

D-13093
OK



Gómez Urueña
ABOGADOS

Bogotá D.C., 23 de noviembre de 2018

Señores:

Magistrados

Sala Plena

Corte Constitucional

E. S. D.



Referencia: Demanda de inconstitucionalidad

Señores magistrados:

Nosotros, Juan José Gómez Urueña y Jaime Andrés Salamanca Mojica, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, ciudadanos en ejercicio, nos permitimos presentar demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso segundo del numeral 17 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por ser contrario al numeral 7º del Artículo 40 de la norma superior, en particular al derecho que todo ciudadano tiene de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Síntesis

En muy resumidos términos, la presente demanda de control de constitucionalidad se funda en el argumento conforme al cual el aparte demandado del numeral 17 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 constituye una limitación irrazonable y desproporcionada del derecho constitucional a acceder a cargos públicos.

Lo anterior, en razón a que, al establecer como falta gravísima nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en el nombramiento de una persona que, eventualmente, se pueda encontrar incurso en un conflicto de intereses, se le impide, a quien sería nombrado o elegido, el acceso al servicio público. Lo anterior, porque, a juicio de los suscritos demandantes, el legislador no tuvo en cuenta las diferencias sustanciales que existen entre los conflictos de intereses y el régimen de inhabilidades, e incompatibilidades. Así entonces, al atribuirles una misma consecuencia jurídica a esas tres figuras se desconocieron los principios de necesidad, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad que, según la Corte Constitucional, el legislador debe atender al expedir las leyes.

Avenida Calle 24 No. 51 – 40, Torre Empresarial Capital Towers, Oficina 513

Teléfono: 7038420

Celular: 311-5353331- 310-3436858

E-mail: jgomez@abogadosgomezuruena.com

Bogotá - Colombia



Adicionalmente, el aparte demandado pasó por alto que el mismo ordenamiento jurídico previó la figura de los impedimentos y recusaciones, a través de las cuales se resuelven las situaciones constitutivas de conflicto de intereses en las que puede además designarse a un funcionario *ad hoc* para que conozca del asunto sin que el titular deba separarse del cargo.

Como puede advertirse, pese a que la norma persigue una finalidad constitucionalmente admisible, no superaría un examen de necesidad, pues existen mecanismos adecuados en el ordenamiento jurídico para ocuparse de las situaciones de conflicto de intereses, mucho menos lesivos de los derechos fundamentales de quien aspira a un cargo público, cual es, se reitera, la declaratoria de impedimento o incluso una recusación por quien es parte en una determinada actuación administrativa o judicial.

Por lo demás, de aplicarse de forma estricta la disposición acusada, se llegaría a la absurda conclusión que todos aquellos funcionarios que han intervenido en la elección o nombramiento de un servidor público que a la postre y en ejercicio del cargo se ha declarado impedido al advertir un conflicto de intereses, habrían incurrido en falta disciplinaria gravísima.

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, y para efectos de sustentar en debida forma la presente demanda, ésta tendrá la siguiente estructura y contenido: 1. Competencia de la Corte Constitucional para conocer de esta demanda de inconstitucionalidad, 2. Transcripción de la norma acusada como inconstitucional, 3. Texto de la disposiciones constitucionales infringidas, 4. Razones por las cuales las normas constitucionales se estiman violada, 5. Conclusiones, 6. Petición, 7. Inexistencia de cosa juzgada, 8. Notificaciones.

La presente demanda tiene el orden fijado en la siguiente tabla de contenido:



Tabla de contenido

1. Competencia de la Corte Constitucional para conocer de la presente demanda de inconstitucionalidad	3
2. Transcripción de la norma acusada como inconstitucional	3
3. Texto de la disposición constitucional infringida	4
4. Razones por las cuales las normas constitucionales se estiman violadas.....	4
4.1 Supuestos de hecho descritos en la norma demandada.....	4
4.1.1 Inhabilidades e incompatibilidades	5
4.1.2 Del conflicto de intereses.....	7
4.2 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de acceso a los cargos públicos	11
4.3 Casos prácticos.....	12
5. Conclusiones	14
6. Petición.....	14
7. Inexistencia de cosa juzgada	15
8. Notificaciones	15

1. Competencia de la Corte Constitucional para conocer de la presente demanda de inconstitucionalidad

De acuerdo con lo previsto en el numeral 4º del Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido como por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. Dicho supuesto se refleja con claridad en esta oportunidad por pertenecer, el aparte normativo objeto de demanda, a una disposición legal aprobada por el Congreso de la República¹.

2. Transcripción de la norma acusada como inconstitucional

La presente demanda se dirige contra el apartado resaltado en negrillas y subrayas del inciso segundo del numeral 17 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, a saber:

ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

¹ La Ley 734 de 2002 fue expedida el 05 de febrero de 2002 y fue publicada en el Diario Oficial 44708 del 13 de febrero de 2002.



(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses.

3. Texto de la disposición constitucional infringida

Con la norma demandada se vulnera, flagrantemente, el derecho constitucional previsto en el numeral 7º del Artículo 40 de la Constitución Política que dispone:

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

(...)

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.

4. Razones por las cuales las normas constitucionales se estiman violadas

Para dotar de claridad el presente escrito, expondremos el motivo por el que la norma demandada afecta el derecho de acceso a los cargos públicos previsto en el numeral 7º del Artículo 40 de la Constitución Política y diferenciaremos cada uno de los supuestos de hecho señalados en el numeral 17 del Artículo 48. Lo anterior, con el fin de evidenciar la ausencia de proporcionalidad, necesidad, adecuación y razonabilidad del aparte demandado.

Finalmente, daremos una óptica de la protección de los derechos políticos por parte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y pondremos de presente un caso práctico que permite ilustrar, además de lo inconstitucional, lo irracional del apartado de la norma demandada.

4.1 Supuestos de hecho descritos en la norma demandada

En primer lugar, resulta importante precisar que el numeral 17 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 tipificó como falta gravísima, tanto la



conducta de aquel servidor público que actúe estando inmerso en una inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses (inciso primero), como la de aquel funcionario que nombre, designe, elija, postule o intervenga en la postulación para el ejercicio de un cargo público, a una persona que se encuentre inmersa en uno de estos tres mismos escenarios (inciso segundo).

Pues bien, para los suscritos resulta claro que el actuar en cualquiera de los tres supuestos señalados por parte del legislador es contrario a los principios que rigen la función pública y, en consecuencia, dicha conducta debe ser merecedora de una sanción grave. No obstante, al estudiar el contenido del inciso segundo, es decir, en el evento de nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de un servidor público que se pueda encontrar incurso en un posible conflicto de intereses, se puede observar que no goza de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, exigida jurisprudencialmente, para limitar el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos.

Para desarrollar lo anterior pasamos a explicar los conceptos de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de intereses, con el fin de demostrar las sustanciales diferencias que existen entre ellos y que llevan a concluir que atribuir una consecuencia jurídica idéntica, viola el artículo 40 de la Constitución Política que consagra como derecho fundamental el acceso y desempeño de cargos públicos.

4.1.1 Inhabilidades e incompatibilidades

La Corte Constitucional ha definido las inhabilidades e incompatibilidades de la siguiente manera:

Las inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (...) y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos, en tanto que las incompatibilidades consisten en una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar



la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.²

En cuanto a las **inhabilidades**, el Departamento Administrativo de la Función Pública³ ha señalado que existen dos tipos de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la limitación: a) La relacionada con la potestad sancionadora del Estado, aplicable dentro de, por ejemplo, un proceso disciplinario como sanción y b) La que se reconoce como una modalidad de protección del interés general.

En cualquiera de ellas, resulta plenamente claro que consagrar como falta gravísima nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación atiene los principios de razonabilidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad que la Corte Constitucional ha previsto como marco constitucional de la facultad legislativa.

Ahora bien, en lo que respecta a las **incompatibilidades**, conviene igualmente citar lo dicho por el Departamento Administrativo de la Función Pública y por la Corte Constitucional sobre su naturaleza, características y alcance, veamos:

El Departamento Administrativo de la Función Pública, ha definido la incompatibilidad como la "*Imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades*" y, con fundamento en la jurisprudencia constitucional⁴ señaló lo siguiente respecto a dicha figura:

(...) si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla. Resulta consecuente con los indicados propósitos la norma del artículo 181 de la Constitución, a cuyo tenor las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el periodo constitucional respectivo y, en caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del periodo fuere superior⁵

² Corte Constitucional Sentencia C-903 de 2008. Magistrado Ponente, Dr. Jaime Araujo Rentería.

³ INHABILIDADES E INCOMPABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS, Departamento Administrativo de la Función Pública, 2ª versión, 2011.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵ INHABILIDADES E INCOMPABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS, Departamento Administrativo de la Función Pública, 2ª versión, 2011.

Avenida Calle 24 No. 51 – 40, Torre Empresarial Capital Towers, Oficina 513

Teléfono: 7038420

Celular: 311-5353331- 310-3436858

E-mail: jgomez@abogadosgomezuruena.com

Bogotá - Colombia



Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente sobre la figura de la incompatibilidad:

De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública⁶.

Lo anterior, denota que la incompatibilidad resulta ser una figura que se predica respecto del cargo que se va a ocupar, y no de la persona que lo va a ejecutar. Para efectos de su determinación, no se tienen en cuenta criterios de índole subjetivo, sino que, por el contrario, son circunstancias objetivas que se pueden llegar a presentar durante la ejecución de la función pública asignada. Así las cosas, frente a la figura de la incompatibilidad resulta también constitucionalmente válido y acorde con los principios de adecuación, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad que se establezca como falta grave nombrar, elegir, designar, postular o intervenir en la postulación a un cargo de una persona que al ejercerlo estaría incurso en una causal de incompatibilidad, por cuanto con ello se impide ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública.

4.1.2 Del conflicto de intereses

El concepto de esta figura fue definido en el Artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el que se señaló:

ARTÍCULO 11. CONFLICTOS DE INTERÉS Y CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 1996. Magistrado Ponente, Dr. Hernando Herrera Vergara.
Avenida Calle 24 No. 51 – 40, Torre Empresarial Capital Towers, Oficina 513
Teléfono: 7038420
Celular: 311-5353331- 310-3436858
E-mail: jgomez@abogadosgomezuruena.com
Bogotá - Colombia



cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho (...)

Decantando la definición, el Departamento Administrativo de la Función Pública estableció los elementos de estructuración del conflicto de intereses⁷ de la siguiente manera:

- Tener un interés particular y directo sobre la regulación, gestión, control o decisión del asunto.
- Que dicho interés lo tenga alguna de las personas que interviene o actúa en su condición de empleado público conforme a lo regulado en la normativa vigente.
- Que no se presente declaración de impedimento para actuar en el mismo, por parte del empleado público.

Como puede observarse, la norma es clara en indicar cuando puede configurarse un conflicto de intereses, y, lo más importante, establece como debe actuar el funcionario público cuando está inmerso en esta situación, en aras de garantizar los distintos principios de la administración.

Esta figura, es reconocida dentro del mismo Código Disciplinario Único, cuerpo normativo hoy demandado, que, en su Artículo 40, señaló:

ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

Una vez más, debemos advertir como es la misma ley la que reconoce la posibilidad de configuración del conflicto de intereses, y, a su vez, fija el deber legal en el funcionario de declararse impedido para actuar en dichos supuestos.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que el conflicto de intereses se configura: "*cuando existe una concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla*"⁸.

⁷ GUÍA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONFLICTOS DE INTERÉS DE SERVIDORES PÚBLICOS, Departamento Administrativo de la Función Pública, 2ª versión, febrero de 2018.

⁸ Corte Constitucional Sentencia SU-625/15. Magistrado Ponente, Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Avenida Calle 24 No. 51 – 40, Torre Empresarial Capital Towers, Oficina 513
Teléfono: 7038420

Celular: 311-5353331- 310-3436858

E-mail: jgomez@abogadosgomezuruena.com

Bogotá - Colombia



De lo anterior, podría entenderse que los principios fundamentales de la administración pública únicamente se verán afectados cuando el servidor público, en ejercicio de sus funciones e incurso en un conflicto de intereses, se abstenga de separarse del asunto a través de la declaratoria de impedimento. De ninguna forma se podría configurar una falta disciplinaria por el simple hecho de darse el supuesto descrito en la norma acusada, es decir, porque pueda presentarse un futuro conflicto de intereses en un servidor público, pues ello sucede todos los días.

Mucho menos, podría pensarse en la configuración de una falta disciplinaria respecto de quien nombra, designa, elige, postula o interviene en la postulación de una persona que en el futuro podrá estar inmerso en un conflicto de intereses. Considerarlo así, implicaría: (i) Que, pese a que el funcionario se declarara impedido para actuar, su nombramiento ya se habría producido y, en consecuencia, se configuraría la falta o (ii) Que el funcionario que eligió o nombró a quien se encuentra incurso en el conflicto de intereses es responsable porque éste último no se declare impedido una vez surja el conflicto.

De manera que el legislador previó la existencia del conflicto de intereses porque entiende que los servidores públicos, por situaciones particulares, familiares o circunstanciales, pueden ver afectado su ánimo o punto de vista en un trámite o decisión en el ejercicio de sus funciones, hecho que, no sancionó o condenó por el solo hecho de su existencia; por el contrario, consagró una garantía —deber— para evitar que las decisiones de la administración se vean afectadas por la vulneración de los derechos mínimos de los administrados.

Entonces, estableció el deber para el servidor público de revelar el conflicto en el que se encuentra e indicar que se considera impedido para actuar con la imparcialidad e independencia que el ejercicio del empleo público le exige, incluso, presentando tal situación a su superior jerárquico para que no sea él quien decida si se aparta o no de la actuación administrativa; Todo ello, para garantizar a los sujetos involucrados en la actuación, que ésta se profirió o se tramitará con atención y obediencia a la imparcialidad y a los derechos que le asiste como administrados.

Como bien se puede advertir, es clara la voluntad del legislador en el sentido de reconocer la posibilidad de concurrencia de intereses particulares dentro del ejercicio de la función pública que, *per se*, no



afectan el funcionamiento de la administración desde que se dé lugar a la aplicación de la figura denominada en la ley como impedimento.

Establecida la diferencia entre cada una de estas figuras, se advierte, con mayor claridad, la inconsistencia y contrariedad con parámetros constitucionales que supone consagrar como falta gravísima el nombrar en un cargo público a persona que pueda estar inmersa en un conflicto de intereses.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, por un lado, este puede surgir con anterioridad o durante el ejercicio de la función pública, es decir, no es algo que perdure en el tiempo y que responda a circunstancias objetivas, sino que es algo esencial de la persona por lo que no podría ser conocido por el nominador; y, por el otro, dado que es la misma ley la que fija la solución que, en la práctica, debe darse cuando concurren estas situaciones.

En este orden de ideas, resulta ilógico que se sancione un comportamiento con sustento en un perjuicio a la administración que ni siquiera se ha configurado, es más, que ni se sabe si se configurará; peor aún, que se sancione una situación que la misma ley reconoce como de posible ocurrencia y para la cual ha creado figuras como el impedimento o la recusación para solventar una situación de esa naturaleza.

Del tráfico jurídico diario y de las relaciones interpersonales que surgen en virtud de la naturaleza misma del hombre como ser social, se derivan situaciones que, descritas por la ley como conflictos de intereses, no resultarían del todo transparentes durante el ejercicio de la función pública y que, de una u otra manera, afectarían la imagen de la administración, pero que, bajo ninguna idea podrían fijarse éstas como barrera para el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

Así, no se entiende el reproche disciplinario a quien nombre a una persona que en el futuro pueda estar inmersa en un conflicto de intereses pues, como se expuso con anterioridad, ese simple hecho no conlleva a una afectación del ejercicio de la función pública, y en general a la administración; por el contrario, tal opción sí resulta claramente contraria al derecho político de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas que no pueden verse restringido por el legislador, salvo que exista una necesidad imperiosa en tal sentido.



4.2 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de acceso a los cargos públicos

Los derechos políticos son de trascendental importancia dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, al punto que su restricción ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, a partir del reconocimiento en su Convención de Derechos Políticos, y su respectiva protección judicial, la Corte ha sido enfática en reconocer la prevalencia de los derechos políticos en cabeza de los ciudadanos frente a cualquier tipo de restricción legal infundada como la que se nos presenta en el caso de estudio.

Ha entendido los derechos políticos como el derecho a votar o elegir a sus autoridades y el derecho a ser votado o ser elegido como autoridad, gozando ellos incluso de protección universal⁹, y que pueden ser objeto de restricción por parte de los distintos países miembros bajo parámetros habilitantes como la edad, nacionalidad, capacidad mental o civil o por condena de juez competente dentro del proceso penal.

En relación con su contenido ha manifestado:

El ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir los ciudadanos, no solo deben gozar de derecho, sino también de "oportunidades". Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real de ejercerlos.

El artículo 23 de la Convención consagra los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad (...) ¹⁰

De esta forma, se entiende que la finalidad de la Corte es buscar un escenario de igualdad, donde no se presente ningún tipo de discriminación para llegar al acceso de los cargos públicos, pero, lo más importante de todo, que las restricciones fijadas legislativamente respondan a criterios serios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo

⁹ Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama, párr. 195.

Avenida Calle 24 No. 51 – 40, Torre Empresarial Capital Towers, Oficina 513

Teléfono: 7038420

Celular: 311-5353331- 310-3436858

E-mail: jgomez@abogadosgomezuruena.com

Bogotá - Colombia



mismo, únicamente se entiende limitada dicha posibilidad, más allá de las situaciones subjetivas descritas, a partir de la imposición de una condena por parte del juez competente en materia penal resultando la limitación al derecho por una simple sospecha de estar inmerso en un conflicto de intereses contrario a la Convención misma.

Si bien la Corte ha expuesto que la referencia a un juez penal no es taxativa y que otros órganos pueden establecer restricciones a los derechos políticos de conformidad con la Convención Americana, de la misma manera ha fijado que dicha restricción procedería como SANCIÓN a partir de una declaratoria de responsabilidad, tras haberse agotado todo el trámite pertinente, en la jurisdicción restrictiva, y con estricta observancia de las garantías descritas en el artículo 8º de la misma Convención¹¹.

Resaltada de esta forma la relevancia y protección que la Corte Interamericana busca dar a los derechos políticos es claro que la norma acusada resulta contraria no solo a los parámetros fijados dentro de la Constitución Política, sino incluso a conceptos integrantes del bloque de constitucionalidad en atención a que dicha restricción no podría basarse en criterios inciertos y contrarios al test de condiciones fijado por la CIDH.

Al respecto es menester recordar que la Corte, a través de su propia jurisprudencia, fijó dichos requisitos de la siguiente manera a) legalidad de la medida restrictiva, b) finalidad de la medida restrictiva, c) necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva; aspectos que, de ninguna forma, se satisfacen en la disposición demandada. Más allá de su consagración legal.

4.3 Casos prácticos

Lo irracional de la disposición señalada, se puede ilustrar con facilidad al relatar un simple caso, de los muchos que se dan en la práctica, en el que una persona es nombrada en un cargo público pese a saber que en el ejercicio de su cargo se verá incurso en futuros conflictos de intereses. De acuerdo con el apartado de la disposición demandada, surgiría la pregunta de si cada uno de los sujetos que intervinieron en el acto de nombramiento estarían inmersos dentro del supuesto de hecho descrito

¹¹ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.



por el numeral 17 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, esto es, la comisión de una falta gravísima.

Basta con analizar el caso del actual Fiscal General de La Nación, Dr. Néstor Humberto Martínez, quién fue elegido para asumir el cargo a finales del año 2016 por parte de la mayoría de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. A raíz su elección, surgieron una serie de suspicacias y especulaciones alrededor de las diferentes relaciones que había tenido en su pasado, ejerciendo como abogado litigante y consultor, con personas que podrían encontrarse inmersas, durante su cargo como fiscal general, en algún proceso penal. Claramente, esta situación generaría en él un impedimento para poder cumplir la función asignada.

En la práctica, casos como el de Odebrecht, en el que incluso un senador presentó acusación formal en contra del fiscal general por estar inmerso en un conflicto de intereses, denotan que las actividades realizadas en el pasado por parte del Dr. Martínez Neira se concretaban con claridad en un futuro conflicto de intereses para el ejercicio de su función. Este hecho era tan claro que, al momento de ser elegido, el Fiscal General consideró que, para esos casos, ante la aplicación de la figura legal de declararse impedido, era la misma Corte Suprema de Justicia la que debería nombrar un Fiscal Ad-Hoc para ejecutarla y no el mismo funcionario que, desde ya, anunciaba su imposibilidad de cumplir la función asignada.

Es decir, el Dr. Martínez anticipaba la aplicación de la figura del impedimento sin siquiera haber tomado posesión del cargo, y lo planteaba como una solución legal para esa situación subjetiva que podía afectar la eficacia e imparcialidad del ejercicio de la función pública que asumiría.

Lo anterior lleva a preguntarnos si, en ese orden de ideas y según lo descrito en el inciso segundo del numeral 17 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, ¿Sería objeto de una acción disciplinaria el presidente de la República al incluir al Dr. Néstor Humberto Martínez, o postularlo, en la terna de selección? De igual manera, ¿Lo serían también los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que lo eligieron para ocupar el cargo? Hasta donde la lógica permite llegar, se puede intuir que no, pero lo expuesto sí resalta de forma más que clara lo irracional, inadecuado y desproporcionado que resulta ser el aparte demandado de la disposición legal.

Las características del caso anterior resultan igualmente predicables de magistrados de altas cortes que en el ejercicio de su cargo deciden

Avenida Calle 24 No. 51 – 40, Torre Empresarial Capital Towers, Oficina 513

Teléfono: 7038420

Celular: 311-5353331- 310-3436858

E-mail: jgomez@abogadosgomezuruena.com

Bogotá - Colombia



declararse impedidos como consecuencia de la configuración de un conflicto de intereses. Tal como está el inciso segundo del numeral 17 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 incurrirían en falta gravísima aquellos magistrados (para el caso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado) o senadores (para el caso de los magistrados de la Corte Constitucional) y demás funcionarios quienes hayan intervenido en su nombramiento, designación elección o postulación.

5. Conclusiones

De todo lo expuesto, a manera de conclusión, resultan ser claras dos cosas: En primer lugar, que las inhabilidades e incompatibilidades son sustancialmente diferentes al conflicto de intereses, y más allá de que las tres figuras tengan como finalidad el recto, transparente y eficaz cumplimiento de la función pública, resulta irracional, desproporcionado e inadecuado que el legislador les haya otorgado una misma consecuencia jurídica en la norma acusada. En segundo lugar, que haber fijado como falta gravísima que un servidor público nombre, designe, elija, postule o intervenga en la postulación de un funcionario público que podría – o no – estar inmerso en un eventual – por no decir que hipotético –, conflicto de intereses viola el derecho político de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución Política y en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6. Petición

Con base en los argumentos expuestos en la presente demanda, solicitamos respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional que declare inexecutable la expresión "o conflicto de intereses" contemplada en el inciso segundo del numeral 17 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por ser contraria al principio constitucional de ejercicio de cargos públicos previsto en el numeral 7º del Artículo 40 de la Constitución Política.



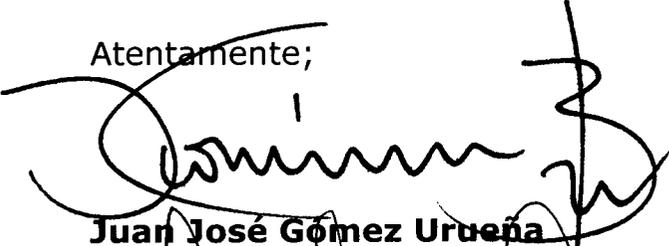
7. Inexistencia de cosa juzgada

Nos permitimos manifestar que, a la fecha de presentación de esta demanda, la Honorable Corte Constitucional no ha emitido pronunciamiento de constitucionalidad frente a la norma demandada.

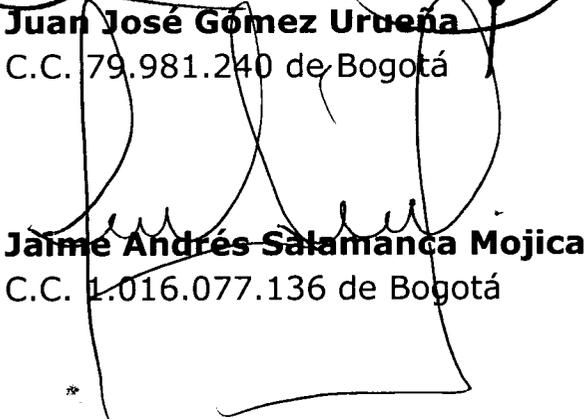
8. Notificaciones

Los suscritos accionantes recibiremos notificaciones en la Secretaría General de la Honorable Corte Constitucional o en la Avenida Calle 24 No. 51 - 40 Oficina 513, Edificio Capital Towers en la ciudad de Bogotá; teléfono: 7038420; E-mail: jgomez@abogadosgomezuruena.com y jsalamanca@abogadosgomezuruena.com.

Atentamente;



Juan José Gómez Urueña
C.C. 79.981.240 de Bogotá



Jaime Andrés Salamanca Mojica
C.C. 1.016.077.136 de Bogotá



[Handwritten signature]



**FIRMA REGISTRADA
DILIGENCIA AUTENTICACION**

NOTARIA SETENTA Y TRES DEL CIRCULO DE BOGOTA

HACE CONSTAR QUE LA FIRMA IMPUESTA POR GOMEZ
URUEÑA JUAN JOSE, IDENTIFICADO CON NUMERO DE CC
79981240 ES AUTENTICA Y COINCIDE CON LA REGISTRADA
EN NUESTRO DESPACHO

viernes 23 de noviembre de 2018

FIRMA POR SOLICITUD DE JUSTIAR

