció el derecho a la igualdad, el derecho de acceso a la función pública y la prohibición de discriminación por el origen familiar.

El artículo 126 de la Constitución Política, prohíbe nombrar a los parientes dentro de unos grados de parentesco o a los familiares de quienes han intervenido en la designación, de quien ahora va a nombrar. Esta es una norma sabia, pero que no puede ser interpretada extensivamente para aplicarla a otros grados de parentesco u a otras hipótesis normativas distintas a las contempladas por el constituyente, igual reflexión es válida en relación con el artículo 292 de la Constitución, norma que tampoco puede ser interpretada extensivamente.

En relación con el artículo 292 de la Constitución hay que hacer dos precisiones: La primera en relación con el inciso primero para señalar que esta norma permite al legislador extender los grados de parentesco, pero únicamente para prohibir a los diputados y concejales, y a sus parientes formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas; de tal manera que la prohibición no se aplicaría ni a otras juntas directivas ni a otras entidades que no sean descentralizadas. En relación con el inciso segundo hay que precisar que la prohibición sólo se refiere a diputados y concejales y a sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, de modo que esta norma sólo es aplicable a parientes de diputados y concejales y no es aplicable a los parientes de otras autoridades.

Igualmente sólo es aplicable hasta esos grados y no puede el Legislador extenderlo a otros grados, ni aplicar la norma a los parientes de quienes no son diputados ni concejales.

El inciso segundo de la Ley 821 de 2003, extiende los grados de parentesco más allá de lo que quiso el constituyente y lo que es más grave la aplica a otros funcionarios distintos de los diputados y concejales (gobernadores, alcaldes), violando el derecho de acceso a la función pública (art. 40), igualdad (art. 13 y 40 C.P.) y el derecho a no ser discriminado por razón del origen familiar.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-311/04

REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DEL SERVIDOR PUBLICO-Cambio de criterio frente al tema de la definición (Aclaración de voto)

REF: Expediente D-4832. Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 1° de la Ley 821 de 2003.

Magistrado Ponente:

ALVARO TAFUR GALVIS

1. Con el acostumbrado respeto, me permito expresar las razones que me llevaron a aclarar el voto en el proceso de la referencia.

2. Tal y como lo puse de presente en el curso del debate, comparto la decisión mayoritaria de declarar la exequibilidad condicionada del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, por el cual se consagra una prohibición para que los parientes de los diputados y concejales dentro del cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad, no sean designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio o de sus entidades descentralizadas. Asimismo, coincido plenamente con el criterio de interpretación constitucional y jurisprudencial que apoyó tal determinación, conforme al cual el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración política para ampliar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de todos los servidores públicos.

3. En realidad, el motivo de la presente aclaración tiene que ver con el cambio de criterio de la Sala Plena frente al tema de la definición del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos. Hasta el momento en que se dictó la Sentencia C-015 de 2004, la Corte venía acogiendo en forma unívoca la posición jurisprudencial que ahora sirve de fundamento a la presente decisión; es decir, la de que, conforme a una interpretación sistemática de los artículos 123, 124 y 261 Superiores, la Constitución no es la única llamada a determinar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los aspirantes a cargos públicos, ya que también el Congreso ha sido facultado por ese mismo

ordenamiento para extender dicho régimen, siempre que lo haga dentro de los límites que fija la propia Carta Política. Esta línea de interpretación fue expuesta por la Corte, entre otras, en las Sentencias: C-349 de 1994, C-497 de 1994, C-247 de 1995, C-617 de 1997, C-483 de 1998, C-985 de 1999, C-540 de 2001 y C-952 de 2001.

4. Sin embargo, en la citada Sentencia C-015 de 2004, esta Corporación optó por variar el anterior precedente, al afirmar que el Estatuto Superior consagra un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño de los cargos públicos, concretamente, para los cargos de Presidente y Congresista, que impide al legislador ampliarlo por vía de ley. Ese giro sorpresivo e inconsulto en la hermenéutica constitucional, me llevó a separarme de la decisión mayoritaria y a formular el respectivo salvamento de voto, en el sentido de señalar que esta última ratio interpretaba equivocadamente no solo las disposiciones constitucionales que regulan la materia, sino también la posición consolidada de la Corte que, como se dijo, reconoce al legislador plena competencia para adicionar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto por la Constitución para los servidores públicos en general, y para los cargos de Presidente y Congresista en particular. En algunos de los apartes del citado salvamento, se dijo sobre el punto:

“Dentro del análisis de constitucionalidad, consideró la mayoría de la Sala que en lo referente a los cargos de Presidente de la República y Congresista, es la propia Constitución Política la que describe las causales de inhabilidad e incompatibilidad, por lo que se trata de un sistema cerrado que en ningún caso puede ser ampliado por el legislador. Bajo ese entendido, concluyó que la inhabilidad prevista en la norma acusada era exequible siempre y cuando se entendiera: (i) que no era aplicable a quienes aspiraran al cargo de Presidente de la República, por no estar prevista directamente en el artículo 197 de la Carta, y (ii) que era aplicable a los aspirantes a Congreso, pero sólo dentro de los seis meses siguientes a la dejación del cargo, conforme lo prevé el artículo 179 numeral 3°.

4. A mi juicio, independientemente al hecho de que la aludida inhabilidad este prevista expresamente en la Constitución para el caso de los Congresistas, la norma que la contiene ha debido declararse exequible pura y simplemente, ya que, de conformidad con la propia Constitución Política y la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el legislador sí tiene competencia para regular y ampliar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de todos los servidores públicos sin excepción, particularmente, el previsto por la Carta a título meramente enunciativo para quienes aspiren a ser Presidente de la República o Congresistas.

5. En relación con lo primero, una interpretación sistemática y armónica de los artículos 123, 124 y 261 de la Constitución Política, permiten arribar a esa conclusión: la de que el constituyente del 91 no agotó el registro de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a ciertos cargos públicos, en especial a los de Presidente de la República y Congresistas, delegando en el legislador la implementación de nuevas causales.

En efecto, los artículos 123 y 124 constitucional, integrados al Capítulo de la Función Pública, son claros en señalar que los servidores públicos, categoría de la cual hacen parte los Congresistas y el Presidente de la República, “ejercerán sus funciones en la forma prevista

por la Constitución, la ley y el reglamento”, y que “[es] la ley [la que] determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”. Como complemento de lo anterior, al referirse a las faltas absolutas y temporales de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, el artículo 261 de la Carta -adicionado por el Acto Legislativo 03 de 1993- deja en claro la facultad de configuración política del legislador en la implementación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de dichos servidores, al consagrar en su parágrafo 1° que: “Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”

5. Ahora, a través de la decisión adoptada en el presente proceso, la Sala Plena retoma el precedente jurisprudencial sobre la materia, recogido íntegramente en el salvamento de voto a la Sentencia C-015 de 2004. En ese sentido, aun cuando celebro el que la Corte haya convalidado la posición del salvamento, no dejo de calificar como inconvenientes aquellas decisiones aisladas que se adoptan en contra vía de la hermenéutica constitucional, en este caso, de la relativa al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

Fecha ut supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

1 Ver, entre otras las C-221/97 y C-320/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Al respecto ha dicho la Corte : “Ahora bien, en determinados casos, la Corte debe estudiar una proposición normativa que fue acusada por un ciudadano, pero frente a la cual resulta materialmente imposible pronunciarse sobre su exequibilidad o inexecutable sin analizar globalmente los elementos esenciales del conjunto normativo del cual ella forma parte. En estos eventos, y con el fin de evitar un pronunciamiento inhibitorio, es válido que la Corte proceda a integrar la unidad normativa, siempre y cuando ello sea estrictamente necesario para examinar en debida forma las acusaciones formuladas en la demanda.

Algunos podrían objetar que esta posibilidad desborda la competencia de la Corte ya que, si es necesario establecer una unidad normativa para poder estudiar los cargos, es porque la demanda es inepta, pues el actor no habría acusado una proposición jurídica autónoma. Sin embargo, la Corte considera que este argumento no es de recibo, porque confunde dos fenómenos jurídicos diversos. Así, la proposición jurídica incompleta opera en aquellos casos excepcionales en que el actor no acusa una norma autónoma, por lo cual ésta no puede ser estudiada, por carecer de sentido propio². En cambio, en otros eventos, la demanda no es inepta, por cuanto el demandante verdaderamente impugna un contenido normativo inteligible y separable. Lo que sucede es que el estudio de ese contenido presupone el análisis de un conjunto normativo más amplio, por lo cual se hace necesaria la integración de una proposición jurídica mayor. 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.

Con todo, se podría objetar también que mediante estas integraciones normativas, la Corte se convierte en una instancia de revisión oficiosa de toda la legislación, cuando la Constitución le atribuye otra función más específica: pronunciarse sobre las demandas ciudadanas. Según este razonamiento, una norma siempre hace parte de un conjunto normativo mayor, el cual a su vez hace parte de otros conjuntos mayores, que se interrelacionan entre sí hasta abarcar la totalidad del ordenamiento. Entonces, conforme a este argumento, un sola demanda obligaría a la Corte a estudiar todas las regulaciones legales, lo cual no es admisible, pues desvirtúa la función del control constitucional. Esta objeción es en parte válida, por lo cual la Corte entra a precisar el alcance excepcional de la unidad normativa en estos casos. Así, ésta procede cuando la proposición jurídica acusada, si bien tiene un contenido propio, se encuentra tan íntimamente ligada con otros contenidos jurídicos, que resulta imposible estudiar su constitucionalidad sin analizar las otras disposiciones. En los otros casos, esto es, cuando la relación entre las proposiciones jurídicas no es tan estrecha, la unidad normativa no procede, salvo si la regulación de la cual forma parte la disposición acusada aparece prima facie de una constitucionalidad discutible. En efecto, si esa regulación mayor es constitucionalmente sospechosa, ineludiblemente debe la Corte examinarla, pues no podría declarar constitucional un aspecto de una determinada institución, si ésta última puede ser globalmente inexecutable.

La unidad normativa no opera entonces exclusivamente en los fallos de inexecutableidad, lo cual explica que esta Corporación, en varias decisiones, haya extendido los efectos de una decisión de constitucionalidad a contenidos normativos que no habían sido formalmente demandados por el actor, pero cuyo examen era indispensable para poder pronunciarse de fondo sobre las disposiciones acusadas. Así, frente a una acusación parcial del artículo 45 del Código de Procedimiento Penal, la Corte concluyó que “aunque es sólo una expresión la acusada de inconstitucional, dado que ella sólo es inteligible dentro del precepto íntegro de que forma parte, y en vista de que las consideraciones que atrás quedan consignadas se refieren a la norma en su integridad, sobre ésta versará el pronunciamiento de executableidad.”² Igualmente, frente a una demanda parcial del artículo 495 del estatuto procesal civil, la Corte concluyó que era necesario analizar la totalidad de la disposición, pues no sólo “el aparte demandado constituye una unidad jurídica o un todo inescindible en relación con el texto integral de dicha norma” sino que, además, “de declararse la inexecutableidad del referido segmento normativo la norma quedaría incompleta, sin sentido, porque básicamente éste es parte importante y esencial de la regulación que el legislador quiso hacer”².

5- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la unidad normativa es excepcional, y sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente

que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores. Igualmente es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad.” Sentencia C-320/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Ver Sentencia C-209/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

4 Vid. Sentencias C-558 de 1994 y C-509 del mismo año.

“...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad.

Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos.” (Sentencia C-564/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

6 Ver en este sentido, entre otras las sentencias C-200/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-247/01 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-952/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-1212/01 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño

7 Ver entre otras las Sentencias C-1412 /00 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez y C-200/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

8Ver entre otras las Sentencias C-952/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-1212/01 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-064/03 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-625/03 M.P. Marco Gerrardo Monroy Cabra, y C-015/04 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

9Corte Constitucional. Sentencia C-531/93. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 Corte Constitucional Sentencia C- 081 de 1996. M.P : Alejandro Martínez Caballero

11 Ibídem

12 Sentencia C-064/03 M.P. Jaime Araujo Rentería A.V. Jaime Córdoba Triviño. S.V. Álvaro Tafur Galvis.

13 Sentencia C-952/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis

14 Sentencia C-1412 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

15 En la Sentencia C-540/01 la Corte señaló al respecto, por ejemplo, lo siguiente. “De acuerdo con el principio de la supremacía de la Constitución, la ley no está facultada para dejar sin efecto práctico un principio constitucional. 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.”Sentencia C-540/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

16 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

17 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

18 Sentencia C-540 de 2001. Si bien en esta sentencia la atención de la Corte se centró sobre una norma que consagraba una incompatibilidad, la doctrina constitucional que se ha transcrito es igualmente aplicable al régimen de inhabilidades, expresamente mencionado en el aparte citado.

