



COMUNICADO No. 43

Octubre 24 de 2018

LA INHABILIDAD DERIVADA DEL NO PAGO DE LAS CONDENAS POR RESPONSABILIDAD FISCAL NO ES INCONSTITUCIONAL, NI CONTRARÍA EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, POR CUANTO SE TRATA DE UNA NORMA GENERAL QUE PERSIGUE OBJETIVOS CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDOS, DIRIGIDA A TODOS LOS SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUIDOS QUIENES ASPIREN AL CARGO DE PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA O CONGRESISTA Y QUE NO TIENE POR EFECTO AFECTAR LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES, EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES, NI LA GARANTÍA DEL ADECUADO FUNCIONAMIENTO DEMOCRÁTICO DEL SISTEMA ORGÁNICO DERIVADO DEL MISMO.

I. EXPEDIENTE D-12306 - SENTENCIA C-101/18 (octubre 24)
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

1. Norma acusada

LEY 734 DE 2002

(febrero 5)

Por la cual se expide el Código Disciplinario Único

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

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

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

salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes".

LEY 610 DE 2000

(agosto 15)

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

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

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

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

2. Decisión

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

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

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte Constitucional estudió una demanda que consideraba inconstitucional, de una parte, la consagración legal de la condena por responsabilidad fiscal como inhabilidad para desempeñar cargos públicos; y, de otra, el deber de abstención de nombrar o dar posesión a quienes estén reportados en el boletín de responsables fiscales. Para el demandante, estas normas desconocen los artículos 1º, 2º, 40.7, 179, 197 y 293 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH.

A juicio del demandante, dichas medidas legales: i) facultan a autoridades administrativas para restringir los derechos políticos a ser elegido y desempeñar cargos públicos, pese a

que la CADH solo autoriza la limitación de esos derechos si hay sentencia penal condenatoria; ii) restringen gravemente derechos fundamentales; y iii) desconocen el régimen cerrado de inhabilidades que la Constitución diseñó para los cargos de Presidente de la República y Congresista.

Después de verificar la existencia de cosa juzgada constitucional respecto del inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, en lo relativo al cargo de desconocimiento de los artículos 1º, 2º, 40.7 de la Constitución y 23 de la CADH, la Corte resolvió estarse a lo resuelto en la **sentencia C-651 de 2006**. Posteriormente, constató la aptitud de la demanda y encontró ajustadas a la Constitución las normas acusadas, por las siguientes razones:

1. Los artículos 122, 123 y 150.23 de la Constitución, le otorgan al Congreso la posibilidad de regular los requisitos para el acceso al desempeño de funciones públicas. No obstante, en ejercicio del mencionado margen de configuración normativa, no pueden expedirse disposiciones que limiten irrazonable y desproporcionadamente el derecho a ejercer el servicio estatal y que afecten la intangibilidad del régimen de estructura y funcionamiento de los órganos constitucionales.

De esta manera, la constitucionalidad de una proposición jurídica que establezca restricciones de acceso a cargos públicos, especialmente a los de Presidente de la República y de Congresista, depende de si se afecta o no la intangibilidad de la estructura y funcionamiento de los órganos constitucionales, de tal forma que se proteja el principio de separación de poderes y la garantía del adecuado funcionamiento democrático del sistema orgánico derivado del mismo.

2. Aclarado lo anterior, se concluyó que las normas objeto de reproche constitucional no violan el régimen de inhabilidades consagrado por el Constituyente para las ramas Ejecutiva y Legislativa, puesto que los apartes demandados contienen un requisito general para el acceso al ejercicio de la función pública, aplicable a todas las personas que aspiran a ser servidores públicos en igualdad de condiciones. Las restricciones al ejercicio de la función pública que se apliquen a la totalidad de los servidores públicos no buscan alterar el diseño constitucional de los órganos del Estado.

3. Igualmente, se verificó que las disposiciones acusadas son proporcionales y razonables en atención a que: i) persiguen objetivos constitucionalmente válidos como son la garantía del interés general, la observancia de los principios que orientan la función pública, en especial la protección del patrimonio público y la transparencia, que son instrumentos para acreditar la confianza necesaria para la gestión de los bienes colectivos y de lucha contra la corrupción, como medida de protección del patrimonio público; y ii) el medio utilizado es adecuado para tal fin y no se encuentra prohibido por la Constitución o por el bloque de constitucionalidad, puesto que la responsabilidad fiscal derivada del proceso que adelantan las contralorías procede si está acreditado el elemento subjetivo de dolo o culpa grave en la afectación del patrimonio público. Por tal razón, las normas acusadas consagran una inhabilidad y un requisito para el acceso a los cargos públicos, con ocasión de la declaratoria de responsabilidad fiscal, que se caracteriza porque depende de la voluntad de quien resulta condenado, en el sentido de que la limitación cesa en el momento en que aquel pague la sanción impuesta por el detrimento al erario verificado por esa entidad.

4. De otra parte, la Corte manifestó que las proposiciones acusadas no desconocen el artículo 23 de la CADH en el marco del bloque de constitucionalidad, porque la concreción de dicho contenido normativo debe realizarse con base en un ejercicio hermenéutico que considere el margen de apreciación de los Estados parte y que además, consulte el carácter dinámico, cambiante y evolutivo de las regulaciones nacionales, mediante las cuales efectivizan y concretizan el acceso a los cargos públicos. En otras palabras, el bloque de constitucionalidad exige que tanto la Constitución como la Convención Americana sean interpretadas en clave de las lógicas evolutivas de los contextos constitucionales locales, del margen de apreciación nacional y de las necesidades cambiantes de las sociedades, por lo que un entendimiento literal no es suficiente para determinar su alcance.

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

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Salvaron su voto los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

El Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se apartó de la posición mayoritaria, porque consideró que debía respetarse el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de ciertos servidores públicos, establecido directamente por la Constitución, como ocurre en el caso de los Congresistas (artículo 179 de la Constitución), del Presidente de la República (artículo 197 de la Constitución), de los Magistrados de las altas cortes y del Fiscal General de la Nación (artículo 232 de la Constitución). Por lo tanto, sostuvo que respecto de estos servidores públicos, al existir reserva constitucional, no resulta aplicable la facultad genérica atribuida al legislador para determinar el régimen de calidades, inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades de los servidores públicos, prevista en los artículos 123 y 150, numeral 23 de la Constitución. Puso de presente que el respeto de la reserva constitucional en la materia ha sido reiterado en la jurisprudencia constitucional y que esta posición se funda en el acatamiento de la jerarquía normativa, de la separación de poderes, al mismo tiempo que busca proteger el sistema democrático para evitar que, para ciertos cargos sensibles, el legislador pueda excluir a determinadas personas del acceso a los cargos públicos o alterar equilibrios institucionales. En este sentido, sostuvo que la norma debió haberse declarado exequible, pero en el entendido de que la inhabilidad derivada de la condena en responsabilidad fiscal no se predica de quienes aspiren a cargos o empleos públicos, cuyo régimen de calidades, inhabilidades e incompatibilidades se encuentre establecido directamente por la Constitución, al tratarse de un régimen cerrado.

Por otra parte, sostuvo que aunque debía rechazarse la acusación del desconocimiento del artículo 93 de la Constitución, por la presunta vulneración del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), las razones para tal conclusión debían ser las siguientes: (i) De acuerdo con la jurisprudencia de la CIDH, aunque el artículo 23 de la Convención prevea que los derechos políticos pueden ser limitados "*exclusivamente*" por las razones allí establecidas, ello no significa que, dentro del margen nacional de apreciación, de manera razonable y proporcionada y con el adecuado respeto del debido proceso, se establezcan causas diferentes que respondan al sistema jurídico y político nacional; (ii) El fallo *López Mendoza vs. Venezuela*, en el que la CIDH reprochó una inhabilitación pronunciada por la Contraloría venezolana, resulta inaplicable al sistema colombiano y su cita como precedente es impertinente, porque la contraloría de ese país carecía de competencia legal en el sistema interno para proferir esta decisión y se violó el debido proceso; y, (iii) La inhabilidad derivada de la responsabilidad fiscal persigue importantes fines constitucionales y su proporcionalidad debe ser juzgada considerando, entre otros elementos, la posibilidad real que existe en Colombia de controvertir los fallos con responsabilidad fiscal, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Para el Magistrado Linares Cantillo, la responsabilidad del servidor público, con fines resarcitorios del patrimonio público, sólo debería acarrear la grave consecuencia de inhabilitarlo para ejercer funciones públicas, una vez la decisión se torne incontrovertible, porque o no se acudió a tiempo al juez de lo Contencioso Administrativo o porque éste profirió sentencia y confirmó la condena fiscal. En este sentido, resaltó que a pesar de que la responsabilidad fiscal no tiene fines sancionatorios, sino resarcitorios, ante la ausencia de un adecuado nivel de garantías para los servidores públicos, sería necesario reformar el

sistema para determinar que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho tenga automáticamente efectos suspensivos de la inhabilidad, como verdadera garantía que ampare el derecho político a acceder a cargos y empleos públicos.

El Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** se apartó de la decisión mayoritaria, por considerar que las inhabilidades previstas en el Código Disciplinario Único o en cualquier otro instrumento legal, no son aplicables a los servidores públicos cuyo régimen de inhabilidades se encuentre regulado en la Constitución, como los Congresistas y el Presidente de la República, entre otros, respecto de los cuales el legislador carece de competencia para establecer nuevas causales de inhabilidad, razón por la que correspondía a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de las disposiciones acusadas. Adicionalmente, señaló el magistrado Lizarazo, que tales causales de inhabilidad no encuentran fundamento en la lucha contra la corrupción, por cuanto la responsabilidad fiscal no necesariamente es consecuencia de actos de corrupción. Los hechos susceptibles de generar responsabilidad fiscal pueden dar lugar a sanciones de tipo disciplinario o penal, según el caso, eventos en los cuales se configuran causales de inhabilidad como las previstas en el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución y las que se derivan de la condena a pena privativa de la libertad, prevista en todos los regímenes constitucionales de inhabilidad. Finalmente, advirtió el magistrado que el régimen de inhabilidades, en cuanto forma parte sustancial de la regulación del derecho fundamental a elegir y ser elegido, debe ser adoptado mediante ley estatutaria y no mediante leyes ordinarias, como en el presente caso.

El Magistrado **José Fernando Reyes Cuartas** salvó su voto porque consideró que erigir en inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas el ser declarado responsable fiscalmente, termina modificando el sistema de *numerus clausus* en materia de inhabilidades e incompatibilidades previstos en la Constitución Política para cargos de elección popular, y de esa manera, desconoce el art. 23 de la CADH, así como sus desarrollos jurisprudenciales (i.e Caso López Mendoza vs. Venezuela), en donde se exige sentencia de un juez de la república, en un proceso penal. Luego, consideró que si bien es cierto, el legislador al regular el acceso y ejercicio a la función pública, puede consagrar diversas causales de inhabilidad, en virtud de su libertad de configuración legislativa, ello no puede extravasar su limitada potestad sin invadir la órbita del Constituyente. Avalar la posibilidad de introducir nuevas inhabilidades, incluso animadas en la correcta actitud de luchar enérgicamente contra la corrupción, desconoce de manera clara los límites constitucionales, pues, incluso admitiendo que la Convención Interamericana contra la Corrupción debe ser un referente necesario de consideración en armonía con la CADH, el art. 6 de la dicha CILC define el concepto "*corrupción*" y es evidente que una declaratoria de responsabilidad fiscal puede animarse en hechos distintos de los normados en el anotado art 6º, con lo cual la oclusión al acceso a un cargo de elección popular, puede venir dada incluso, por la decisión de una autoridad de control fiscal, incluso del nivel municipal, lo cual no es solo contrario a la Constitución Política sino además a los nominados instrumentos internacionales.

El Magistrado **Alberto Rojas Ríos** salvó el voto, porque a su juicio la Corte debió condicionar la constitucionalidad de las normas demandadas, en el entendido de que la inhabilidad por sanción fiscal, al ser consecuencia de un procedimiento administrativo, no aplica a los servidores públicos de elección popular. A juicio del Magistrado Rojas Ríos, la sanción fiscal, al ser impuesta por una autoridad administrativa y no por un juez, no debería restringir el acceso a los cargos de elección popular, pues se trata de una medida antidemocrática en los términos del artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la cual establece que los derechos políticos sólo pueden ser limitados por "*condena, por juez competente, en proceso penal*". En ese sentido, explicó que la cualificación "juez competente" tiene por fundamento la relevancia de los derechos políticos en una democracia constitucional, y su fin está dado por evitar que las autoridades administrativas persigan a la oposición o a las minorías políticas.

Señaló que la Convención, al formar parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto (sentencia C-327 de 2016), implica que la sanción, indefectiblemente debe ser

consecuencia de un proceso de naturaleza judicial y, por ende, los procesos adelantados por organismos de carácter netamente administrativo, como lo son las contralorías, -en caso de culminar con una sanción de naturaleza fiscal-, conduce a una "*capitis diminutio*" de los derechos políticos de quienes son elegidos popularmente, sin que se desplieguen las garantías propias del debido proceso judicial, las cuales exigen: (i) que la sanción provenga de un juez, por ser una autoridad dotada de jurisdicción independiente e imparcial, y (ii) que sea consecuencia de un proceso en el que se desplieguen las garantías del debido proceso, conforme lo dispone el artículo 29 de la Constitución Política y lo regula el sistema interamericano.

Expresó que la Constitución de 1991, al ser el resultado de la convergencia de un amplio conjunto de sectores sociales minoritarios conformado por indígenas, afrodescendientes, partidos y movimientos sociales de diversa orientación ideológica, dio lugar a la configuración de un Estado social y democrático de derecho en el que los pilares esenciales de la función jurisdiccional son la independencia, la autonomía y la imparcialidad que se garantizan a través de procesos judiciales que fragmentan la función de investigación, acusación y juzgamiento en distintas autoridades para evitar que las condenas sean impuestas de manera inquisitiva por una sola autoridad administrativa. Concluyó que todo lo anterior reclama un cambio en la orientación de nuestra jurisprudencia (Sentencias C-651 de 2006, SU-712 de 2013), acorde con el avance de las garantías fundamentales que en el sistema interamericano se dirigen a fortalecer de manera esencial, y no sólo en el aspecto formal, nuestros aún incipientes modelos democráticos. Sostuvo que el constitucionalismo sólo adquiere sentido si se concibe como un límite razonable al ejercicio del poder.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente