D-11830
ok.

Bogotá, octubre de 2016

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

REF: **Demanda de inconstitucionalidad** contra apartes del inciso tercero del artículo 1 de la ley 1148 de 2007 modificada por el artículo 1 de la ley 1296 de 2009.

Yo, **Fanny del Pilar Sánchez Delgado**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.953.814 de Cali, actuando en mi calidad de ciudadana colombiana y en ejercicio del derecho consagrado en los artículos 40 y 241 de la Carta Política, y en el Decreto 2067 de 1991, mediante este escrito presento **demanda de inconstitucionalidad** contra las siguientes expresiones consagradas en el inciso tercero del artículo 1 de la ley 1148 de 2007 modificada por la ley 1296 de 2009: *"(...) y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente."*, en cuanto dichas normas violan los artículos 13, 40, 93, 126, 152 literal a y 292 inciso final de la Carta Política, así como el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" ratificado por Colombia el 31 de julio de 1973, que hace parte del bloque de constitucionalidad.

1. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La Corte Constitucional es competente para decidir, de conformidad con el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 2° numeral 5 del Decreto con fuerza de Ley 2067 de 1991, por cuanto la acción se dirige contra apartes de leyes, en este caso, la ley 1148 de 2007 modificada por la ley 1296 de 2009.

2. SEÑALAMIENTO DE LAS NORMAS ACUSADAS COMO INCONSTITUCIONALES.

2.1. **Se demandan apartes del artículo 1 de la ley 1148 de 2007 modificada por la ley 1296 de 2009 que se transcriben, subrayan y resaltan a continuación.**

LEY 1148 DE 2007
(julio 10)
Diario Oficial No. 46.685 de 10 de julio de 2007
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

www.legismovil.com 001

Por medio de la cual se modifican las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. <Ver modificaciones directamente en el artículo 49> El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedará así:

Artículo 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales 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, 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 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 sus **parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad** o primero civil, no podrán **ser contratistas** del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

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

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

PARÁGRAFO 3o. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

www.legismovil.com 002

www.legismovil.com 003

LEY 1296 DE 2009

(abril 29)

Diario Oficial No. 47.335 de 29 de abril de 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se modifica el artículo 1o de la Ley 1148 de 2007.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. El inciso 3o del artículo 1o de la Ley 1148 de 2007, modificatorio del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, quedará así:

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

ARTÍCULO 2o. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

3. NORMAS SUPERIORES INFRINGIDAS Y RAZONES DE LA VIOLACIÓN

3.1 Disposiciones infringidas:

Artículos 13[1], 40[2], 93[3], 126[4], 152[5] y 292[6] de la Constitución Política y 23[7] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa

---

[1] **ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

[2] **ARTICULO 40.** Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

[3] **ARTICULO 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

[4] **ARTICULO 126.** <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con

Rica" ratificado por Colombia el 31 de julio de 1973, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad.

3.2. Razones de la violación:

3.2.1. Violación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" ratificado por Colombia el 31 de julio de 1973, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Los apartes demandados del artículo 1 de la ley 1148 de 2007 modificada por la ley 1296 de 2009 violan abiertamente el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por Colombia el 31 de julio de 1973 y que hace parte del bloque de constitucionalidad, en razón a que el legislador, en la ley que demando, estableció restricciones a los derechos políticos fundamentales de ciudadanos colombianos por fuera de las posibilidades que establece el mencionado artículo 23 de la Convención para limitar este tipo de derechos. Dice el referido artículo:

> **Artículo 23. Derechos Políticos**
>
> 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
>
> a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
>
> b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
>
> c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones

---

personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.
Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.
Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera...

[5] ARTICULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:
a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;...

[6] ARTICULO 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.

[7] Artículo 23. Derechos Políticos
1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

www.legismovil.com 004

www.legismovil.com 005

públicas de su país.

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

Así las cosas, se entiende que ejercen funciones públicas los que se señalan a la luz del inciso segundo del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011:

"...Artículo 44. Sujetos disciplinables. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

...Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos..." (Subrayado fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, el estatuto contractual define el contrato de prestación de servicios como un instrumento para desarrollar actividades relacionadas con la función administrativa o con actividades propias de los organos del Estado, tal y como se logra evidenciar de la lectura del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

"(...) Artículo 32. Contrato de prestación de servicios

(...)3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados (...)". (subrayado fuera de texto)

Además, es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

Además, de la lectura del numeral segundo del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se puede observar que las únicas razones válidas que puede usar el legislador para limitar los derechos políticos son *"EXCLUSIVAMENTE por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en*

proceso penal." En los partes de la ley que demando se le restringen los derechos políticos, por fuera de las razones del artículo 23 citado, a los parientes de gobernadores, alcaldes, diputados y concejales hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil al no permitirles tener acceso a las funciones públicas territoriales, por ejemplo, a través de un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión que usan todas las entidades públicas locales, regionales y nacionales por la ostensible falta de servidores públicos de planta para el cumplimiento de las tantas funciones públicas que no pueden dejar de cumplir por falta de personal, so pena de no poder emprender acciones para el cumplimiento de los fines esenciales del estado consagrados en nuestra Constitución y a los que tantas veces se ha referido la Corte Constitucional.

Para reforzar la importancia de la garantía de los derechos políticos y de su excepcionalísima restricción que consagra el artículo 23 de la Convención para los países que la ratificaron como Colombia, vale la pena remitirse a las discusiones que se generaron en el año 1969 en distintas sesiones alrededor del mencionado artículo y la posición de nuestro País, así:

> *"Los Estados signatarios de la Convención expresaron su preocupación por evitar la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, e, inicialmente, propusieron una lista exhaustiva de "requisitos razonables"*
>
> *El artículo 21 sobre los derechos políticos (que terminaría siendo aprobado como artículo 23) del Anteproyecto de Convención, presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 1968, establecía:*
>
> > *Artículo 21*
> > *1. Todos los ciudadanos gozarán, con las excepciones que establezcan sus leyes nacionales, las que no pueden comprender ninguna de las distinciones mencionadas en el Artículo 22 de la presente Convención, de los siguientes derechos y oportunidades:*
> > *a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
> > *b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;*
> > *c) De acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.*
>
> *Luego de que se produjeran observaciones por escrito a cargo de Uruguay, Chile, Argentina y República Dominicana que no versaron sobre el artículo 21, Estados Unidos propuso que este artículo sea modificado de la siguiente manera:*
>
> > *Artículo 21. Libertad de Participar en el Gobierno*

www.legismovil.com 006

1. Todos los ciudadanos de un Estado Parte gozarán de los siguientes derechos y oportunidades: (a) - (c) (sin cambios)
2. (nuevo) Para promover el ejercicio informado y efectivo de estos derechos, los Estados Partes podrían establecer por ley requisitos razonables, como los concernientes a la edad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil y mental.
3. (nuevo) Al dar cumplimiento a las disposiciones de este artículo, cada Estado Parte procurará hacer posible la participación del ciudadano en todos los niveles del gobierno, inclusive el local.

Estados Unidos explicó por escrito que su enmienda trataba de evitar que los Estados utilizasen el término "excepciones" para arrogarse la "libertad ilimitada para restringir la participación en el gobierno", y propuso que cualquier excepción que se establezca sea más limitada y específica.

Estados Unidos justificó por escrito su propuesta:

El reconocimiento que se hace en el párrafo principal de las "excepciones que establezcan sus leyes nacionales" es muy amplia [sic]; ello permitiría libertad ilimitada para restringir la participación en el gobierno con la única condición de que no infrinjan el principio de no discriminación. Al propio tiempo, esta cláusula de salvedad no reconoce los requisitos normales del sufragio, como la edad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil y mental. Por tanto, proponemos que las excepciones sean más limitadas y específicas. A la vez, no debería mencionarse el principio de no discriminación, puesto que su repetición en cualquier artículo específico tiende a debilitar la aplicación de tal principio en otros artículos donde no se menciona. Párrafo 3 (nuevo): Se propone un nuevo párrafo 3 en un empeño de reconocer que la libertad de participar en el gobierno debe incluir no sólo la libertad de participar en las elecciones nacionales, sino también la libertad de participar en las unidades locales del gobierno que soporta gran parte de la responsabilidad diaria de la práctica de los derechos humanos.

Durante la duodécima sesión, llevada a cabo el 15 de noviembre de 1969, el delegado de Estados Unidos ratificó su crítica al artículo propuesto en el anteproyecto, con el argumento de que la "excepción era extremadamente amplia y que la cláusula no era suficiente protección contra su mala aplicación". Según las actas de la sesión, en versión resumida, al menos Colombia, Uruguay y Chile apoyaron expresamente la moción de la delegación estadounidense. Estados Unidos, luego, sugirió exitosamente la creación de un grupo de trabajo para discutir y dar una nueva redacción a los artículos 21 y 22.39

El lunes 17 de noviembre de 1969, durante la decimotercera sesión, el grupo de trabajo integrado por los delegados de Estados Unidos, Colombia, El Salvador y Uruguay propuso la inclusión del término "exclusivamente", seguido de una lista exhaustiva (numerus clausus) de condiciones habilitantes sujetas a regulación legítima, en el artículo 21:40

www.legismovil.com 007

www.legismovil.com 008

Reiniciada la sesión, se sometió a consideración el artículo 21 redactado por el Grupo de Trabajo: "1. Todos los ciudadanos de un Estado Parte gozarán de los siguientes derechos y oportunidades:
a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal o igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país; y,
d) De pertenecer libremente a partidos políticos, cuyo funcionamiento la ley debe proteger.
2. La ley podrá reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refieren los incisos a) y b) del párrafo anterior exclusivamente por razones de edad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil y mental según el caso."[8] *(Cursivas fuera del texto)*

Es claro entonces que la ley que demando va en contravía del tantas veces mencionado artículo 23 de la Convención y el legislador no está autorizado para violar, vía expedición de leyes, los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Además, que la Corte Constitucional le permita al congreso que lo haga y que lo siga haciendo no sólo es autorizar que viole normas superiores y que desconozca los tratados internacionales ratificados por Colombia, sino que pone en grave riesgo la democracia[9] que es uno de los pilares fundamentales del Estado Colombiano según el Constituyente del 91, ya que para defenderla se hace necesario garantizar al máximo y con poquísimas restricciones los derechos humanos en general y los derechos políticos en particular.

Ahora bien, vale la pena mencionar la importancia del bloque de Constitucionalidad al que tantas veces se ha referido la Corte Constitucional y que

---

[8] Tomado del escrito de amicus curiae presentado por: Human Rights Foundation ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso No. 12.668 Leopoldo López Mendoza contra la República Bolivariana de Venezuela.

[9] DICCIONARIO ELECTORAL. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, segunda edición, 2000 y versión electrónica. "Las constituciones, no sólo son instrumentos de asignación de competencias para los detentadores del poder, sino son la expresión de la concesión de un poder limitado a los gobernantes. Limitado por esa dignidad y esos derechos que no pueden desconocer y contra los cuales no pueden atentar.
(...)
La voluntad del gobernante absoluto, no es entonces reemplazada por la voluntad de un gobernante elegido por una mayoría que también puede actuar con criterio absolutista, sino que es referida al respeto a esos derechos fundamentales de la persona. Esos derechos son el límite y su remoción no depende del Estado, el que siempre debe de atender con respeto esas capacidades del ser humano.
La democracia es incompatible con el gobierno absoluto, cualquiera sea su titular.
La democracia moderna no sólo es, entonces, el gobierno del pueblo expresado a través de la mayoría de entre los iguales, sino que es el gobierno del pueblo, asumida como sociedad de personas humanas con derechos básicos inalienables, expresado por una mayoría de entre los iguales y con el límite fijado por el respeto a esos derechos. En el gobierno democrático, el pueblo en general, la sociedad que vive en ese territorio, tanto la mayoría como la minoría, deben de mantener como consecuencia de su aplicación, esa condición que no es posible alterar con normas que conviertan en inferiores a un grupo y en superiores a los demás..." (subrayado fuera del texto)

www.legismovil.com 009

se ha convertido "*en una herramienta mediante la cual el juez constitucional ha articulado nuestra Carta de Derechos Fundamentales con el derecho internacional de los derechos humanos y con el derecho internacional humanitario, y por esa vía nuestro ordenamiento jurídico se incardina en la garantía de aquellos "conceptos jurídicos fundamentales", propios de la globalización, y cuyo objetivo último es el respeto por la dignidad humana.*"[10]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos a la que nos hemos estado refiriendo, hace parte de ese bloque de constitucionalidad[11] ya que según el artículo 93 de la Constitución Colombiana, todos los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno. La Corte Constitucional al referirse al mencionado artículo 93, ha dicho que para que un tratado sobre derechos humanos haga parte del bloque i) debe reconocer un derecho humano y ii) dicho derecho no debe ser susceptible de limitación en los estados de excepción.

Los derechos consagrados en el artículo 23 de la Convención hacen parte de los mencionados derechos humanos y, además, no pueden limitarse, ni siquiera, en los estados de excepción, entre otras razones porque la ley 16 de 1972, mediante la cual Colombia ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27 numeral segundo establece que los derechos políticos consagrados en ese artículo 23 no pueden ser restringidos ni siquiera en un estado de excepción. Esta razón le da más relevancia a los argumentos expuestos en este punto de esta demanda.

No hay duda de que la Convención Americana de Derechos Humanos hace parte del bloque de constitucionalidad y que por lo tanto debe ser respetada estrictamente no sólo por el legislador sino también por la Corte Constitucional en su labor de garantizar la supremacía constitucional, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones.

3.2.2. Violación del artículo 13 de la Constitución política de Colombia. Igualdad entre el inciso 3 y el parágrafo tercero del artículo 1 de la ley 1148 de 2007 modificada por la ley 1296 de 2009.

El parágrafo 3[12] del artículo 1 de la ley 1148 de 2007 modificada por la ley 1296 de 2009 establece un trato discriminatorio que viola el artículo 13[13] constitucional ya

---

[10] **VARGAS HERNANDEZ**, Clara Inés. Efectos de la incorporación de normas internacionales en el bloque de constitucionalidad. Ponencia presentada en el Tercer Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, abril 20, 21 y 22 de 2005.

[11] Véase, entre otras, las sentencias de l a Corte Constitucional C- 774 de 2001, C- 802 de 2002, T- 786 de 2003 y C-028 de 2006.

[12] Parágrafo 3. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

www.legismovil.com 010

que consagra una prohibición para los parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría menos estricta que la que la misma ley establece para los parientes de concejales de los municipios de las otras categorías. Mientras para los municipios más pequeños la prohibición solamente va hasta el segundo grado de consanguinidad en los más grandes llega hasta el cuarto grado de consanguinidad. Ello quiere decir, por ejemplo, que un pariente en el tercer grado de consanguinidad de un concejal de un municipio de cuarta categoría puede celebrar un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión en el respectivo municipio, pero en un municipio de primera categoría o categoría especial un pariente de un concejal en tercer grado de consanguinidad no puede celebrar contrato con el respectivo municipio.

No existe razón alguna para hacer esta diferenciación que resulta violatoria de la Constitución. Si lo que se pretende con esta prohibición es garantizar la moralidad pública, la transparencia, etc. –como siempre dice el Congreso- las restricciones deben ser las mismas en cualquier municipio de Colombia. Las leyes 617 de 2000 y 821 de 2003 no consagraban esa distinción que surge a partir del año 2007 con la ley 1148. Una vez más el legislador "juega" con los derechos políticos fundamentales de parientes de Gobernadores, Alcaldes, Diputados y Concejales, sin demostrar la proporcionalidad y razonabilidad de las restricciones que plantea frente al fin perseguido; sin hacer un análisis juicioso de los perjuicios que dichas restricciones le causarán a ciudadanos; lo peor, sin que haya un estudio técnico, científico que demuestre que esas limitaciones tan severas mejoran la moralidad pública o la transparencia o el país en general. Las razones de estas restricciones parecen ser más motivadas por intereses electorales y politiqueros que por otras razones, y los derechos fundamentales no pueden estar al vaivén de dichos intereses. Por eso considero que la carga de demostrar la proporcionalidad y razonabilidad de ley restrictiva de derechos debe ser del congreso para después ser confrontado por la Corte Constitucional y no del ciudadano.

Sabe la Corte que uno de los aspectos más importantes para la Constituyente de 1991 fue darle toda la relevancia y protección a los derechos fundamentales, como para que el legislador los restrinja sin ninguna consideración y, más grave aún, a través de leyes ordinarias.

Además, de la lectura del artículo 13 Constitucional se puede concluir que no le es dable al legislador hacer restricciones de esta índole, por cuanto todas las personas deben recibir el mismo trato de las autoridades y deben gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional *o familiar*, lengua, religión, opinión política o filosófica, postulados superiores que claramente está vulnerando la Ley 1148 de 2007 modificada por la Ley 1296 de 2009.

3.2.3. Violación del artículo 40 de la Constitución política de Colombia.

---

[13] Dice el artículo 13 constitucional: *"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica..."*

La ley demanda viola el artículo 40 numeral 7[14] de la constitución política colombiana por las mismas razones expuestas anteriormente en el numeral 3.2.1. de esta demanda titulado *"Violación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" ratificado por Colombia el 31 de julio de 1973, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad."* En razón a que las prohibiciones consagradas en la norma demandada restringe indebida, irrazonble y desproporcionadamente el acceso a funciones públicas de parientes de gobernadores, diputados, alcalde y concejales municipios de categoría especial, primera, segunda y tercera.

3.2.4. Violación de los artículos 126 y 292 de la constitución política de Colombia.

3.2.4.1. Razón 1. Régimen de prohibiciones o inhabilidades cerrado para los parientes de los concejales y diputados, porque ya fue tratado por la constitución igual que en el caso de los congresistas y del Presidente de la República.

La Constitución Colombiana en sus artículos 126 y 292 se ocupó de las prohibiciones para los parientes de los servidores públicos en general y de los diputados y concejales en particular y no autorizó al legislador, ni expresa ni tácitamente, para mermar o ampliar dichas prohibiciones. Sin embargo el artículo 1 de la ley 1148 de 2007 modificada por la ley 1296 de 2009 amplió dichas prohibiciones sin autorización constitucional. Si el constituyente ya se ocupó del tema específicamente no le es dable al legislador inmiscuirse en el asunto. Si bien es cierto que los artículos 293, 299, 303, 312 constitucionales facultan al legislador para establecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los ciudadanos que aspiren a ser elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, también es cierto que no se logra evidenciar en nuestra Constitución la facultad otorgada al legislador para ampliar las inhabilidades o prohibiciones para los parientes de gobernadores, diputados, alcaldes y concejales. Lo anterior tiene toda la lógica, porque una cosa son las personas que quieren ocupar un cargo de elección popular o las que efectivamente lo están ocupando, y otra muy distinta son sus familiares quienes tienen también derechos fundamentales que no deben ni merecen ser restringidos por las decisiones que tomen sus parientes sobre las cuales, en la mayoría de los casos, no tienen ninguna injerencia.

Estas razones que expongo, la Corte las ha expuesto de la misma manera respecto al régimen de inhabilidades del Presidente de la República y de los congresistas estableciendo que el constituyente lo cerró al consagrarlo en la propia constitución y al no permitirle expresamente al legislador que lo amplié.

Con esa misma lógica y coherencia se debe proceder en esta demanda. A propósito de lo mencionado la Corte ha dicho al respecto, entre otras veces, lo siguiente:

---

[14] *7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos...*

www.legismovil.com 011

www.legismovil.com 012

"No obstante, la regla general de competencia legislativa para fijar el régimen de inhabilidades de los distintos cargos públicos encuentra una excepción en lo tocante a los cargos de Congresista o Presidente de la República, puesto que tal y como ha reconocido en anteriores oportunidades esta Corporación, los artículos pertinentes de la Constitución establecen un sistema cerrado y no facultan expresamente al Legislador para agregar nuevas inhabilidades a la enumeración efectuada por el Constituyente (artículos 179[11] y 197, C.P.). Por eso, la jurisprudencia de la Corte ha concluido que "el legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40); 2ª) La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4°); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia." (Énfasis fuera del texto)[12]. En igual sentido, en la sentencia C-209 de 2000 se afirmó: "Cabe destacar que en materia de inhabilidades e incompatibilidades, la propia Carta Política se ha encargado de señalar las que le son aplicables a los congresistas (arts. 179, 180 y 181) y algunas que se predican de la generalidad de los servidores públicos (C.P. arts. 127 y 128)."

3.2.4.2. El caso del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión.

No resulta razonable ni proporcional que mientras en el artículo 292 Constitucional, la restricción para nombrar funcionarios o parientes de gobernadores, diputados, alcaldes y concejales cuando estos no intervengan en su designación sea hasta el segundo grado de consanguinidad y, por ejemplo, en el caso de la vinculación de una persona por contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión la prohibición sea hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Ello quiere decir, en la práctica, que un pariente de un concejal en tercer grado de consanguinidad puede ser secretario de educación o salud o de gobierno del respectivo municipio con todo el poder y autoridad que puede llegar a tener un secretario de despacho, pero ese mismo pariente en tercer grado de consanguinidad no puede vincularse al respectivo municipio a través de un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión en el que no tiene ni el poder, ni la autoridad , ni la responsabilidad de un secretario de despacho. Del anterior ejemplo resulta clara la desproporcionalidad e irracionabilidad de la prohibición consagrada en la ley demandada. Ahora bien, el ejemplo expuesto aquí se refiere a los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión y no a otro tipo de contratos establecidos en las normas de contratación y me refiero a ese tipo de contratos porque es justamente en ellos donde se presenta la desproporcionalidad y la irracionabilidad porque la ley permitió este tipo de

www.legismovil.com 013

contratos para que, por ausencia de personal de planta, las entidades del estado puedan contratar personas que le ayuden al cumplimiento de sus fines.

Si este tipo de contratos no se permitiera muchas entidades del estado no podrían cumplir a cabalidad los fines a los que están obligados por la constitución y las leyes, porque desafortunadamente no tienen todo el personal de planta para ello. Por esta razón, si una persona se vincula a una entidad pública a través de un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión no lo hace para enriquecerse, ni para vender un bien, ni para hacer una obra pública, lo hace para tener un ingreso y apoyar el cumplimiento de la función administrativa que es una actividad permanente del Estado, con la que se busca la satisfacción del interés general. Además un contratista de este tipo ejerce, en la mayoría de los casos, funciones casi iguales a las de los funcionarios de planta de la entidad, pero con condiciones prestacionales y de estabilidad laboral diferentes a aquellos.

En este sentido, el fin de la contratación pública en el Estado social de derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando este asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares grupo individual de personas, que corresponde concretar al legislador.[15]

Además, la el Consejo de Estado a través de la Sal de Consulta y Servicio Civil emitió el concepto rad. Numero: 11001-03-06-000-2005-01693-00(1693), que define lo siguiente:

> *"(...) **1. Elementos del contrato.** El estatuto general de contratación regula en el artículo 32, numeral 3° el contrato de prestación de servicios y determina sus elementos esenciales, en particular su objeto o contenido prestacional y contiene disposiciones especiales para su celebración con personas naturales. Dispone la norma en cita:*
>
> *"Artículo 32. (...) 3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades **relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.**"*

---

[15] *Fin de la contratación pública. Sentencia C-713, oct 7/2009, M.P María Victoria Calle*

Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable." (Destaca la Sala)

La jurisprudencia ha precisado así sus características:

"a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. (....)

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. (....)

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente."

El contrato de prestación de servicios tiene por finalidad realizar actividades relacionadas con la administración de la entidad o el cumplimiento de sus funciones; su carácter es temporal; el contratista goza de autonomía e independencia para la ejecución de las prestaciones y puede celebrarse tanto con personas jurídicas como naturales, en este último caso, siempre y cuando las actividades contratadas no pueden cumplirse con personal de planta o cuando las labores requeridas exigen conocimientos especializados de los que no disponen los servidores de la entidad (...)"

www.legismovil.com 014

www.legismovil.com 015

Es por esto que el contrato de prestación de servicios en la administración pública, es ante todo un instrumento de gestión para vincular de manera temporal a personas naturales al servicio del Estado para el cumplimiento de determinados cometidos o para convenir con personas juridicas unas obligaciones especificas de hacer, encaminadas siempre a satisfacer necesidades de interés general.

Así las cosas, la verdadera razón de la utilización del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en la administración pública, es evitar que en situaciones especiales no se paralice la administración y se ponga en riesgo el interés general, bien por la carencia de personal suficiente o por la exigencia de conocimientos especiales que el personal de planta no está en condiciones de satisfacer.

Al respecto reitero, que los contratos de prestacion de servicios, corresponden a todos aquellos cuyo objeto este determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades en lo relacionado con la gestión administrativa o fincionamiento que ellas requieran, bien sea acompañandolas, apoyandolas o soportandolas al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento en pro de mejorar la calidad del servicio.

No hay razón entonces para que exista una prohibición menos estricta cuando se trata de funcionarios, por ejemplo, de libre nombramiento y remoción de una entidad y mucho más estricta cuando se trata de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión.

Es por ello, que se vulnera el principio de igualdad porque mientras la Carta superior impone una inhabilidad más laxa para determinar 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, la Ley 1148 de 2007 modificada por la Ley 1296 de 2009 impone una carga mucho más estricta pues ésta define que los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad; segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Lo anterior nos lleva a concluir que el legislador bien puede establecer inhabilidades siempre y cuando la medida adoptada se adecue a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y con ellas no se restrinjan ilegítimamente los derechos fundamentales de quienes aspiran a acceder a la función pública y, además, lo haga a través de ley estatutaria.

3.2.5. **Interpretación de acuerdo con el Principio pro hómine**.

www.legismovil.com 016

Le solicito a la Corte que el análisis de constitucionalidad que debe hacer sobre la norma que demando lo haga aplicando el principio pro hómine al que varias veces se ha referido, en el sentido de darle el alcance a la norma que demando más protector de los derechos fundamentales políticos de las personas. Es decir, que prefiera la interpretación más garantista de los derechos humanos de las normas superiores que hemos expuesto para declarar inexequibles los apartes de las normas demandas o declarar su constitucionalidad condicionada conforme a los argumentos expuestos.

La Corte Constitucional se ha referido al principio *pro hómine*, por ejemplo, en las sentencias C-551 de 2003, C-817 y C-1056 de 2004, C-148 de 2005 y C-187 y T-284 de 2006 y C-438 de 2013, entre otras.

En la sentencia T-284 de 2006 dijo lo siguiente:

> *"De otra parte es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos conocida también como* ***principio pro hómine, que*** *tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana*[16] *como de la Corte Constitucional han aplicado en repetidas ocasiones."*[17]

En la sentencia C-551/2003 abordó el principio *pro hómine* de la siguiente manera:

> *"Y como, en virtud del principio Pacta Sunt Servanda, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia. Ver Sentencia C-400 de 1998, fundamentos 40 y 48, y Sentencia C-358 de 1997, Fundamento 15.5. Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor*

---

[16] *Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio pro hómine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 46.*

[17] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 284 – 06, abril 5 de 2006. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona."[18]

En la sentencia C-438 de 2013 se refirió al tema así:

"El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2°), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia "principio de interpretación pro hómine" o "pro persona". A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: "El principio de interpretación <pro hómine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional". Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1° y 2° de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio pro persona, impone que "sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental".[19]

La doctrina también se ha referido a este principio, por ejemplo Mónica Pinto dice que el principio *pro hómine "es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el*

[18] **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia T – 551 – 03, julio 9 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
[19] **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-438 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

www.legismovil.com 017

*rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, **estar siempre** a favor del hombre."*[20]

El derecho internacional defiende este principio[21]; por ejemplo ha dicho que: *"El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna **disposición de** la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a **alguno de los** Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de **los derechos** y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor **medida que** la prevista en **ella.**"*[22]

Es clara entonces la importancia de este principio y la necesidad de aplicarlo en este caso concreto. Con mayor razón si tenemos en cuenta el acuerdo de paz que se viene con la guerrilla de las FARC en el que a personas que han cometido un sin número de delitos, se les aplicarán normas mucho menos estrictas a las vigentes con las cuales sus condenas serían ostensiblemente más gravosas. No resulta entonces justo, proporcional, ni conveniente ser laxos con personas que han cometido graves crímenes y muy restrictivo con los derechos fundamentales de parientes de gobernadores, diputados, alcaldes y concejales de municipios de categoría especial, primero, segunda y tercera.

3.2.6. Violación del artículo 152 de la Constitución. Las leyes que consagran inhabilidades, que limitan derechos fundamentales deben hacerse por ley estatutaria.

Las inhabilidades y las prohibiciones como las que se demandan, claramente son restricciones a los derechos políticos fundamentales de los ciudadanos, derechos que no sólo están en nuestra Constitución sino también en tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad como la Convención Americana de Derechos Humanos a la que nos hemos referido ampliamente. Pero además, estos derechos no pueden limitarse ni siquiera en los estados de excepción, lo que quiere decir que su protección es tan amplia que cuando el legislador quiera EXCEPCIONALMENTE

---

[20] AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco. El principio Pro Hómine: interpretación extensiva vs. consentimiento del Estado. En Revista Colombiana de Derecho Internacional, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2005. Pág. 351.

[21] *"El principio pro hómine cama recurso interpretativa del Pacto y de la Convención, ha sido invocado por diferentes vías, por parte del Camité del Pocto (a través de sus Observaciones generales) y del CrIDH (en ejercicio de sus funciones consultivas, cantenciosas y pravisianales), así: por uno parte ha sido llomada coma principia general de derecho; por otra, se ha vinculada a las normas interpretativas que las mismos tratadas de derechos humanas cantienen, y: por última, se ha incluido a través de la interpretación de `buena fe`, según el objeta y fin del tratado, el cual encontramos, principalmente, en los preámbulos de los instrumentos internacianales de derechas humanas presentados. De esta manera cualquiera de estas argumentacianes puede ser empleada par el intérprete con la finalidad de materializar la regla pro hómine en un casa particular."* AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco. El principio Pro Hómine: interpretación extensiva vs. consentimiento del estado. En Revista Colombiana de Derecho Internacional, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2005.Págs. 374-375.

[22] AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco. El principio Pro Hómine: interpretación extensiva Vs. Consentimiento del estado. En Revista Colombiana de Derecho Internacional, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2005. Pág. 355.

www.legismovil.com 018

www.legismovil.com 019

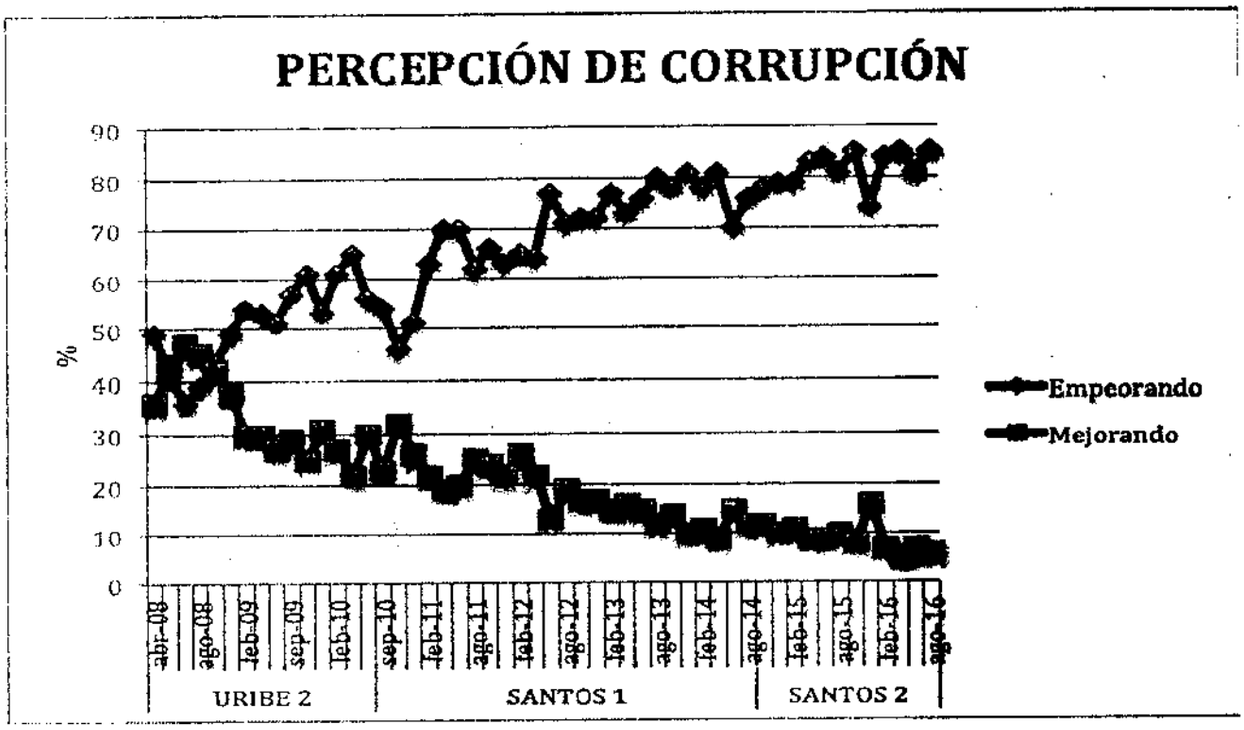
restringirlos debe tener todo el cuidado, toda la justificación, todos los argumentos para no limitar por fuera de las estrictas razones que le permite las normas internacionales, por ejemplo, el artículo 23 de la convención. Por estas razones cuando el legislador quiera ponerle límites a los derechos políticos fundamentales de los colombianos debe hacerlo a través de una ley estatutaria tal como lo exige el artículo 152 de la constitución, porque al ser un procedimiento más estricto que el de las leyes ordinarias, se garantiza que el debate sobre la razonabilidad y la proporcionalidad de la restricción que se presente establecer, sea de tal profundidad y se logren las mayorías y los consensos necesarios. En otras palabras, que limitar los derechos humanos sea más difícil que ordinariamente por la cantidad de congresistas que se tienen que convencer para sacar adelante la inhabilidad, la incompatibilidad o la prohibición.

Es cierto que la Corte Constitucional en repetidas oportunidades ha manifestado que no es necesario que las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones que restringen derechos fundamentales se hagan a través de leyes estatutarias, pero se hace necesario que cambie su posición jurisprudencial, ya que con dicha postura lo que hizo fue abrirle las puertas al congreso para que expidiera, a diestra y siniestra, tal cantidad de leyes sobres inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que pareciera que en lugar de ser excepciones las limitaciones a los derechos se hubieran convertido en el común denominador. Aunque algunas de las normas que citaré a continuación han sido modificadas, es importante hacer historia y referencia a ellas para demostrar lo dicho en líneas anteriores sobre la obesidad legislativa y abuso de este tema por parte del legislador. Se pueden ver los siguientes artículos de las siguientes normas: 283 de la ley 5 de 1992; 3 (excepto el primer inciso), 4, 7, 37, de la ley 24 de 1992; 67 de la ley 30 de 1992; 30, 31, 37 inciso 3º, 49 de la ley 31 de 1992; 28, 29 de la ley 43 de 1993; 20, 45, 46, 47, 48, 49, 50 de la ley 44 de 1993; 6 de la ley 68 de 1993; 12 de la ley 73 de 1993; 8, 9, 10 de la ley 80 de 1993; 337 del decreto 663 de 1993; 28, 29, 30, 31, 37, 41, 66, 68, 70, 84, 103, 107 incisos 2º, 3º, 4º, 108 del Decreto 1421 de 1993; 193 parágrafo único de la ley 115 de 1994; 10 de la ley 128 de 1994; 45, 46, 47, , 48, 96, 97, 124, 126, 127, 130, 161 inciso 1º, 164, 174, 175 de la ley 136 de 1994; 44, 66 de la ley 142 de 1994; 3, 9 de la ley 177 de 1994; 9, 10, 52 parágrafos 3º, 4º, 5 de la ley 182 de 1995; 66 de la ley 190 de 1995; 174, 175 de la ley 201 de 1995; 4 de la ley 269 de 1996; 150, 151 de la ley 270 de 1996; 6, 15 de la ley 330 de 1996; 58 de la ley 336 de 1996; 15, 17 de la ley 497 de 1999; 29 literal c) de la ley 527 de 1999; 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 60 de la ley 617 de 2000; 78, 79, 80, 81, 82 del decreto 261 de 2000; 4, 5, 85, 86, del decreto 262 de 2000; 17 de la ley 640 de 2001; 10 de la ley 643 de 2001; 7 de la ley 649 de 2001; 21, 163, 322 de la ley 685 de 2001; 11 de la ley 689 de 2001; 35, 39 de la ley 724 de 2002; 37, 38, 54 de la ley 734 de 2002; 90 de la ley 795 de 2003; 1 de la ley 821 de 2003; 4 parágrafo único de la ley 940 de 2005; 9 de la ley 963 de 2005; 30, 38 de la ley 996 de 2005; 2 de la ley 1031 de 2006; 1 de la ley 1148 de 2007, etc., etc., etc.

El Congreso de la República ha expedido excesivamente leyes restrictivas a derechos políticos fundamentales con el argumento de que al hacerlo se logra disminuir la corrupción, garantizar la transparencia, preservar la moralidad pública, etc., etc., etc. La Corte ha defendido esas razones en varias de sus

www.legismovil.com 020

sentencias, sin embargo, ¿cuál es el sustento científico de esas afirmaciones? ¿quién ha probado que efectivamente la corrupción ha disminuido con esas leyes restrictivas? ¿Ha valido la pena pasar por encima de tratados internacionales? Por el contrario una reciente encuesta de la firma Gallup muestra que la percepción de corrupción en el país en lugar de mejorar ha empeorado significativamente en los últimos años, como se detalla a continuación:



Igualmente vale la pena hacer referencia a un aparte de un escrito hecho por un autor que ha estado dedicado a temas relacionados con burocracia y corrupción. Él plantea entre otras cosas que: *"...la corrupción potencial resulta en la existencia de exceso de procedimientos y reglamentación (en vez de muy poco) en el equilibrio, comparada con el óptimo social. Esto no resulta trivial porque se consideran dos efectos compensatorios: 1) los oficiales corruptos pueden tomar sobornos ex ante para reducir el exceso de trámites y pasos; 2) los burócratas corruptos crean más trámites y procedimientos para revelar información y obtener sobornos"*[23]

Independientemente de la decisión de la Honorable Corte Constitucional sobre esta demanda, le pido que le demuestre a Colombia, con hechos y datos, técnicamente, científicamente cómo dichas normas sobre inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones hacen o han hecho que en el estado Colombiano se haya disminuido corrupción.

---

[23] Guriev, S. (2004). Red tape and corruption. *Journal of Development Economics, 73*(2), 489-504.
"... potential corruption results in too much (rather than too little) red tape in equilibrium compared with the social optimum. This result is not trivial because we consider two countervailing effects: (i) corrupt officials can take bribes ex ante to reduce red tape; (ii) corrupt bureaucrats create more red tape in order a reveal information and extort bribes. The first effect alone should predict a high official level of red tape which is negotiated to a lower level in exchange of a bribe"

www.legismovil.com 021

Vale la pena insistir que aunque la Corte Constitucional mayoritariamente ha defendido la tesis según la cual las leyes que consagran inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones pueden expedirse a través de los procedimientos para las leyes ordinarias, ha habido varios salvamentos de voto que piensan lo contrario, como por ejemplo el exmagistrado Hernando Herrera Vergara en el año 1997:

> *"Estimo que, de una parte, la materia de que trata el precepto acusado, es decir, las inhabilidades para ser elegido o designado alcalde en relación con las personas que tengan doble nacionalidad, corresponde a una ley estatutaria, pues según lo dispone el artículo 152 literal a) de la Carta Política, mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará los derechos y deberes fundamentales de las personas.*
>
> *Y no puede desconocerse que dicho tema corresponde al ejercicio y desarrollo de los denominados derechos constitucionales fundamentales de carácter político consagrados en el artículo 40 del estatuto superior según el cual "todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede elegir y ser elegido; tomar parte en elecciones (...) y otras formas de participación democrática".*
>
> *En tal virtud, teniendo en cuenta que el tema de que se ocupa el precepto demandado corresponde a la determinación de una causal de inhabilidad para las personas que tengan doble nacionalidad, aquella debió ser adoptada a través de una ley estatutaria y no de carácter ordinario (como la establecida en la Ley 136 de 1994, más aún cuando el Constituyente de 1991 consagró el derecho a la doble nacionalidad, dejando a la ley la facultad de determinar los casos en los cuales debe aplicarse la excepción referente a que los colombianos por nacimiento o por adopción que tengan doble nacionalidad no pueden acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, la que debe ser de naturaleza estatutaria.*
>
> *Por consiguiente, la norma demandada debió ser declarada inexequible."*[24]

Igualmente el exmagistrado Eduardo Cifuentes Muñoz en el año 1995 hizo una excelente defensa del alcance de las leyes estatutarias en relación con los derechos fundamentales y sus restricciones, así:

> *"La tesis central de la sentencia propone desplazar la ley estatutaria al territorio que le está vedado. Si se acepta que en la ley estatutaria "únicamente" se incluyen los aspectos relacionados "con el ámbito intangible del derecho fundamental respectivo, esto es, su núcleo esencial", se está eliminando la valla infranqueable que separa del legislador la obra del constituyente. En efecto, señalar que la materia de la*

[24] **HERRERA VERGARA**, Hernando. Salvamento de voto a la Sentencia C-151/97.

www.legismovil.com 022

ley estatutaria, coincide con el núcleo esencial de los derechos fundamentales, equivale a relativizarlos en forma absoluta y demuestra que se ha confundido el plano constitucional con el legislativo.

(...)

La Corte en su afán de mantener intocada el área del legislador ordinario - que con mayor razón no puede traspasar el núcleo esencial de los derechos fundamentales -, expulsó la ley estatutaria al territorio prohibido del constituyente, y abandonó el campo de regulación de la legislación estatutaria, dejándolo a merced del legislador ordinario.

(...)

3.3 No puede ignorarse la diferencia que existe entre la delimitación del contenido de un derecho fundamental y la función de limitación confiada a la ley estatutaria. La primera corresponde al Constituyente que la realiza al fijar su contenido y alcance. Dentro de este marco, se define la zona de la realidad y el tratamiento jurídico que a ella corresponde según la Constitución. La explicitación conceptual de la indicada delimitación constitucional - que supone un análisis sistemático y unitario de la Constitución -, es la tarea que debe afrontar todo intérprete y, naturalmente, todo órgano público con ocasión del ejercicio de sus competencias, pues de ella depende principalmente la medida de la protección jurídica discernida a cada derecho y la determinación de lo que incluye o excluye.

La segunda, en cuya virtud se incorporan con carácter constitutivo limitaciones a los derechos, se atribuye al Legislador, y tiene como límite el núcleo esencial de los derechos materia de regulación. El objeto de las leyes estatutarias no puede, por tanto, ser ajeno a los derechos fundamentales, pero su ámbito no puede extenderse hasta penetrar su núcleo esencial.

La sentencia, en mi concepto, deja de considerar esta distinción que juzgo básica. Equivocadamente, asigna a la ley estatutaria la función de delimitar el entorno esencial de los derechos fundamentales. No repara en que la norma legal analizada al consagrar la inhabilidad referida introdujo una limitación al derecho político a "ser elegido" (C.P. art., 40-1), que tiene carácter constitutivo, dado que en ausencia de la disposición legal las personas afectadas, en virtud del derecho constitucional mencionado, podrían haberse postulado para el pretendido destino público de "concejal" y resultar elegidas.

Limitaciones de este tenor no son ajenas a los derechos fundamentales y, por el contrario, tienen con ellos una relación cercana, hasta el punto de que objetivamente se constituyen en verdaderas limitaciones a su ejercicio. Es importante reiterar que, en este caso, eliminada la inhabilidad, el derecho se expande; consagrada la inhabilidad, el derecho se contrae.

www.legismovil.com 023

(...)

Sobra decir que la forma de la ley estatutaria es una de las garantías constitucionales más importantes para la defensa de los derechos fundamentales. Esta garantía no puede, en consecuencia, esquivarse ni tenerse por superflua o redundante."[25]

4. **PETICIONES.**

Muy respetuosamente solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que declare la **inexequibilidad** de los apartes de la norma acusada, por violar las normas superiores que han sido invocadas o las que dicha Corporación estime que puedan desconocerse, en virtud del control oficioso de constitucionalidad, según se prevé en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, y en artículo 22 del Decreto 2067 de 1991.

5. NOTIFICACIONES.

Dirección: Carrera 19 No. 93- 52 Apto 808
Correo electrónico: fannysanchez888@gmail.com
Teléfono: 3188526418
Bogotá

De los honorables Magistrados,

Fanny del Pilar Sánchez Delgado
C.C. 66.953.814 de Cali

[25] **CIFUENTES MUÑUZ**, EDUARDO. Salvamento de voto a la Sentencia No. C-381/95

CORTE CONSTITUCIONAL
18 NOV 2015
SECRETARIA GENERAL
40

Doctor
AQUILES ARRIETA GOMEZ
Magistrado Sustanciador
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá D.C.

Asunto: Corrección demanda de Inconstitucionalidad contra apartes normativos contemplados el artículo 20 de la Ley 1797 del 2016
Expediente D-11782, acumulado con el Expediente D-11797

DIANA FERNANDA TRUJILLO CHAVEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No 1.128.407.964 y **NIXON TORRES CARCAMO,** identificado con la cédula de ciudadanía No 72.193.712, dentro de los términos legales concedidos, nos permitimos presentar corrección de la demanda de la referencia, con base en los siguientes términos:

ATENDIENDO LOS REQUERIMIENTOS CONSTITUCIONALES DE LA INADMISIÓN, LA RAZÓN POR LA CUAL LOS APARTES DEMANDADOS SON INCONSTITUCIONALES, SON:

UNICA RAZÓN: Se presenta una vulneración al artículo 125 de la C.P.C, **por los apartes demandados del artículo 20 de la Ley 1797 del 2016, con base en los siguientes argumentos:**

1. El artículo 125 Superior que a la letra señala; "*Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. <Parágrafo INEXEQUIBLE">

Articulo Constitucional, cuyo contenido normativo al establecer en el inciso primero que

www.legismovil.com 025

www.legismovil.com 027

"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley", de forma literal establece que está en la facultad legal, esto es en la Ley, cuyo órgano valido para su producción es el Congreso, una de las excepciones a que los empleos en los órganos y entidades del Estado, sean de carrera administrativa.

Si bien es cierto, de una lectura literal de este inciso primero Constitucional, se desprendería que está dado al Congreso de la República, para que mediante una Ley determine, como en el presente caso, que el cargo de Gerente de Empresa Social del Estado, no pertenezca a la carrera administrativa, también no es menos cierto, que en ese grado de libertad de configuración legislativa, el Congreso de la República, no puede desprenderse de los principios generales del derecho, que aunque son fuentes auxiliares, pero cuando los mismos son de naturaleza Constitucional, establecidos en la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional donde toma como parámetro de creación de esos principios el mismo texto Constitucional, los principios pasan de ser un mero criterio o fuente auxiliar del derecho, para dar paso a constituirse como fuente principal del derecho y desde esa óptica Constitucional, los amplios márgenes con los que cuenta el legislador, para desarrollar los temas que se desprenden de la Constitución, como es la designación y nombramiento del Gerente de las Empresas Sociales del Estado a nivel territorial y Nacional, no solo deben obedecer a la a la propia facultad de creación legislativa, sino a los límites que en materia de respeto a los principios generales del derecho, le impone la misma Constitución, como es el principio del mérito, como criterio jurídico optimizante y tutelable en materia de la función pública, de que se establezca la idoneidad como parámetro de designación y nombramiento de personas naturales en los cargos de la administración pública, más cuando se tratan de entidades públicas del sector salud, como son las Empresas Sociales del Estado.

2. Al ser el principio del mérito parámetro general, en las distintas formas de vinculación al Estado, principalmente entratándose de Empresas Sociales del Estado, tal y como lo señaló en la Sentencia C-181 del 2010, la Corte Constitucional; *"La introducción de este principio constitucional persigue tres propósitos principales: En primer lugar, asegura el cumplimiento de los fines estatales de manera eficiente y eficaz, en concordancia con el artículo 209 superior. La prestación del servicio público por personas calificadas redunda en eficacia y eficiencia en su prestación. De otro lado, el mérito como criterio único de selección dota de imparcialidad la función pública, impide la reproducción de prácticas clientelistas y sustrae la función pública de los vaivenes partidistas. En segundo lugar, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos: Permite la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de mérito puede ser causal de remoción. En este sentido se debe recordar que los servidores públicos como trabajadores son titulares de derechos subjetivos, como el derecho a la estabilidad y a*

www.legismovil.com 029

la promoción en el empleo. En tercer lugar, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, pues, de un lado, permite que cualquier persona calificada para el cargo pueda participar en el respectivo concurso y, de otro, proscribe la concesión de tratos diferenciados injustificados. Este propósito se materializa, por ejemplo, en la exigencia de llevar a cabo procesos de selección basados exclusivamente en criterios objetivos. En este sentido, la Corte ha indicado que las razones subjetivas de los nominadores –por ejemplo de índole moral- no pueden prevalecer sobre los resultados de los concursos de selección. También ha rechazado los motivos secretos y reservados para descalificar a un candidato. Ha reiterado que la pertenencia a un partido político como criterio de selección fue prohibida por el propio constituyente en el artículo 125 superior. Por último, ha entendido que el uso de criterios raciales, étnicos, de género, económicos, ideológicos, religiosos o de índole regional para la selección del personal del Estado constituye una forma de discriminación", **se encuentra que el mérito** como principio orientador en la función pública permite establecer que la excepción contenida en el inciso primero del artículo 125, no es una libertad configurativa, sin límites, donde el legislador, pueda desconocer que para los destinos públicos de entidades públicas que tiene en esencia la prestación de servicios de salud, pueda desprenderse de la aplicación de este principio, **e imponer el criterio de nombramiento y designación, de forma directa por parte del Presidente de la República de Colombia, los Alcaldes o los Gobernadores de los Gerentes de la Empresas Sociales del Estado,** hiendo en contravía del artículo 125 Superior, donde se nutre el principio del mérito.

3. Igualmente los apartes del artículo 20 demandado, desconocen las restricciones contenidas en el inciso quinto del artículo 125 Superior, que establece "*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción*", toda vez que al dejar establecido el legislador, que no habrá concurso público para la designación y nombramiento de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, sino que dicha facultad queda adscrita directamente en cabeza de los Alcaldes, Gobernadores y en cabeza del mismo Presidente de la República, está pretermitiendo que por filiaciones políticas estos gerentes sean nombrados, en el entendido que al dejar en cabeza de quien es elegido por voto popular, la capacidad nominadora, sin la verificación de criterios de que permitan establecer una metodología de quién es más idóneo, es decir quién es el mejor entre quienes están clasificados para ocupar el cargo de Gerente, **donde quien cumple con los requisitos** formales de competencias laborales, exigencias académicas y años de experiencia, pueda ser habilitado para demostrar junto a otras personas en una competencia, de quien es el mejor, está dejando en el resorte de decisiones políticas quien será el gerente, donde subyacen criterios clientelistas, que es precisamente lo que este artículo superior, quiere abolir como práctica generalizada en la administración pública, incluso desde antes de la Constitución de 1991, al crear el principio del mérito, como criterio orientador en los nombramientos en los cargos del Estado, siendo por ende los apartes demandados inconstitucionales.

Atentamente:

DIANA FERNANDA TRUJILLO CHAVEZ
C.C. No 1.128.407.964

NIXON TORRES CARCAMO
C.C. No 72.193.712