19 Sentencia C-015 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. S.P.V. de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil

20 Vid. Sentencias C-194 de 1995 y C-617 y C-618 de 1997.

21 Sent. C-617/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

22 Sentencia C-1372/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

23 Cfr., entre otras, la Sentencia C-483/98, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido Ver la Sentencia C- 209/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa .

24 Sentencia C-1105/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett.

25 El texto del artículo era el siguiente:

Artículo 49. Prohibiciones relativas a 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 gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales no podrán nombrar, ser miembros de juntas o concejos (sic) directivos de entidades de sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio ni miembro 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.. (La Corte en la Sentencia C-1258 de 2001 declaró exequibles Las expresiones subrayadas, excepto la expresión “nombrar” cuya exequibilidad se condiciona en el entendido que gobernadores y alcaldes distritales y municipales sí pueden nombrar a los representantes de los departamentos, distritos y municipios “en juntas o concejos directivos de las entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito 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 segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas. (subrayas fuera de texto)

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 miembros de juntas o consejos directivos de entidades de los sectores central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento, distrito o municipio; ni contratistas de ninguna de las entidades mencionadas en este inciso directa o indirectamente.

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

Parágrafo 2°. 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 personal a través de contratos de prestación de servicios”.

26 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.

ARTÍCULO 292.— 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.

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.

27 Con excepción de los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos (art. 126 C.P.)

28 Con excepción de los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos (art. 126 C.P.)

29 En cuanto a los parientes de los miembros de las juntas administradoras locales no existe ninguna disposición constitucional que regule de manera directa el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de dichos miembros y de sus parientes, al tiempo que los artículos 293,

318 y 322 remiten a la ley de manera general la regulación del régimen aplicable a dichas juntas administradoras locales.

Dichos artículos señalan:

ARTÍCULO 293.— Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones.

ARTÍCULO 318.— Con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los concejos podrán dividir sus municipios en comunas cuando se trate de áreas urbanas, y en corregimientos en el caso de las zonas rurales.

En cada una de las comunas o corregimientos habrá una junta administradora local de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley*, que tendrá las siguientes funciones:

1. Participar en la elaboración de los planes y programas municipales de desarrollo económico y social y de obras públicas.
2. Vigilar y controlar la prestación de los servicios municipales en su comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos.
3. Formular propuestas de inversión ante las autoridades nacionales, departamentales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión.
4. Distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal.
5. Ejercer las funciones que les deleguen el concejo y otras autoridades locales. Las asambleas departamentales podrán organizar juntas administradoras para el cumplimiento de las funciones que les señale el acto de su creación en el territorio que este mismo determine.

ARTÍCULO 322.— Bogotá, Capital de la República y del Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital. (Reformado. Acto Legislativo No. 01 de 2000. ART. 1º).

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.

30 Ver entre otras las sentencias C-1412 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez., C-404 de 2001 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-540/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-952/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-015 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. S.P.V. de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.

31 Ver particularmente la Sentencia C-015 de 2004 donde la Corte en atención a que la inhabilidad establecida por la norma acusada en ese proceso coincidía, para estos efectos, con la que dispuso expresamente el Constituyente en el artículo 179-3 Superior, con una diferencia, a saber: el término de duración que fijó el Legislador, que supera en seis meses el que estableció el Constituyente y dado que, no puede el Legislador modificar los límites expresamente fijados en la Carta Política en materia de inhabilidades para ser congresista, habrá de declararse la constitucionalidad condicionada de la norma bajo revisión en lo que atañe a los directores y subdirectores de Cajas de Compensación Familiar que, siendo representantes legales, aspiren a ocupar el cargo de Congresista, en el sentido de que el término que en ella se establece durará seis (6) meses, y no un (1) año. “Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el Parágrafo 6 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002, en el entendido de que la inhabilidad que en ella se establece (i) no se aplica a quienes aspiren al cargo de Presidente de la República, (ii) se aplica para quienes aspiren al cargo de Congresista por el término de seis (6) meses, y (iii) se aplica cuando el ámbito de actuación del Director o Subdirector tenga lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección” Sentencia C-015 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa