

Sentencia 794 de 2014 Corte Constitucional

Sentencia C-794/14 (BogotÃ; D.C., 29 de octubre de 2014)

UTILIZACION DE CARGO PUBLICO PARA PARTICIPAR DE MANERA ACTIVA EN CONTROVERSIAS POLITICAS-Tipificación como falta disciplinaria gravÃsima no vulnera libertad de expresión ni libre ejercicio del derecho al sufragio y derechos polÃticos

UTILIZACION DE CARGO PUBLICO PARA PARTICIPAR DE MANERA ACTIVA EN CONTROVERSIAS POLITICAS-Aptitud de la demanda

UTILIZACION DE CARGO PUBLICO PARA PARTICIPAR DE MANERA ACTIVA EN CONTROVERSIAS POLITICAS-Contenido y alcance

PARTICIPACION DE EMPLEADOS DEL ESTADO EN ACTIVIDADES O CONTROVERSIAS POLITICAS-Antecedentes en asamblea constituyente

PROHIBICION DE PARTICIPACION DE EMPLEADOS DEL ESTADO EN ACTIVIDADES O CONTROVERSIAS POLITICAS-Alcance conforme artáculo 127 de la Constituciã³n Polática/PROHIBICION DE PARTICIPACION DE EMPLEADOS DEL ESTADO EN ACTIVIDADES O CONTROVERSIAS POLITICAS-Grupos de empleados del estado destinatarios de la medida en artáculo 127 de la Constituciã³n Polática

PROHIBICION DE PARTICIPACION DE EMPLEADOS DEL ESTADO EN ACTIVIDADES O CONTROVERSIAS POLITICAS-Clases de empleados destinatarios de la medida conforme acto legislativo 2 de 2004

PROHIBICION DE PARTICIPACION DE EMPLEADOS DEL ESTADO EN ACTIVIDADES O CONTROVERSIAS POLITICAS-Objeto

La prohibici \tilde{A}^3 n de participar en pol \tilde{A} tica dirigida a los empleados del Estado se apoya en importantes razones constitucionales que se desprenden de una lectura sistem \tilde{A}_i tica de la Carta. En efecto, dicha restricci \tilde{A}^3 n tiene por objeto (i) preservar el principio de imparcialidad de la funci \tilde{A}^3 n p \tilde{A}^0 blica, de la apropiaci \tilde{A}^3 n del Estado por uno o varios partidos; (ii) asegurar la prevalencia del inter \tilde{A}^0 s general sobre el inter \tilde{A}^0 s particular, ya grupista, sectorial o partidista; (iii) garantizar la igualdad de los ciudadanos y organizaciones pol \tilde{A} ticas, del trato privilegiado e injustificado que autoridades o funcionarios puedan dispensar a personas, movimientos o partidos de su preferencia; (iv) proteger la libertad pol \tilde{A} tica del elector y del ciudadano del clientelismo o la coacci \tilde{A}^3 n por parte de servidores del Estado, mediante el uso abusivo de la investidura oficial y la utilizaci \tilde{A}^3 n de los recursos del p \tilde{A}^0 blico; y (v) defender la moralidad p \tilde{A}^0 blica de la utilizaci \tilde{A}^3 n o destinaci \tilde{A}^3 n abusiva de bienes y dineros p \tilde{A}^0 blicos. En suma, tales principios, valores y derechos constitucionales explican y justifican la limitaci \tilde{A}^3 n de derechos de participaci \tilde{A}^3 n pol \tilde{A}^0 blica de que son objeto los servidores del Estado.

PROHIBICION DE PARTICIPACION DE EMPLEADOS DEL ESTADO EN ACTIVIDADES O CONTROVERSIAS POLITICAS-Comprende la conducta dirigida a intervenir activa o pasivamente en las diferentes disputas con incidencia electoral directa, apoyando o rechazando, una causa, una organización polÃtica o un candidato

ACTIVIDADES DE PARTIDOS Y MOVIMIENTOS Y CONTROVERSIAS POLITICAS-No hace parte del significado constitucional la emisi \tilde{A}^3 n de una opini \tilde{A}^3 n o la presentaci \tilde{A}^3 n de una postura respecto de un asunto de inter \tilde{A} ©s general

SERVIDORES PUBLICOS-Poder-deber de comunicaciÃ3n con los ciudadanos

La Corte ha reconocido que los servidores $p\tilde{A}^{\varrho}$ blicos tienen no solo la facultad sino tambi \tilde{A} ©n el deber de comunicarse de forma permanente con los ciudadanos a fin (i) de divulgar informaci \tilde{A}^{ϑ} n relativa a materias de inter \tilde{A} ©s general, (ii) de formular opiniones respecto de las pol \tilde{A} ticas gubernamentales emprendidas, (iii) de defender las gestiones realizadas o (iv) de ofrecer respuestas a quienes cuestionan sus ejecutorias. Seg \tilde{A}^{ϱ} n la Corte estas \tilde{A}^{ϱ} ltimas actuaciones quedan comprendidas por el "natural desarrollo de la democracia" y admiten "apreciaciones subjetivas formuladas a partir de criterios personales.

PARTICIPACION EN POLITICA-LÂmites

PARTICIPACION EN POLITICA DE SERVIDORES PUBLICOS-Jurisprudencia constitucional

 $PARTICIPACION \ EN \ POLITICA \ DE \ SERVIDORES \ PUBLICOS-Indeterminaci\~A^3n \ de \ condiciones/PARTICIPACION \ EN \ POLITICA \ DE \ SERVIDORES \ PUBLICOS-Car\~A; cter excepcional$

PARTICIPACION EN POLITICA DE SERVIDORES PUBLICOS-Inscripción como miembro de partido polÃtico/PARTICIPACION EN POLITICA DE SERVIDORES PUBLICOS-Indeterminación de la expresión "o militantes" referida a la posibilidad de participar en campaña electoral

PARTICIPACION EN POLITICA DE SERVIDORES PUBLICOS-Vaguedad al definir participaci\(\tilde{A}^3\)n en simposios, conferencias, foros y congresos organizados por el partido

PARTICIPACION EN POLITICA DE SERVIDORES PUBLICOS-Vaguedad al definir participación como miembros de organización de base de los centros de estudios o academias de formación del partido

PARTICIPACION EN POLITICA DE SERVIDORES PUBLICOS-ContribuciÃ3n a fondos de partidos, movimientos o candidatos

PARTICIPACION EN POLITICA DE SERVIDORES PUBLICOS-Solo procede con la expediciÃ3n de una ley estatutaria

UTILIZACION DE CARGO PUBLICO PARA PARTICIPAR DE MANERA ACTIVA EN CONTROVERSIAS POLITICAS-Juicio de proporcionalidad

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artÃculo 48, numeral 39 (parcial) de la ley 734 de 2002.

Referencia: Expediente D-10191. Actor: Nixon Torres Cárcamo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÃ LEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Norma acusada

El ciudadano Nixon Torres C \tilde{A}_i rcamo formula demanda en contra de la expresi \tilde{A}^3 n "y en las controversias pol \tilde{A} ticas", contenida en el numeral 39, del art \tilde{A} culo 48, de la ley 734 de 2002. La expresi \tilde{A}^3 n demandada se subraya a continuaci \tilde{A}^3 n:

LEY 734 DE 2002

(Febrero 05)

por la cual se expide el Código Disciplinario Ã□nico.

(...) LIBRO II

PARTE ESPECIAL

TITULO Ã NICO

LA DESCRIPCION DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN PARTICULAR

CAP̸TULO I

Faltas gravÃsimas

ARTÃ CULO 48. Faltas gravÃsimas. Son faltas gravÃsimas las siguientes:

(...)

- 39. Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos polÃticos <u>y en las controversias polÃticas</u>, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley.
- 2. Pretensiones y cargos de la demanda.

El demandante solicita se declare la inexequibilidad de la expresión "y en las controversias polÃticas", del numeral 39, del artÃculo 48, de la ley 734 de 2002. Para ello enuncia los siguientes cargos de inconstitucionalidad.

2.1. Cargo por violación del Preámbulo de la Constitución.

Tipificar como falta gravÃsima la participación en las controversias polÃticas, implica una limitación desproporcionada de las libertades y derechos vinculados a la democracia. En efecto, con la expresión acusada se afecta seriamente el derecho de los funcionarios públicos de participar en las "opiniones, decisiones polÃticas, que emanen de las tres (3) Ramas del Poder Público y que constituyen el ejercicio de otros derechos fundamentales, que el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos."

2.2. Cargo por violación del artÃculo 9º de la Constitución.

Dado que el art \tilde{A} culo $9\hat{A}^{\varrho}$ de la Carta establece que las relaciones del Estado colombiano se fundamentan en los principios del derecho internacional, la disposici \tilde{A} ³n acusada debe examinarse a partir de la Convenci \tilde{A} ³n Americana de Derechos Humanos en la que se desarrolla el derecho a la participaci \tilde{A} ³n pol \tilde{A} tica "sin limitaciones a partir de que se ejecuten funciones p \tilde{A}^{ϱ} blicas en cualesquiera de los cargos de las tres (3) Ramas del Poder P \tilde{A}^{ϱ} blico."

2.3. Cargo por violaciÃ³n del artÃculo 20 de la ConstituciÃ³n.

La prohibición que se deriva de la disposición demandada, afecta el contenido esencial de la libertad de expresión protegida por el artÃculo 20 de la Carta. En efecto, la disposición cuestionada restringe la posibilidad de que los servidores públicos expresen sus opiniones y, en esa medida, desconoce que el ejercicio de determinados cargos públicos "implica el conocimiento directo sobre ciertos temas sociales que hacen parte de la polÃtica pública de las instituciones democráticas (...)". El aparte normativo también impone una restricción del derecho de los ciudadanos a informarse respecto de determinados asuntos que "pueden hacer parte de la polÃtica pública o de las controversias polÃticas electorales."

2.4. Cargo por violación del artÃculo 40 de la Constitución.

La disposición acusada establece una restricción inconstitucional de los derechos polÃticos de quienes ocupan cargos públicos. Esta restricción resulta especialmente problemática dado que no son claras las diferencias entre participar en "polÃtica electoral" y participar en "temas polÃticos". Ello conduce a la sanción de todas las manifestaciones que el funcionario público exprese en medio de una controversia polÃtica. Adicionalmente, la prohibición limita la posibilidad de los servidores públicos de tener iniciativa ante las Corporaciones Públicas en desarrollo de mecanismos de participación ciudadana, dado que ello podrÃa considerarse como la intervención en una controversia polÃtica. 2.5. Cargo por violación del artÃculo 93 de la Constitución y de los artÃculos 1, 2, 23 y 29 de la "Convención Americana de Derechos Humanos" aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

La Convención Americana de Derechos Humanos, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional -sentencia C-028 de 2006-, hace parte del bloque de constitucionalidad. La disposición acusada vulnera los derechos polÃticos protegidos en el artÃculo 23 de la Convención y, en esa medida, su vigencia desconoce la obligación de las autoridades de respetar tales garantÃas. El derecho a la participación se protege con independencia de la ocupación o no de un cargo público y, en consecuencia, la expresión que se acusa desconoce la forma en que debe interpretarse dicho tratado. La norma no tiene en cuenta la prohibición de suprimir el goce y ejercicio de los derechos toda vez que cualquier controversia relativa a un asunto público será, al mismo tiempo, un asunto polÃtico.

3. Intervenciones.

3.1. Departamento Administrativo de la Función Pública: exequibilidad.

El artÃculo 127 de la Carta en su redacción original asà como el texto vigente después de la modificación que le introdujo el artÃculo 1º del Acto Legislativo 2 de 2004, ha previsto una incompatibilidad para algunos de los servidores públicos que implica la prohibición de tomar parte en actividades polÃticas. De conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-454 de 1993, esa prohibición obedece a la necesidad de que la actuación del servidor público sea imparcial y, en esa medida, pretende evitar que en desarrollo de su cargo favorezca a los candidatos o grupos polÃticos. Si bien es cierto que el servidor público tiene inclinaciones o preferencias polÃticas y por ello es posible que ejerza el derecho al voto, tal circunstancia no impide establecer restricciones que aseguren "un manejo serio y responsable de la función que cumple y que podrÃa verse comprometido en el ejercicio de la actividad polÃtica partidista."

3.2. Universidad Libre - Observatorio de IntervenciÃ3n Ciudadana Constitucional: exeguibilidad condicionada.

La disposici \tilde{A}^3 n no vulnera las disposiciones invocadas dado que \tilde{A}^0 nicamente establece una restricci \tilde{A}^3 n del derecho de los servidores p \tilde{A}^0 blicos "para intervenir en las controversias pol \tilde{A}^3 ticas propias de los partidos, en determinadas circunstancias, dada la naturaleza y conformaci \tilde{A}^3 n en sus distintos \tilde{A}^3 rganos de direcci \tilde{A}^3 n y control buscando que se act \tilde{A}^0 e con autonom \tilde{A}^3 a e independencia para el cumplimiento de sus fines (...)." La prohibici \tilde{A}^3 n prevista en la norma demandada se activa sin perjuicio del ejercicio de los derechos previstos en la Constituci \tilde{A}^3 n. En ese sentido, el ciudadano puede ejercer los derechos previstos, por ejemplo, en el art \tilde{A}^3 culo 40 de la Constituci \tilde{A}^3 n.

El artÃculo 127 de la Carta estableció expresamente que no podrán tomar parte en las controversias polÃticas ni en las actividades de los partidos y movimientos polÃticos los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales asà como en los organismos de control y de seguridad. En todo caso previó que los empleados no cubiertos por la anterior prohibición, únicamente podrán participar en las actividades y controversias referidas en las condiciones en que ello sea previsto en la ley estatutaria.

La disposici \tilde{A}^3 n debe ser declarada exequible en el entendido de que la prohibici \tilde{A}^3 n "se refiere a tomar decisiones en los \tilde{A}^3 rganos de direcci \tilde{A}^3 n de los partidos, y que la participaci \tilde{A}^3 n de los empleados p \tilde{A}^0 blicos, en las actividades pol \tilde{A} ticas se ejerza en los t \tilde{A} 0 rminos establecidos en la Constituci \tilde{A}^3 n, respetando las prohibiciones que la norma superior se \tilde{A} ±ala."

3.3. Universidad del Rosario - Facultad de Jurisprudencia: exequibilidad condicionada.

Atendiendo el contenido actual del artÃculo 127 de la Carta, prever como falta disciplinaria la participación en polÃtica coincide con lo allà dispuesto. La coincidencia entre la prohibición prevista en la norma demandada y el texto constitucional implica que las autoridades disciplinarias son competentes para definir los eventos en que la participación en controversias polÃticas es también una indebida participación en polÃtica.

No obstante lo anterior, dado que la disposición acusada remite a la ley estatutaria que defina las condiciones bajo las cuales algunos servidores pueden participar en polÃtica y ella no existe en la actualidad -la Corte declaró inexequible algunos apartes de la Ley de GarantÃas Electorales que regulaban la materia-, la ProcuradurÃa General de la Nación ha indicado que hasta tanto no se expida la regulación respectiva, se encuentra prohibido que los servidores públicos ejerzan cualquier actividad polÃtica diferente al sufragio.

Es entonces necesario definir si la inexistencia de la ley estatutaria se traduce en una prohibición absoluta de participación en polÃtica -con independencia del régimen diferenciado que establece el artÃculo 127 entre algunos de los servidores públicos- o si por el contrario se encuentra vigente una permisión para hacerlo. Es indispensable que la Corte condicione la constitucionalidad del artÃculo que prohÃbe la participación en controversias polÃticas dado que, de no proceder asÃ, se negarÃa la distinción entre los servidores públicos respecto de los cuales la Constitución previó una prohibición absoluta de participar en polÃtica y aquellos que sà lo pueden hacer en las condiciones que establezca la ley.

Por lo expuesto, la Corte debe declarar la exequibilidad de la expresión acusada en el entendido de "que mientras se expide la ley estatutaria prevista en el artÃculo 127 de la Constitución, dicha norma sea aplicada teniendo en cuenta los criterios que la propia Corte establezca para distinguir la situación en que se encuentran los empleados del Estado que se desempeñan en la rama judicial o en los órganos electorales, de control o de seguridad, de aquellos que desempeñan sus funciones en las demás ramas y órganos del Estado."

3.4. Universidad Externado - Grupo de Investigación en Derecho Administrativo: exequibilidad.

La disposición a la que se integra la expresión acusada fue adoptada debido a que la corrupción administrativa en relación con la participación en polÃtica se habÃa incrementado. La validez constitucional de la norma acusada se evidencia al constatar que ella supera el test de proporcionalidad. En efecto, la limitación a los derechos polÃticos en estos casos resulta idónea para alcanzar un propósito constitucional legÃtimo; es también necesaria puesto que la limitación a la libre expresión y a la participación democrática es mÃnima puesto que únicamente implica la prohibición de usar el cargo para participar en controversias polÃticas; finalmente la medida es proporcionada en sentido estricto dado que permite proteger la ética, la moralidad y la imparcialidad restringiendo levemente los derechos a participar en polÃtica y a expresarse libremente.

De lo se $\tilde{A}\pm$ alado en la sentencia C-454 de 1993 al ocuparse de las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente se concluye "que fue voluntad del constituyente establecer un r $\tilde{A}\odot$ gimen de prohibici \tilde{A} 3n taxativa para ciertos funcionarios p \tilde{A} 2blicos con la idea de la permisi \tilde{A} 3n regulada por la ley para otros." Lo que pretende la disposici \tilde{A} 3n es asegurar que el comportamiento de los servidores p \tilde{A} 2blicos sea imparcial y evitar el favorecimiento de un espec \tilde{A} fico candidato o grupo pol \tilde{A} tico. Esas cuestiones ser \tilde{A} 1n definidas por la autoridad disciplinaria. As \tilde{A} pues no se viola la Constituci \tilde{A} 3n.

3.5. Academia Colombiana de Jurisprudencia: exequibilidad condicionada.

La disposición que se ataca constituye un desarrollo del artÃculo 127 de la Constitución. Es necesario precisar que la restricción a la participación en polÃtica no comprende a la totalidad de empleados del Estado en tanto se refiere solo a los empleados de la rama judicial, de los órganos electorales, de control y de seguridad. En adición a ello las restricciones que se establecen a la participación en polÃtica deben ser, conforme lo ha dispuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, las estrictamente necesarias para proteger o preservar un interés constitucional superior y, en particular, la imparcialidad.

En el caso de los empleados que según el inciso tercero del artÃculo 127 de la Carta sà pueden participar en polÃtica en las condiciones fijadas por la ley estatutaria, debe concluirse que la ausencia de expedición de tal ley no puede suponer una restricción al ejercicio de sus derechos más allá de los lÃmites establecidos por la propia Constitución. De esta manera "los servidores públicos no incluidos en la prohibición contemplada en el artÃculo 127 de la Constitución PolÃtica, están autorizados expresamente por la Constitución para participar en actividades de los partidos y movimientos polÃticos, y en controversias polÃticas (...)", dado que las omisiones legislativas no pueden conducir a una limitación de los derechos fundamentales. Esta interpretación encuentra apoyo en varios pronunciamientos del Consejo de Estado. Naturalmente, la interpretación que favorece la participación en polÃtica no implica que sea absoluto el derecho que la protege puesto que no será posible "usar de manera indebida o con parcialidad el cargo o los elementos destinados al servicio público."

Asà las cosas, el artÃculo acusado deberÃ; declararse exequible siempre y cuando se entienda "que la prohibición en la norma contenida, sólo se predicarÃ; respecto de aquellos empleados a que se refiere el artÃculo 127 de la Constitución PolÃtica, hasta tanto no se expida la ley estatutaria sobre la materia."

3.6. CIĂnica Socio JurĂdica de InterĂ©s PĂºblico de la Universidad de Caldas: exequibilidad condicionada.

3.6.1. Dos de los cargos planteados por el demandante no cumplen las condiciones m\(\text{\text{A}}\) nimas para propiciar un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional. El cargo relativo a la violaci\(\text{\text{A}}\) n del pre\(\text{\text{\text{i}}}\) mbulo constitucional no cumple los requisitos de especificidad y suficiencia puesto que "su alegato se redujo a hacer una afirmaci\(\text{\text{A}}\) 3n sobre las implicaciones del poder legislativo al momento de expedir leyes que comprometan derechos fundamentales de libertad y de participaci\(\text{\text{A}}\) 3n democr\(\text{\text{A}}\); tica" sin desarrollar un razonamiento que desvirt\(\text{\text{A}}\) e la constitucionalidad de la disposici\(\text{\text{A}}\) 3n acusada o que demuestre las razones por las cuales la medida adoptada resulta desproporcionada. El cargo por violaci\(\text{\text{A}}\) 3n del art\(\text{\text{C}}\) culo 9\(\text{\text{0}}\) e no satisface los requisitos de especificidad, claridad y suficiencia al no demostrar en qu\(\text{\text{0}}\) © sentido la disposici\(\text{\text{A}}\) desconoce la Convenci\(\text{\text{A}}\) 3n Americana de Derechos Humanos y, en particular, de qu\(\text{\text{0}}\) © forma se viola el art\(\text{\text{C}}\) culo 9\(\text{\text{0}}\) de la Carta que no prev\(\text{\text{0}}\) cuna consecuencia como la que presupone el actor.

Son admisibles los cargos relativos a la infracción del artÃculo 20 -libertad de expresión-, del artÃculo 40 -derechos de participación- y del artÃculo 93 -normas que regulan el derecho de participación y que hacen parte del bloque de constitucionalidad-.

3.6.2. Examinada la disposición desde la perspectiva de los principios que gobiernan el derecho disciplinario y de lo dispuesto en el artÃculo 127 de la Carta, puede concluirse que resulta constitucional dado que persigue una finalidad legÃtima consistente en desarrollar los principios que orientan la función administrativa. Además de ello, la Constitución prohÃbe absolutamente para algunos casos la intervención en controversias polÃticas –sin perjuicio del derecho al voto- al paso que para los restantes funcionarios dispone que lo podrán hacer de conformidad con lo que establezca la ley.

3.6.3. La libertad de expresi \tilde{A}^3 n cuando ella es ejercida por funcionarios p \tilde{A}^0 blicos reviste la doble condici \tilde{A}^3 n de poder- deber y, por ello, se encuentra sometida a restricciones especiales. Esta consideraci \tilde{A}^3 n no es tomada en cuenta por el demandante lo que termina por conducirlo a una interpretaci \tilde{A}^3 n equivocada. La disposici \tilde{A}^3 n "persigue castigar disciplinariamente no cualquier opini \tilde{A}^3 n o informaci \tilde{A}^3 n que se suscite en el

debate pol \tilde{A} tico, sino aquellas que se desv \tilde{A} an de la utilizaci \tilde{A} ³n recta del cargo." Ello se explica en la capacidad que tienen las manifestaciones de los servidores p \tilde{A} ⁰blicos de ser recibidas y de influir en la opini \tilde{A} ³n de otros.

No obstante lo anterior es procedente examinar la constitucionalidad de la medida aplicando para el efecto un juicio estricto de proporcionalidad. Dicha intensidad obedece a que la medida, *prima facie*, afecta el goce de un derecho constitucional fundamental. Asà las cosas (i) la medida persigue una finalidad constitucionalmente valiosa consistente en la realización de los principios de la función administrativa y, adicionalmente, permite regular el ejercicio de la libertad de expresión como deber-poder resultando, en este último caso, un propósito imperioso. A su vez la norma es idónea y necesaria puesto que, de una parte, el derecho disciplinario contribuye a corregir los comportamientos de los servidores públicos y, de otra, la consecuencia prevista en caso de cometer la falta disciplinaria responde adecuadamente al peligro que respecto de los principios de la función pública puede asociarse a un comportamiento tal. Finalmente, la medida es estrictamente proporcionada al fijar una sanción disuasiva para contrarrestar no cualquier opinión sino solo aquella que valiéndose del cargo pretenda incidir en controversias polÃticas.

3.6.4. El derecho fundamental a participar se encuentra asegurado en el orden interno e internacional. Este reconocimiento se anuda al carácter universal y expansivo del principio democrático e implica que solo son posibles restricciones que se ajusten a los lÃmites establecidos en la ley. En el caso del derecho a la participación de los servidores públicos, el artÃculo 127 estableció un régimen especial en el cual se establece un tratamiento diferenciado entre aquellos que se encuentren vinculados a la rama judicial o a los organismos electorales, de control y de seguridad y los que tienen otra condición. Para los primeros se fijó una "regla prohibitiva absoluta" al paso que para los segundos una "regla condicionada" conforme a la cual solo podrán participar en polÃtica en las condiciones que disponga la Ley. En atención a que el artÃ-culo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé que la participación solo puede restringirse por la ley, la ausencia de expedición -tal y como ha ocurrido hasta el momento- no puede afectarse el ejercicio de los derechos polÃticos.

La Corte debe declarar la exequibilidad de la disposición acusada "en el entendido que los servidores públicos destinatarios de este tipo disciplinario, y eventualmente, objeto de sanción disciplinaria por hacer parte de "controversias polÃticas" son exclusivamente los que se desempeñen en la Rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad"; mientras para los demás servidores públicos no comprendidos en la anterior clasificación les está garantizado el ejercicio de sus derechos polÃticos de participación, como regla general de conformidad con el estándar de protección de la Convención Americana de Derechos Humanos, hasta tanto no sea expedida la ley estatutaria que regule la materia."

3.6. Edilberto Escobar Cortés: inexequibilidad

La disposición acusada no solo desconoce las disposiciones invocadas por el ciudadano demandante, sino también los artÃculos 2º y 100, inciso segundo de la Constitución. Hace parte de una omnÃmoda competencia asignada al Procurador General de la Nación por la ley y vulnera las disposiciones constitucionales que reconocen a todo ciudadano la posibilidad de participar en condiciones de igualdad en la vida civil y polÃtica. Una controversia o disputa alude a una discusión o debate y no puede confundirse, en ningún caso, con la actuación de un servidor público consistente en imponer sus propios criterios. Asà las cosas, el legislador no se encuentra autorizado para establecer restricciones a los derechos y libertades que protegen la facultad de los ciudadanos de participar, sin restricción, en las discusiones y debates de todo orden

- 4. ProcuradurÃa General de la Nación: inhibición y, subsidiariamente, exequibilidad.
- 4.1. El cargo carece de certeza y especificidad. En efecto, la interpretaci \tilde{A}^3 n que hace de la disposici \tilde{A}^3 n demandada no se ajusta a los diferentes m \tilde{A} ©todos de interpretaci \tilde{A}^3 n y, adicionalmente, no coincide con la pr \tilde{A}_i ctica judicial y administrativa que ha suscitado su aplicaci \tilde{A}^3 n. Adicionalmente no es espec \tilde{A} fica si se considera que no permite constatar una oposici \tilde{A}^3 n entre la Constituci \tilde{A}^3 n y la ley.

Una interpretación textual del numeral 39 del artÃculo 48 de la Ley 734 de 2002 permite concluir que lo que allà se prohÃbe es *utilizar*, esto es, aprovecharse del cargo con el objetivo de intervenir en las disputas polÃticas. En esa medida -salvo que el comportamiento sea desplegado por alguno de los funcionarios que tienen absolutamente prohibido participar en controversias polÃticas- la participación en una de ellas no implica, necesariamente, la incursión en una falta disciplinaria. Es en esa dirección en que la ProcuradurÃa General de la Nación y el Consejo de Estado han entendido la disposición acusada tal y como puede constatarse en sus pronunciamientos. En consecuencia "el verbo rector de la falta disciplinaria no consiste en el mero hecho de participar en controversias polÃticas, sino que, por el contrario, es indispensable que el servidor utilice, se aproveche o instrumentalice su cargo para efectuar dicha participación."

La interpretaci \tilde{A}^3 n anterior es coincidente con los resultados de una aproximaci \tilde{A}^3 n teleol \tilde{A}^3 gica. Siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, el objetivo de la norma consiste en impedir la "afectaci \tilde{A}^3 n grave de la buena marcha del Estado, toda vez que los intereses generales, representados en las funciones que debe desempe $\tilde{A}\pm ar$ el servidor (art. $2\hat{A}^2$ constitucional), se ven supeditados a los intereses particulares que se vislumbran al defender una causa privada en una disputa electoral." Esta interpretaci \tilde{A}^3 n es tambi \tilde{A} 0 n coincidente con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, en particular, con lo se $\tilde{A}\pm a$ lado en la sentencia C-454 de 1993. As \tilde{A} pues, la utilizaci \tilde{A}^3 n del cargo para los fines a los que alude la norma "entorpece el desarrollo de la funci \tilde{A}^3 n $p\tilde{A}^2$ blica, y con esto, los principios constitucionales de la misma, especialmente la imparcialidad, la moralidad y la igualdad (art. 209 constitucional)."

En adición a lo anterior, una lectura sistemática del artÃculo permite arribar a idÃ⊚ntica conclusión. La falta disciplinaria se funda en el desconocimiento del deber funcional y, en esa medida, debe afectar "la correcta marcha del Estado (...)." Asà entonces "la mera participación de los funcionarios en controversias polÃticas, sin aprovecharse de su cargo, no resulta ser determinante por si sola para concluir que se ha afectado el buen funcionamiento de la actividad estatal (...)". Igualmente la lectura de la disposición, a la luz de la regla general de permisión de participación en polÃtica que se desprende del artÃculo 127, hace posible concluir que ello solo está prohibido cuando se ejerce indebidamente.

4.2. En caso de que la Corte considere que no procede adoptar una decisi \tilde{A}^3 n inhibitoria, debe declararse la exequibilidad de la disposici \tilde{A}^3 n acusada dado que, correctamente entendida, no se quebranta la Constituci \tilde{A}^3 n. En efecto (i) constituye un desarrollo directo del inciso $4\hat{A}^0$ del

artÃculo 127 que prohÃbe usar el empleo con el objetivo de intervenir en asuntos polÃticos y (ii) tiene como propósito las salvaguarda de algunos de los principios reconocidos en el artÃculo 209 de la Carta, en particular, la imparcialidad, la igualdad y la moralidad. Igualmente (iii) la disposición contribuye al correcto desarrollo de las actividades a cargo del Estado tal y como ello lo exige el artÃculo 2º de la Constitución. Finalmente (iv) la disposición no vulnera la libertad de expresión dado que, de una parte, su correcta comprensión conduce a concluir que no impide expresar "juicios sobre la realidad polÃtica e institucional" a un porcentaje significativo de los servidores públicos y, de otra, no puede afirmarse su violación fundándose para ello en un comportamiento ilegal o injusto, tal y como ocurre con el abuso del cargo a fin de conseguir réditos polÃticos o electorales.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

En virtud de lo establecido en el numeral $4\hat{A}^{0}$ del art \tilde{A} culo 241 de la Constituci \tilde{A}^{3} n, la Corte es competente para juzgar la constitucionalidad de la expresi \tilde{A}^{3} n "y las controversias pol \tilde{A} ticas" del numeral 39, del art \tilde{A} culo 48, de la Ley 734 de 2002.

- 2. Aptitud de los cargos y sÃntesis del problema jurÃdico.
- 2.1. Los cargos se edifican a partir de una idea común según la cual la expresión acusada restringe la posibilidad de los empleados del Estado de formular opiniones sobre asuntos que revisten interés para todos y que no se refieren, por ese solo hecho, a disputas partidistas. Dada la apertura de la expresión que se acusa, las autoridades podrÃan imponer sanciones que anulan la posibilidad de intervenir en discusiones de interés general. Tal estado de cosas implicarÃa, a juicio del demandante, (i) la violación del artÃculo 20 -desarrollo directo del carácter democrático del Estado que reconoce la libertad para expresar y difundir su pensamiento y opinión asà como el derecho a recibir información; (ii) la infracción del artÃculo 40 de la Constitución al limitar la posibilidad de los empleados de participar en discusiones o disputas sin distinguir entre la polÃtica electoral y los temas polÃticos; y (iii) en la vulneración de los artÃculos 9º y 93 de la Carta como consecuencia del desconocimiento de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos que amparan la participación sin prever diferencias por razón del cargo que se ocupe (art. 23).
- 2.2. El cargo por violación del artÃculo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, como consecuencia de ello, por vulneración de los artÃculos 9º y 93 de la Constitución, no cumple las condiciones requeridas para propiciar un pronunciamiento de fondo y, en particular, no satisface la exigencia de especificidad, en virtud de la cual la demanda debe demostrar de forma precisa la manera en que se produce la violación. En este caso, se afirma –genéricamente- la afectación del derecho a la participación previsto en el artÃculo 23 de la Convención Americana, sin explicar la manera en que se restringen las garantÃas allà previstas encaminadas a proteger (a) el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, (b) el derecho a elegir y ser elegido y (c) el derecho a tener acceso a los cargos públicos. No puede identificarse en la demanda un argumento que evidencie la manera en que tales derechos, cuyo objeto consiste en amparar la posibilidad de integrar las instituciones del Estado o intervenir mediante el voto en su conformación, puedan vulnerarse por la proscripción de que los empleados del Estado hagan uso del cargo para participar en controversias polÃticas. En consecuencia, la Corte se inhibirá de emitir un pronunciamiento de fondo respecto del cargo por violación de los artÃculos 9 y 93 de la Constitución y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- 2.3. El examen de las otras acusaciones permite identificar una argumentación cierta y clara edificada a partir de una interpretación –prima facie posible- de la expresión "controversias polÃticas". Los planteamientos son también pertinentes al encontrar apoyo en disposiciones constitucionales (arts. 20 y 40). Adicionalmente satisfacen la exigencia de especificidad, al explicar la manera en que el carácter abierto de la expresión "controversias polÃticas" puede conducir, en virtud de las sanciones disciplinarias aplicables, a intervenciones graves en los derechos de los empleados del Estado (i) a expresar libremente su opinión (art. 20) y (ii) a acudir a algunos de los instrumentos de participación para la conformación, ejercicio y control del poder polÃtico previstos en el artÃculo 40 de la Carta. En esa dirección, se advierte que la expresión acusada reprocha la intervención en cualquier discusión, debate o actuación relevante para la sociedad o el Estado.
- 3. Problema de constitucionalidad.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional abocará el siguiente problema jurÃdico:

Â

¿Establecer legalmente que la utilización del cargo para participar en *controversias polÃticas* constituye falta disciplinaria gravÃsima, vulnera: (i) el artÃculo 20 de la Constitución que protege la libertad de expresión de los servidores públicos, al impedirles opinar sobre temas que pueden hacer parte de la polÃtica pública de las instituciones democráticas y ser de interés para la ciudadanÃa; y (ii) el artÃculo 40 de la Constitución, al sancionar conductas de empleados estatales que pueden ser el ejercicio legÃtimo de los derechos de participación consagrados en la Constitución, independiente de su condición de servidores públicos?

- 4. Cuestión previa: alcance de la expresión demandada.
- 4.1. El texto que se acusa hace parte de un tipo disciplinario que configura una conducta del servidor $p\tilde{A}^{0}$ blico como falta grav \tilde{A} sima. La disposici \tilde{A}^{3} n prescribe:

ArtÃculo 48. Faltas gravÃsimas. Son faltas gravÃsimas las siguientes:

39. Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos polÃticos <u>y en las controversias polÃticas</u>, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley.

- 4.2. La ocurrencia de la falta se subordina a la verificaci \tilde{A}^3 n de tres condiciones en el siguiente orden: (i) que el servidor p \tilde{A}^0 blico particip \tilde{A}^3 en las actividades de los partidos y movimientos pol \tilde{A} ticos, o en controversias pol \tilde{A} ticas; (ii) que ha utilizado el empleo o cargo en el acto de participaci \tilde{A}^3 n; y (iii) que aun cumplidas esas dos condiciones, el comportamiento no est \tilde{A}_i protegido por un derecho reconocido en la ley o en la Constituci \tilde{A}^3 n.
- 4.3. Su consideración como falta gravÃsima implica que dependiendo del tÃtulo de imputación subjetivo con el que se califique el comportamiento tÃpico del servidor público sometido al poder disciplinario, podrán imponerse sanciones diferentes. AsÃ, de acuerdo con el artÃculo 44 de la Ley 734 de 2002 en aquellos eventos en los que la conducta se cometa con dolo o culpa gravÃsima procederá la sanción de destitución e inhabilidad general y cuando la falta gravÃsima es culposa esa misma disposición prevé la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial.
- 4.4. Con una orientación similar, pero en el contexto de la regulación penal, el artÃculo 422 del Código Penal vigente establece que incurre en *intervención en polÃtica* el servidor público que ejerza jurisdicción, autoridad civil o polÃtica, cargo de dirección administrativa, o se desempeñe en los órganos judicial, electoral, de control, y forme parte de comités, juntas o directorios polÃticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento polÃtico. Se establece que en estos casos incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. Esa sanción, según allà se dispone, no se aplica a los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.
- 5. Cuestión previa: el artÃculo 127 de la Constitución y la participación en polÃtica de los empleados del Estado.

El tipo disciplinario parcialmente demandado, coincide en varios aspectos con la prohibición enunciada en el segundo inciso del artÃculo 127 de la Carta, tal y como fuera modificado por el Acto legislativo 2 de 2004. Debe por ello la Corte iniciar precisando el significado de tal disposición y la forma en que se relaciona con el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión (art. 20 C.P.) y del derecho a la participación (art. 40 C.P.).

- 5.1. Contenido general del artÃculo 127 de la Constitución.
- 5.1.1. El artÃculo 127 regula la posibilidad de los empleados del Estado de intervenir en actividades polÃticas. En su redacción original su inciso segundo establecÃa (i) que los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejercieran jurisdicción, autoridad civil o polÃtica, cargos de dirección administrativa, o que se desempeñaran en los órganos judicial, electoral y de control, no podrÃan tomar parte en las actividades de partidos y movimientos asà como tampoco en controversias polÃticas, sin perjuicio del libre ejercicio del derecho al sufragio. Establecida esa prohibición, el inciso tercero disponÃa (ii) que los empleados no cobijados por ella, se encontraban habilitados para participar en dichas actividades y controversias en las condiciones fijadas por la ley.
- 5.1.2. Con la aprobación del Acto legislativo 2 de 2004¹ se introducen cambios muy importantes a la Constitución y, de manera particular, modificaciones a los incisos segundo y tercero del artÃculo 127. AsÃ, (i) se autorizó la reelección del Presidente y Vicepresidente de la Republica, fijando las condiciones bajo las cuales, con tal propósito, dichos funcionarios pueden desarrollar actividades de proselitismo polÃtico. (ii) Se modificó la prohibición de participación en polÃtica indicando que únicamente se aplicarÃa a los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad; este ajuste implicó, de una parte, excluir de la prohibición a quienes ejercieran jurisdicción, autoridad civil o polÃtica o cargos de dirección administrativa y, de otra, incluir en esa regla a los órganos de seguridad del Estado. Adicionalmente el acto legislativo referido (iii) dispuso una nueva redacción del inciso tercero al prescribir que a los miembros de la fuerza pública en servicio activo les son aplicables las limitaciones del artÃculo 219 de la Constitución² y, pese a que conservó la regla de participación en polÃtica de los funcionarios públicos no cubiertos por la prohibición, (iv) varió su texto al señalar que solo pueden participar en dichas actividades y controversias en las condiciones en que lo disponga la *ley estatutaria*.
- 5.2. La Asamblea Constituyente y la prohibición de participar en polÃtica.

El proceso constituyente de 1991 deja en evidencia la importancia que tuvo la aprobaci \tilde{A}^3 n del r \tilde{A} ©gimen del servidor p \tilde{A}^0 blico y, en particular, los agudos debates suscitados respecto de las reglas que gobernar \tilde{A} an la participaci \tilde{A}^3 n de los empleados del Estado en actividades o controversias pol \tilde{A} ticas.

5.2.1. Alrededor de la cuestión, los proyectos de reforma tuvieron diferente orientación. Un primer grupo, que comprendÃa propuestas como las contenidas en los proyectos No. 2 del Gobierno Nacional, No. 126 de Antonio Galán y No. 130 de Eduardo Espinosa, proponÃa que los funcionarios públicos pudieran intervenir en las actividades polÃticas prescribiendo que, en cualquier caso, la ley determinarÃa las condiciones bajo las cuales se harÃa. El texto de esas propuestas indicaba que "[I]a ley determinará las condiciones en las cuales los funcionarios públicos podrán intervenir en actividades polÃticas."³

Un segundo grupo sugerÃa la consagración de prohibiciones amplias a la participación. En esa dirección se encontraba, por ejemplo, el proyecto No 67 presentado por Misael Pastrana y otros constituyentes, conforme al cual "[a] los servidores públicos les estÃ; prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias polÃticas, sin perjuicio del que ejerza el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta."^{4.} También en ese grupo estaba el proyecto No. 66 de Raimundo Emiliani conforme al cual "[a] los empleados y funcionarios públicos de la Carrera Administrativa les estÃ; prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias polÃticas sin perjuicio de ejercer el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta."^{5.} En igual sentido, aunque con un menor nivel de restricción se hallaba el proyecto No. 93 presentado por el Constituyente Arturo MejÃa Borda según el cual "[a] los empleados públicos de la carrera administrativa les estÃ; prohibido tomar parte en las controversias polÃ-

ticas, sin perjuicio de participar en las actividades meramente organizativas de los partidos y de ejercer libremente el derecho al sufragio"⁶

Una tercera perspectiva planteaba reconocer una permisión general de participación, exceptuada en algunos eventos previamente señalados por la Constitución o la ley. Ellos se diferenciaban respecto del alcance de las excepciones dado que (i) unos establecÃan que la prohibición debÃa comprender a los funcionarios que tuvieran jurisdicción, mando o responsabilidad polÃtica³, (ii) otros planteaban que abarcara a quienes ejercÃan jurisdicción o mando y los que definiera la ley³ y (iii) algunos más incluÃan a funcionarios de dirección y manejo asà como a los que estableciera expresamente la Constitución.

5.2.2. Los informes de ponencia evidenciaron los desacuerdos. AsÃ, en el presentado por los constituyentes Carlos Lleras de la Fuente y Abel RodrÃguez ante la Comisión Tercera se explicaban las opciones contenidas en los proyectos de reforma. Fueron asà agrupadas:

"La primera propuesta constituye un significativo avance frente al $r\tilde{A} \odot$ gimen vigente, en el sentido que permite el ejercicio pleno de los derechos pol \tilde{A} ticos de los ciudadanos, no obstante su vinculaci \tilde{A} 3 n al Estado; conscientes eso s \tilde{A} que la autoridad de la cual puedan estar investidos no puede constituirse en elemento al servicio de una causa o partido. En consecuencia y con el \tilde{A} 1 nimo de que pueda realizarse un desmonte parcial de la prohibici \tilde{A} 3 n actual se ha trasladado al legislador la fijaci \tilde{A} 3 n de condiciones y requisitos para la participaci \tilde{A} 3 n de los servidores p \tilde{A} 2 blicos en la actividad pol \tilde{A} 4 conficience que desempe \tilde{A} 3 n de los servidores p \tilde{A} 2 blicos en la actividad pol \tilde{A} 4 participaci \tilde{A} 3 n de los servidores p \tilde{A} 2 blicos en la actividad pol \tilde{A} 4 cargos de jurisdicci \tilde{A} 3 n y mando. Se recoge de esa manera la aspiraci \tilde{A} 3 n expresada en varios de los proyectos y propuestas de reforma constitucional, en el sentido de ampliar los derechos pol \tilde{A} 4 conscientes eso s \tilde{A} 4 que la autoridad de la cual puedan estar investidos que la autoridad de la cual puedan estar investidos no puede constituiça de la cual puedan estar investidos que permite el ejercicio pleno de la cual puedan estar investidos no puede constituiça de la cual puedan estar investidos que pueda realizarse un desmonte parcial de la cual puedan estar investidos pol \tilde{A} 3 n de condiciones y requisitos para la participaci \tilde{A} 3 n de los servidores p \tilde{A} 4 plos condiciones y requisitos parcial de la cual puedan estar investidos parcial de la cua

Estas perspectivas dieron lugar a dos posibles art \tilde{A} culos conocidos como el $5\hat{A}^{\varrho}$ a y el $5\hat{A}^{\varrho}$ b 11 . El primero ten \tilde{A} a el siguiente contenido:

"La ley fijar \tilde{A}_i las condiciones para la participaci \tilde{A}^3 n de los servidores p \tilde{A}^0 blicos en actividades pol \tilde{A} ticas" 12

El segundo artÃculo fue redactado asÃ:

"A los servidores públicos, con excepción de los que expresamente señala esta Constitución y los que desempeñan cargos de dirección, jurisdicción y mando, no les está prohibido pertenecer a directorios de partidos o movimientos, participar en actividades o intervenir en debates polÃticos. Sin embargo, la utilización de las funciones del empleo para inducir o presionar indebidamente a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña polÃtica será causal de mala conducta e interdicción de derechos y nulidad del cargo obtenido"13

Luego, el informe Ponencia de la Comisión Tercera a la Plenaria de la Asamblea, explicó que luego de evaluadas las alternativas habÃa sido acogida la propuesta del Constituyente Galán¹⁴. El texto era el siguiente:

"La ley fijarÃ; las condiciones para la participación de los Servidores Públicos en actividades polÃticas. Con todo, la utilización de las funciones del empleo para inducir o presionar indebidamente a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña polÃtica serÃ; causal de mala conducta e interdicción de derechos y nulidad del cargo obtenido."

15

Diversas propuestas sustitutivas en el debate en Plenaria en la Asamblea Constituyente fueron presentadas. Asà por ejemplo, el constituyente Hernando Yepes formuló la No. 13 que sugerÃa la adopción de un texto según el cual "[a] los servidores públicos les estÃ; prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias polÃticas, sin perjuicio de que ejerzan el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta"¹6 Por su parte la Comisión Primera, en la propuesta No. 22, sugirió un artÃculo que prescribÃa que "[a] los funcionarios públicos que ejerzan jurisdicción y mando o cargo de dirección administrativa, asà como todos los que estén vinculados a la Rama Jurisdiccional, la electoral y los organismos de control, les estÃ; prohibido tomar parte en las actividades de partidos o movimiento polÃticos, en las controversias polÃticas e intervenir en debates de carÃ; cter electoral, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta."¹¹ Finalmente la propuesta sustitutiva No. 23 formulada por el constituyente Carlos Rodado Noriega indicaba, en lo pertinente para este análisis, que "[l]a ley fijará las condiciones para la participación de los servidores públicos en actividades polÃticas, salvo en los casos de funcionarios que detenten jurisdicción o mando o de dirección administrativa o los de la rama jurisdiccional, la electoral y los organismos de control (...)"¹8

5.2.3. En el curso de las sesiones de la Comisi \tilde{A} ³n Tercera y la Plenaria se desarrollaron agudos debates sobre la materia. As \tilde{A} por ejemplo, en la sesi \tilde{A} ³n de fecha 15 de mayo de 1991 de la Comisi \tilde{A} ³n Tercera uno de los constituyentes indicaba que no pod \tilde{A} a "resultar que aquel pol \tilde{A} tico que sea $m\tilde{A}$ is avispado en hacerse al bot \tilde{A} n burocr \tilde{A} itico, logre que incluso los contribuyentes enemigos pol \tilde{A} ticamente le est \tilde{A} \tilde{C} n financiando sus campa \tilde{A} ±as a trav \tilde{A} \tilde{C} s de pagar el salario del empleado p \tilde{A} \tilde{D} blico que est \tilde{A} i a su servicio" 19.

En la reuni \tilde{A}^3 n de fecha 22 de mayo de 1991 de la Plenaria de la Asamblea, uno de los constituyentes destac \tilde{A}^3 la importancia del r \tilde{A} egimen del servidor p \tilde{A}^0 blico:

"(...) Y en tercer lugar definir un exigente r \tilde{A} ©gimen para los servidores p \tilde{A}^0 blicos, parece que la comunidad est \tilde{A} ; cansada de esos servidores p \tilde{A}^0 blicos que han hecho del Estado un patrimonio o partidista, o grupista o personal o que utilizan el ejercicio de las funciones propias de su cargo no para servir a la ciudadan \tilde{A} a sino para someter a los ciudadanos, para condicionar la actividad pol \tilde{A} tica de los ciudadanos y quiere el pueblo de Colombia, con absoluta seguridad, que la Constituci \tilde{A} 3 n le ponga freno a esta situaci \tilde{A} 3 n (...)"²⁰ (Subrayas no hacen parte del texto)

Posteriormente, otro de los constituyentes resumió asà las diferentes alternativas de regulación que habÃan sido consideradas:

"Luego el artÃculo catorce que también fue objeto de dos posiciones en la Asamblea busca resolver un viejo problema y es el relacionado con la participación en actividades polÃticas por parte de los funcionarios públicos. La comisión discutió sobre este particular dos posiciones. Una, que plantea mantener la situación actual, la situación heredada del Frente Nacional, en el sentido de establecer una prohibición general a todos los servidores del Estado, a todos los funcionarios para que participen en polÃtica y la otra posición, que proponÃa restringir esa prohibición solamente a aquellos funcionarios que desempeñaran altos cargos, cargos de autoridad, de jurisdicción, de mando, de dirección dentro del Estado, y que se eliminase la prohibición para aquellos servidores públicos que no tienen responsabilidades o que no ejercen responsabilidades fundamentales en el Estado. Finalmente surgió esta fórmula que se plantea aquà en el artÃculo catorce y es la de señalar, no negar, no prohibir la participación en polÃtica, sino establecer que la ley fijará las condiciones para el ejercicio de esa participación, cuidándonos eso sà de que esa participación pueda dar origen a continuar en estos sistemas clientelistas, politiqueros que tanto daño le han hecho al paÃs, señalando que no puede el servidor público utilizar el ejercicio de las funciones propias de su cargo, para presionar indebidamente a los ciudadanos en favor de una causa o campaña polÃtica y que de hacerlo incurrirá en causal de mala conducta."

(Subrayas no hacen parte del texto)

En esa misma sesión un interviniente se refirió a la cuestión en los siguientes términos:

"(...) yo creo que tenemos que diferenciar entre los funcionarios o los servidores $p\tilde{A}^{\Omega}$ blicos que tienen jurisdicci \tilde{A}^{3} n y mando, en mi opini \tilde{A}^{3} n los que tienen jurisdicci \tilde{A}^{3} n y mando <u>no deben participar en actividades partidistas</u> pero creo que los trabajadores del Estado, los servidores $p\tilde{A}^{\Omega}$ blicos que no tienen ning \tilde{A}^{Ω} n tipo de jurisdicci \tilde{A}^{3} n y mando pueden participar en actividades partidistas, <u>se les tiene que garantizar constitucionalmente el derecho a participar en las actividades partidistas,</u> creo que la experiencia de la Asamblea Nacional Constituye en este sentido ha sido extraordinariamente rica (...)"²² (Subrayas no hacen parte del texto)

Otro integrante de la Asamblea precisó el alcance de la prohibición, resaltando que no implicaba la anulación de las otras garantÃas que se derivaban del carácter participativo de la democracia:

- "(...) regreso un poco al 14 sobre la actividad pol\(\text{Aica}\) y as\(\text{A}\) votar\(\text{A}\) y propondr\(\text{A}\), que hay que hacerla absoluta, la actividad pol\(\text{Aica}\), para el servidor p\(\text{A}^0\) blico representa un riesgo, una tentaci\(\text{A}^3\), ya admirablemente descrita por el Constituyente Emiliani, y sintetizable en que en arca abierta el justo peca y por lo tanto a eso hay s\(\text{A}\) que sumarle, a esa proyecci\(\text{A}^3\) n general lo que ha sido origen de nuestro mandato como es el fortalecimiento de la democracia participativa; o sea es un servidor p\(\text{A}^0\) blico que est\(\text{A}\); teniendo no las puertas cerradas como las ha tenido hasta esta constituyente, sino toda un \(\text{A}\); rea donde desenvolverse como ciudadano en t\(\text{A}\) erminos comunitarios, a participar en la inspecci\(\text{A}^3\)n, vigilancia y control de las actividades del Estado y en la planeaci\(\text{A}^3\)n inclusive como lo hemos consagrado en la Comisi\(\text{A}^3\)n Segunda para entidades territoriales y en el fortalecimiento que le hemos hecho por ejemplo a las juntas administradoras locales y aqu\(\text{A}\) vuelvo al llamado y a la propuesta de Carlos Holmes Trujillo, en el sentido de que se debe tambi\(\text{A}\) o consagrar el deber del servidor p\(\text{A}^0\)blico en promover la participaci\(\text{A}^3\) n ciudadana y es precisamente por esa l\(\text{A}\)nea que el servidor podr\(\text{A}\); participar en los asuntos del Estado, no por el de la contienda pol\(\text{A}\)tica y no por lo que se est\(\text{A}\); se\(\text{A}\)±alando aqu\(\text{A}\) y dejando a la ley, por la actividad pol\(\text{A}\)tica sea por el activismo pol\(\text{A}\)tico, tenemos que prohib\(\text{A}\)real contienda los servidores del Estado (...)
- 5.2.4. La diversidad de textos considerados y el contenido aprobado como artÃculo 127 de la Constitución, evidencia la existencia de muy diversas posturas respecto de la participación en polÃtica de los empleados del Estado. La tensión se suscitaba entre dos posiciones básicas que planteaban, por un lado, la necesidad de reconocer un derecho general de participación de tales empleados en las actividades partidistas y en las controversias polÃticas y, por otro, la importancia de negar absolutamente tal posibilidad. Entre ellas aparecÃan alternativas de regulación que coincidÃan en reconocer tal derecho en algunos casos y no conferirlo en otros. Al margen de eso los debates permiten identificar una preocupación compartida respecto de los riesgos asociados a la participación en polÃtica de los empleados del Estado y, en particular, del relativo a que las instituciones y recursos del Estado fueran empleados con el propósito de incidir en disputas partidistas o contiendas electorales. Eso explica la ausencia de reconocimiento de un derecho absoluto o de aplicación inmediata a participar en las actividades polÃticas.

Además de ello, en los textos examinados por la Asamblea se identifica un desacuerdo respecto de la relación de la ley con el ejercicio del derecho. En ese sentido, algunas de las propuestas sugerÃan que la concreción de este dependÃa de la adopción de una ley. En otros casos, en los cuales se sugerÃa una prohibición para algunos empleados, nada se dice acerca de los restantes ni se remite a la ley para definir las condiciones de participación.

5.3. Interpretación de las restricciones constitucionales al derecho de participación y lÃmites al establecimiento de restricciones legales a tales derechos.

Pese a las diferencias existentes entre la redacción original del artÃculo 127 de la Carta y la resultante de su modificación en el Acto Legislativo 2 de 2004, del examen de su texto, de los antecedentes de su aprobación y de la jurisprudencia constitucional pueden extraerse los elementos centrales de las reglas allà previstas.

5.3.1. El art \tilde{A} culo 127 de la Constituci \tilde{A} ³n proh \tilde{A} be a los miembros activos de la fuerza p \tilde{A} ⁹blica el ejercicio del derecho de sufragio y de intervenci \tilde{A} ³n en actividades o debates partidistas -CP 219-. Esa disposici \tilde{A} ³n, al mismo tiempo, proh \tilde{A} be a los empleados estatales en general, y espec \tilde{A} ficamente a los de la rama judicial, \tilde{A} ³rganos electorales, de control y de seguridad, la participaci \tilde{A} ³n "en las actividades de los partidos y

movimientos y en las controversias polÃticas" -CP 127, inc. 2-. En todo caso, la disposición admite la participación eventual -en actividades partidistas y controversias polÃticas- de empleados estatales diferentes a los especificados en el punto anterior, quienes "solo podrán" hacerlo en virtud de decisión del Legislador estatutario y en las condiciones que llegare a disponer -CP 127, inc. 3-.

5.3.2. En la redacción original del artÃculo 127 se consagraron siete grupos de empleados del Estado destinatarios de la prohibición especÃfica de intervenir en las actividades enunciadas. En efecto, se enunciaban los empleados que ejercieran (i) jurisdicción, (ii) autoridad civil, (iii) autoridad polÃtica o (iv) se desempeñaran en cargos de dirección administrativa. También se aplicaba la prohibición a los empleados vinculados a los órganos (v) judiciales, (vi) electorales o (vii) de control. Según lo explicó la jurisprudencia, al paso que las cuatro primeras clases tenÃan en común el hecho de que los empleados referidos se encargan de adoptar decisiones²⁴, en los grupos restantes la restricción se explica por su vinculación a determinados órganos²⁵, obrando como una garantÃa reforzada o adicional de imparcialidad e independencia.

El acto legislativo 2 de 2004 estableci\(\tilde{A}^3\) cuatro clases de empleados respecto de los cuales la participaci\(\tilde{A}^3\) n en actividades de partidos y movimientos o en controversias pol\(\tilde{A}\)ticas, se proh\(\tilde{A}\)be espec\(\tilde{A}\)ficamente. Se trata de los empleados de (i) la rama judicial, (ii) los \(\tilde{A}^3\)rganos electorales, (iii) los \(\tilde{A}^3\)rganos de control y (iv) los \(\tilde{A}^3\)rganos de seguridad. Dicha reforma dispuso, adem\(\tilde{A}\)is, una autorizaci\(\tilde{A}^3\)n espec\(\tilde{A}\)fica de participaci\(\tilde{A}^3\)n en pol\(\tilde{A}\)tica para el Presidente y el Vicepresidente de la Republica. Ahora bien, tal y como se se\(\tilde{A}\)±al\(\tilde{A}^3\), para los miembros de la fuerza p\(\tilde{A}^0\)blica el art\(\tilde{A}\)culo (19 constitucional, antes y despu\(\tilde{A}^0\)s del Acto Legislativo 2 de 2004, consagr\(\tilde{A}^3\) una prohibici\(\tilde{A}^3\)n total de deliberar, de ejercer el derecho al sufragio y de intervenir en actividades o debates de partidos y movimientos.

- 5.3.3. La prohibici \tilde{A}^3 n de participar en pol \tilde{A} tica dirigida a los empleados del Estado se apoya en importantes razones constitucionales que se desprenden de una lectura sistem \tilde{A}_i tica de la Carta. En efecto, dicha restricci \tilde{A}^3 n tiene por objeto (i) preservar el principio de *imparcialidad de la funci\tilde{A}^3n p\tilde{A}^2blica,* de la apropiaci \tilde{A}^3 n del Estado por uno o varios partidos; (ii) asegurar la *prevalencia del inter* \tilde{A} \otimes s *general* sobre el inter \tilde{A} \otimes s particular, ya grupista, sectorial o partidista; (iii) garantizar la *igualdad de los ciudadanos y organizaciones pol\tilde{A}ticas, del trato privilegiado e injustificado que autoridades o funcionarios puedan dispensar a personas, movimientos o partidos de su preferencia; (iv) proteger la <i>libertad pol\tilde{A}tica del elector y del ciudadano* del clientelismo o la coacci \tilde{A}^3 n por parte de servidores del Estado, mediante el uso abusivo de la investidura oficial y la utilizaci \tilde{A}^3 n de los recursos del p \tilde{A}^0 blico; y (v) defender la *moralidad p\tilde{A}^0blica* de la utilizaci \tilde{A}^3 n o destinaci \tilde{A}^3 n abusiva de bienes y dineros p \tilde{A}^0 blicos. En suma, tales principios, valores y derechos constitucionales explican y justifican la limitaci \tilde{A}^3 n de derechos de participaci \tilde{A}^3 n pol \tilde{A}^0 blico de que son objeto los servidores del Estado.
- 5.3.4. La prohibición del artÃculo 127 debe delimitarse de manera que se armonicen las restricciones que de allà se desprenden con las normas constitucionales e internacionales que protegen la libertad de expresión y la participación. La interpretación de la prohibición no puede resultar tan amplia que termine por vaciar de contenido garantÃas constitucionales centrales en un Estado genuinamente democrático. Tampoco, por otro lado, puede resultar tan estrecha que prive de significado el lÃmite que el constituyente fijó para asegurar que las funciones asignadas al Estado se desarrollen con estricta sujeción a la primacÃa del interés general sobre el particular y al principio de imparcialidad. En esa dirección es necesario tomar en consideración que "la prohibición de participar en el debate polÃtico, es, para quien detenta la calidad de funcionario público, como para quien ejerce una función pública que atribuya autoridad, una condición necesaria de la neutralidad en el desempeño de sus funciones."²⁶

Para evitar una interpretación excesiva o deficiente, la Corte considera que la prohibición que enuncia el inciso segundo del artÃculo 127 de la Carta comprende la conducta dirigida a intervenir activa o pasivamente en las diferentes disputas con incidencia electoral directa, apoyando o rechazando, una causa, una organización polÃtica o un candidato. No hace parte del significado constitucional de las expresiones "actividades de los partidos y movimientos" y "controversias polÃticas", comportamientos que al margen de un debate electoral o de una disputa partidista, tienen como resultado o pueden ser interpretados como la emisión de una opinión o la presentación de una postura respecto de un asunto de interés general. Esta conclusión se fundamenta en varias razones.

- 5.3.4.1. De los debates que se adelantaron en la Asamblea Constituyente respecto de la redacción del artÃculo 127 se desprende que el eje fue la preocupación por los riesgos asociados a la actuación de funcionarios para favorecer causas polÃticas partidistas, empleando los privilegios o poderes que se ostentan al tener tal condición. Fue por tal razón que durante las discusiones se hizo referencia permanente a la *actividad partidista* y se plantearon diferencias entre esa participación y la intervención en otro tipo de actuaciones relacionadas, por ejemplo, con el control de la gestión pública.
- 5.3.4.2. Una interpretación sistemática de la Carta permite concluir que la prohibición de participar en actividades de partidos y movimientos asà como en controversias polÃticas no se erige en un impedimento para que los empleados del Estado -bajo la condición de no incidir directamente en el debate partidista o en la contienda electoral- intervengan o asuman posiciones respecto de materias de relevancia colectiva y, que por ello tienen un significado polÃtico en el sentido más amplio del término. Semejante postura harÃa inviable la armonización del artÃculo 127 de la Carta con las disposiciones que permiten que los empleados del Estado promuevan procesos de participación y deliberación tal y como ocurre con varios de los mecanismos establecidos para controlar el poder polÃtico.

Es claro que la Constitución en esta materia no se opone a que los ciudadanos, incluso quienes sirven al Estado, intervengan en controversias que reflejan disputas ciudadanas –sin propósitos electorales o partidistas directos- alrededor de los propósitos que debe perseguir el Estado y los medios para alcanzarlos. Los problemas de la comunidad conciernen a todos y, en esa medida, el Estado debe facilitar la participación de todos en la vida polÃtica (art. 2) y los ciudadanos cumplir ese deber (art. 95.5).

Una interpretaci \tilde{A}^3 n extensiva de la prohibici \tilde{A}^3 n prevista en el art \tilde{A} culo 127 afecta competencias o derechos de empleados cuyo ejercicio se encuentra garantizado tal y como ocurre, por ejemplo, con el denominado *poder-deber de comunicaci\tilde{A}^3n* de algunos funcionarios. La Corte ha reconocido que los servidores p \tilde{A}^0 blicos tienen no solo la facultad sino tambi \tilde{A} 0 n el deber de comunicarse de forma permanente con los

ciudadanos a fin (i) de divulgar información relativa a materias de interés general, (ii) de formular opiniones respecto de las polÃticas gubernamentales emprendidas, (iii) de defender las gestiones realizadas o (iv) de ofrecer respuestas a quienes cuestionan sus ejecutorias²¹. Según la Corte estas últimas actuaciones quedan comprendidas por el "natural desarrollo de la democracia" y admiten "apreciaciones subjetivas formuladas a partir de criterios personales."²8

En este punto cabe recordar que la Constitución emplea el término "polÃtica" al referirse a una diversidad de materias cuyo desarrollo se encuentra a cargo de diferentes funcionarios del Estado y que exige su participación directa en la formulación, discusión, ejecución y divulgación. Ello ocurre, entre otras, con la polÃtica exterior (art. 9), la polÃtica de previsión, rehabilitación e integración social (art. 47), las polÃticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas (art. 49), las polÃticas salariales y laborales (art. 56), la polÃtica en materia de televisión (art. 77), la polÃtica comercial (150.19.c), las polÃticas ministeriales (art. 208), la polÃtica criminal (art. 250), la polÃtica para la enseñanza de derechos humanos (art. 282) y la polÃtica económica, social y ambiental (art. 339)

Una interpretación moderada de la locución "controversias polÃticas" se impone también dado que, de lo contrario, podrÃa tornarse imposible el ejercicio de determinadas competencias atribuidas a funcionarios que hacen parte de los órganos a los que se refiere el segundo inciso del artÃculo 127 y que por su naturaleza dan lugar a debates sobre asuntos generales y, en un sentido más amplio, polÃticos. En efecto competencias relativas (i) a la presentación de proyectos de ley por parte de órganos o funcionarios como el Consejo de Estado (art. 237.4), el Consejo Superior de la Judicatura (art. 257.4), el Contralor General de la República (art. 268.9), el Procurador General de la Nación (art. 278.3) o el Defensor del Pueblo (art. 282.6), y (ii) a la participación en la formulación de polÃticas como en el caso del Fiscal General de la Nación (art. 251.4), no podrÃan desarrollarse válidamente si la expresión "controversias polÃticas" fuese entendida en un sentido lato.

Adicionalmente, a diferencia de lo que ocurre respecto de los miembros de la fuerza pública según el artÃculo 219 de la Carta, no existe una restricción, aplicable al resto de ciudadanos -incluyendo a los empleados del Estado- para deliberar sobre los asuntos de interés general. Por el contrario, la democracia participativa implica que, además de las manifestaciones representativas, es necesario que los ciudadanos intervengan activamente en las decisiones que los afectan (arts. 2, 40 y 95.5). Ello exige una ciudadanÃa deliberante y la tutela de las libertades que son funcionales a la discusión. Aceptar que el segundo inciso del artÃculo 127 impone una limitación a la posibilidad de deliberar, amplÃa excesivamente una prohibición que tiene como destinatarios exclusivos a los miembros de la fuerza pública. Se tratarÃa, en contra de su carácter especial, de una prohibición para todos, incompatible con un régimen democrático.

En sÃntesis, no puede desprenderse del artÃculo 127, sin anular la obligación de armonizar las diferentes disposiciones de la Carta y preservar la unidad de la Constitución (arts. 2º, 4º y 241), una interpretación que conduzca a la prohibición absoluta de intervenir en controversias o debates de interés general. Ello (i) violarÃa libertades y derechos que, como los invocados por el demandante, no contemplan una cláusula que impida su ejercicio por parte de servidores públicos; (ii) vaciarÃa de contenido competencias constitucionalmente reconocidas a órganos judiciales, electorales y de control; (iii) desconocerÃa el carácter central de la deliberación en el concepto de democracia participativa reconocido en el artÃculo 1º de la Constitución; y (iv) extenderÃa, más allá de lo permitido, la prohibición de deliberar prevista para los miembros de la fuerza pública en el artÃculo 219.

- 5.3.5. La permisión legislativa del inciso 3 del artÃculo 127 constitucional dispuesta para la participación eventual de determinados empleados estatales -distintos de los judiciales, de los órganos de control o electorales, o de seguridad y fuerza pública-, se encuentra en todo caso sometida a tres lÃmites que se desprenden directamente de la Constitución. En primer lugar, (i) su ejercicio no puede ser abusivo (art. 95.1); en segundo lugar, (ii) no puede desconocer las reglas constitucionales especÃficas aplicables a todos los empleados del Estado (arts. 110 y 127 inc. 4); en tercer lugar, (iii) el ejercicio del derecho referido solamente procede con la expedición de una ley estatutaria que la autorice y fije las condiciones de ejercicio. No se trata de un imperativo constitucional para el Legislador estatutario sino de la atribución de una potestad por el Constituyente, que le permitirÃa ampliar las excepciones a la prohibición de participación polÃtica de determinados servidores públicos, con arreglo a criterios de oportunidad y conveniencia. Cabe destacar, adicionalmente, que los lÃmites que se impongan a la referida permisión deben respetar el contenido esencial de los derechos y las exigencias vinculadas al principio de proporcionalidad.
- 5.3.5.1. El abuso del derecho acaece cuando el titular lo ejerce en contra de su finalidad o función. La jurisprudencia ha previsto que constituyen ejercicio abusivo del derecho de los empleados del Estado a participar, toda actuación que suponga un incumplimiento de sus deberes o que interfiera en la actividad polÃtica. Ha destacado que se erige en ejercicio abusivo (i) la utilización de "los elementos de su despacho para hacer proselitismo o para desempeñar en cualquier sentido la actividad polÃtica" ; (ii) el empleo del "tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses" ; (iii) el uso de "información reservada tomada de los archivos de la entidad pública a los cuales tiene acceso por razón de su cargo" para desarrollar actividades polÃticas; y (iv) el ejercicio de las competencias de una forma que incline de forma ilegÃtima la actuación de Estado "a favor de una determinada corriente o movimiento polÃtico." ³²
- 5.3.5.2. La naturaleza reglada de la actividad de los servidores públicos (art. 6 y 123), implica que aún en el caso de una autorización constitucional para participar, se hallan vinculados por normas que disciplinan su conducta. De manera particular, el artÃculo 110 prohÃbe que las personas que desempeñen funciones públicas hagan contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos, o induzcan a que otros hagan tales contribuciones. A su vez, el inciso cuarto del artÃculo 127 prevé la prohibición de utilizar el empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña polÃtica.
- 5.3.5.3. El inciso tercero del artÃculo 127 de la Carta prevé la permisión para la participación de ciertos empleados del Estado en las actividades de los partidos y movimientos o en las controversias polÃticas, únicamente por decisión del Legislador y en las condiciones que fije la ley. A su vez, el Acto Legislativo 2 de 2004 estableció que los empleados no cubiertos por la prohibición "solo" podrán hacerlo en las condiciones que fije una ley estatutaria. La nueva disposición incluyó el referido adverbio -solo- y dispuso que las condiciones para la participación se consagrarán no en una ley ordinaria sino en una sometida a un procedimiento de aprobación y reforma agravado (ley

estatutaria).

La jurisprudencia nacional se ha ocupado del alcance de la remisión que a la ley hizo el artÃculo 127 de la Constitución. La aproximación a la cuestión no ha sido uniforme y se mueve entre una interpretación que sostiene que la expedición de la ley es condición necesaria para la participación³³ y otra que asume que su ausencia no constituye un obstáculo para ello³⁴. La Corte, coincidiendo en eso con los pronunciamientos adoptados en las sentencias C-454 de 1993 y C-1153 de 2005, considera que la participación de los empleados del Estado en las actividades de los partidos y movimientos o en las controversias polÃticas, se subordina a la expedición de un régimen estatutario que la decrete y establezca las condiciones para ello. Esta conclusión de fundamenta en las siguientes razones:

- 5.3.5.3.1. Tanto el texto original del inciso tercero del artÃculo 127 como aquel aprobado mediante el Acto Legislativo 2 de 2004, indican que la adopción de la ley es un requisito indispensable para el ejercicio del derecho. No de otra forma puede interpretarse que se hubiere establecido que la participación se desplegarÃa en las *condiciones* previstas por la ley. Tales condiciones se refieren a los contenidos particulares de tal derecho, a los contextos en los cuales se puede ejercer y a los lÃmites que debe respetar. La expresión "en las condiciones" supone la vigencia de una regulación que configure el contenido del derecho.
- 5.3.5.3.2. El carácter novedoso de tal permisión, inexistente en el ordenamiento constitucional anterior a 1991, explica la necesidad de prever un régimen legislativo que trate las tensiones que pueden suscitarse. Ciertamente no tiene el mismo alcance ni los mismos efectos que se predican del derecho general de los ciudadanos a intervenir en actividades polÃticas. Si bien en ambos casos la adopción de una regulación legislativa es posible, los asuntos por regular no son los mismos. En el caso de los empleados estatales debe considerarse su régimen constitucional (art. 122 y ss.) y los principios que gobiernan el funcionamiento de la administración pública (art. 209). Es necesario que el legislador tome en consideración los problemas que pueden anudarse a tal participación, como consecuencia del eventual rompimiento del deber de trato igual de las organizaciones polÃticas –movimientos o partidos- que se reconoce en el artÃculo 107 de la Constitución.
- 5.3.5.3.3. La exigencia de una ley estatutaria encuentra apoyo directo en las consideraciones de la sentencia C-1153 de 2005. En esa oportunidad se juzgaba la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artÃculo 152 literal f) de la Constitución PolÃtica de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones." Incorporaba un tÃtulo –el III- denominado "Participación en polÃtica de los servidores públicos." que contenÃa, además de un artÃculo general sobre las posibilidades de intervención en polÃtica (art. 37), un grupo de disposiciones relativas a las prohibiciones aplicables a los servidores públicos en esta materia (art. 38), a sus posibilidades de actuación (art. 39), al deber de sancionar el incumplimiento de las reglas fijadas (art. 40) y a la improcedencia de aplicar las limitaciones a los miembros de las corporaciones públicas de elección popular o a los funcionarios de las mismas (art. 41).

Sobre el art \tilde{A} culo 37 se \tilde{A} \pm al \tilde{A} \tilde{A} que de permitirse la participaci \tilde{A} \tilde{A} n de los funcionarios p \tilde{A} \tilde{A} blicos en actividades pol \tilde{A} ticas ella "estar \tilde{A} \tilde{A}

"La falta de determinación hace insuficiente la regulación, puesto que no fija lÃmites a una actuación que si bien permitida por la Carta lo es en forma excepcional y no como regla general. Tal apertura de la disposición deriva en la posibilidad de que la participación en polÃtica termine yendo en detrimento del desarrollo de la función pública en virtud del olvido de las tareas encomendadas en la ley a los funcionarios en razón de la dedicación a las actividades polÃticas. // El proyecto de ley estatutaria debió fijar las condiciones para que los servidores públicos diferentes al Presidente pudieran participar en polÃtica. Lo anterior con el fin de promover el equilibrio entre los candidatos, velar porque el ejercicio de la actividad polÃtica no opacara el desarrollo de las funciones públicas al servicio del interés general y evitar abusos en cabeza de quienes ostentan cargos públicos. La indeterminación de la manera en que, en el artÃculo 37, se pretendió desarrollar la regulación necesaria para el ejercicio de la actividad polÃtica permite toda forma de participación en tal área a favor o en contra de cualquier candidato. Lo anterior, no importando la capacidad de aprovechar la situación de poder del funcionario, por ejemplo, como ministro, director de entidad, alcalde o gobernador. Esta amplitud, se repite, contrarÃa la Carta. // La Corte precisa no obstante, que la declaratoria de inexequibilidad del artÃculo en estudio se da sin perjuicio de que una ley estatutaria posterior desarrolle la materia." (Subrayas no hacen parte del texto original)

En esa misma decisi \tilde{A}^3 n, examin \tilde{A}^3 el art \tilde{A} culo 39 que establec \tilde{A} a formas de participaci \tilde{A}^3 n de los servidores p \tilde{A}^0 blicos prescribiendo la facultad (a) de participar en simposios, conferencias, foros o congresos organizados por el partido; (b) de inscribirse como miembros o militantes del partido; (c) de ser parte de los miembros permanentes de la organizaci \tilde{A}^3 n de base de los centros de estudio o academias de formaci \tilde{A}^3 n de los partidos; y (d) de contribuir a los fondos de los partidos, movimientos y/o candidatos, sin que esto implique autorizar libranzas a cargo de su remuneraci \tilde{A}^3 n como servidores p \tilde{A}^0 blicos.

Consider \tilde{A}^3 la Corte que la autorizaci \tilde{A}^3 n para la inscripci \tilde{A}^3 n como miembro de un partido no se opon $\tilde{A}a$ a la Carta. Sin embargo se $\tilde{A}\pm al\tilde{A}^3$ "que la posibilidad de participar activamente en una campa $\tilde{A}\pm a$ electoral, implicada en la acci \tilde{A}^3 n de militar, es demasiado amplia e indeterminada, m \tilde{A}_i s a \tilde{A}^2 n cuando no se prev \tilde{A}^{\odot} bajo qu \tilde{A}^{\odot} circunstancias de modo, tiempo y lugar puede darse tal militancia." Dicho eso asever \tilde{A}^3 que se encontraban afectados por la misma vaguedad la segunda y tercera hip \tilde{A}^3 tesis de participaci \tilde{A}^3 n dado que "no se define de qu \tilde{A}^{\odot} 0 manera, durante cu \tilde{A}_i into tiempo y en qu \tilde{A}^{\odot} 0 espacios f \tilde{A} sicos el funcionario p \tilde{A}^0 blico que intervenga en pol \tilde{A}^0 1 participar en simposios, conferencias, foros y congresos organizados por el partido; tampoco se definen tales circunstancias para la participaci \tilde{A}^3 n como miembros permanentes de la organizaci \tilde{A}^3 n de base de los centros de estudios o academias del partido." Estim \tilde{A}^3 3 tambi \tilde{A}^{\odot} 0 n que "en lo atinente a la contribuci \tilde{A}^3 1 a los fondos de los partidos, movimientos y/o candidatos la ley no regula siquiera de manera m \tilde{A}^0 1 mima el monto, el momento y la forma (en dinero, en especie o con el servicio mismo del funcionario p \tilde{A}^0 2 blico) en que tales contribuciones pueden darse." Finalmente, al declarar la inexequibilidad parcial de la regla que permit \tilde{A}^3 1 la participaci \tilde{A}^3 2 n en pol \tilde{A}^3 3 n en pol \tilde{A}^3 4 los funcionarios vinculados a las Corporaciones

 $P\tilde{A}^{\circ}$ blicas (art. 41) sostuvo que "ser \tilde{A} a contrario a la igualdad que, sin existir una diferencia lo suficientemente relevante entre estos funcionarios y los dem \tilde{A}_i s servidores $p\tilde{A}^{\circ}$ blicos diferentes a los miembros de las corporaciones, a unos se les permitiera ampliamente participar en pol \tilde{A} tica y a otros no." 38

5.3.5.3.4. La necesidad de que exista una ley estatutaria previa, se pone tambi $\tilde{A} \otimes n$ de presente en los primeros debates del proyecto que finalmente se convirti \tilde{A}^3 en el Acto Legislativo 2 de 2004. As \tilde{A} en el acta No. 33 de la sesi \tilde{A}^3 n de fecha 4 de mayo de la Comisi \tilde{A}^3 n Primera del Senado se da cuenta de ello:

"(...) Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Mauricio Pimiento Barrera:

Y creo que en el inciso tercero Senador Uribe, con relación a este artÃculo primero <u>valdrÃa la pena agregarle antes de podrÃ;n la palabra</u> (...) <u>solo</u> (...), <u>que diga: Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrÃ;n participar en dichas actividades y controversia en las condiciones que señale la Ley. (...)". (Subrayas no hacen parte del texto original)</u>

Más adelante, al conferirle la palabra al entonces Ministro del Interior este indicó:

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Sabas Pretelt de la Vega, Ministro del Interior y de Justicia:

Muchas gracias señor Presidente, sobre el artÃculo primero concretamente, nosotros tenemos dos puntos de vista es Iógico que no se mantengan esas restricciones que a veces rayan en lo absurdo en la participación en polÃtica de algunos funcionarios públicos, pero al mismo tiempo creemos que tampoco se puede propiciar una participación masiva de los funcionarios públicos en polÃtica, el espÃritu del proyecto como nosotros le hemos entendido es que haya reelección presidencial y una adecuada participación en polÃtica tanto del Presidente y Vicepresidente si son candidatos y obviamente de un equipo, pero que esto no permita que a lo largo y ancho de la Nación se dediquen a hacer polÃtica abiertamente todos los funcionarios públicos, por eso me parece muy importante la anotación que ha hecho el doctor Mauricio Pimiento y la respaldamos con entusiasmo, que los empleados no contemplados en esta prohibición, solo podrán hacer polÃtica, o sea solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley, que tenga que existir una ley previa que reglamente dicha participación y no solamente con la expedición del acto legislativo, sé de la largada para que empiecen a participar activamente los distintos empleados de la administración pública en estas actividades. Esa es mi primera observación, de tal manera que ese solo creo que nos deja tranquilos (...)" (Subrayas no hacen parte del texto original)

El texto finalmente aprobado por la Comisión Primera de Senado incluÃa la expresión "solo" acompañada de la remisión a la "ley estatutaria"³³ y asà se mantuvo hasta el final del trámite del acto legislativo⁴⁰. Para la Corte es claro que la identificación de la intención legislativa no es siempre sencilla y se enfrenta a una diversidad de problemas puestos de presentes por la doctrina constitucional. Sin embargo no pueden desconocerse, al menos con el propósito de servir de pauta de orientación, las explicaciones dadas en el debate que da origen a la aprobación de una norma particular. Puede concluirse entonces que la interpretación histórica del texto constitucional señala que únicamente cuando se apruebe la ley estatutaria será posible para los empleados del Estado, disponer de un derecho a participar en las actividades y controversias referidas por el artÃculo 127 (inc. 3) constitucional.

5.3.5.3.5. Además de las razones expuestas, los rasgos de la ley mediante la cual deben ser fijadas las condiciones de participación de los empleados del Estado refuerzan la conclusión. En efecto, la decisión del constituyente de establecer el trámite estatutario se explica no solo por la materia objeto de regulación sino también por la necesidad de que su entrada en vigencia, este precedida del control de constitucionalidad a cargo de esta Corporación. Condicionar el derecho a la aprobación de una ley estatutaria garantiza que las normas aprobadas se ajustarán a la Carta. Para ello, la ley que se expida debe ser clara y especÃfica "en la determinación de las condiciones de participación."⁴¹ Adicionalmente debe orientarse al menos por tres propósitos a saber: promover el equilibrio entre los candidatos, asegurar que el ejercicio de la actividad polÃtica no opaque el desarrollo de las funciones públicas al servicio del interés general y evitar abusos en cabeza de quienes ostentan cargos públicos⁴²

Cabe agregar que la ley no puede ampliar la prohibición del segundo inciso del artÃculo 127 a otros empleados del Estado. En efecto, desde la perspectiva de sus destinatarios existe una norma constitucional definitiva -taxativa- que impide incluir o excluir supuestos. Por tal razón este Tribunal ha dicho que la función del Congreso no comprende "la potestad de extender la prohibición más allá de la previsión constitucional."⁴³

5.3.5.3.6. La conclusi \tilde{A}^3 n relativa al car \tilde{A}_i cter indispensable de la ley estatutaria tiene dos efectos. En primer lugar (i) hasta tanto no se expida la ley que defina el contenido y alcance de la participaci \tilde{A}^3 n all \tilde{A} aludida, ning \tilde{A}^0 n empleado del Estado⁴⁴ puede alegar un derecho subjetivo para participar en actividades de partidos y movimientos o en controversias pol \tilde{A} ticas en los t \tilde{A} ©rminos descritos en esta sentencia; y en segundo lugar, (ii) esa imposibilidad autoriza a las autoridades disciplinarias, en desarrollo de lo dispuesto en el art \tilde{A} culo 48.39 de Ley 734 de 2002, iniciar las investigaciones que correspondan e imponer las sanciones.

Si no fueran estos los efectos, el mandato constituyente que fija la exigencia de una ley estatutaria previa no tendrÃa consecuencias y quedarÃa al arbitrio de los empleados del Estado participar o no en polÃtica. Esta consideración es, en términos generales, coincidente con el precedente fijado por la Corte en la sentencia C-454 de 1993 en la que, a pesar de considerar inexequibles la normas que prohibÃan absolutamente la participación en polÃtica de los empleados del Estado dispuso -en la parte resolutiva- que el ejercicio efectivo de la autorización constitucional plasmada en el artÃculo 127, inciso 3º, de la Constitución, por parte de los empleados del Estado (...) está supeditado a las condiciones que señale la ley.

- 6. Cargo único: violación de los artÃculos 20 y 40 de la Constitución.
- 6.1. Alcance del Cargo.

El cargo señala que la prohibición de participar en controversias polÃticas que se desprende de la expresión acusada desconoce normas con valor constitucional que protegen la libertad de expresión y el derecho a la participación. En efecto, es tal la apertura de la locución acusada que quedarÃa, a juicio del demandante, aniquilada la posibilidad de los empleados del Estado de expresar libremente su posición respecto de controversias de interés para la ciudadanÃa o de ejercer los derechos que en materia de participación reconoce la Constitución.

- 6.2. La remisión de la norma legal demandada a disposiciones constitucionales.
- 6.2.1. Diferentes son las funciones que puede cumplir la remisión que a la Constitución hacen las disposiciones legislativas. Dicha técnica, entre otras cosas, puede tener por objeto (a) integrar directamente y como regulación aplicable normas constitucionales al texto de la ley, (b) completar la regulación identificando una competencia dispuesta en la Carta, (c) aludir a un evento previsto en la Constitución para, seguidamente, definir la regulación aplicable, (d) indicar el fundamento de una regla, (e) establecer una pauta de interpretación de uno o varios de sus enunciados o (f) fijar un lÃmite a la aplicación de determinada disposición. En estos casos puede decirse que el legislador articula, relaciona o conecta los contenidos legislativos con normas constitucionales que tienen una relevancia especÃfica y, por esa vÃa, asegura que la interpretación y aplicación de las normas legisladas tome en cuenta reglas y principios que, a juicio del Congreso, son pertinentes para fijar su alcance concreto.
- 6.2.2. Cada uno de tales supuestos plantea cuestiones constitucionales diferentes en relación con el control de constitucionalidad. Al margen de ello, en el caso que examina la Corte, el tipo disciplinario, al que se integra la expresión acusada, contiene una remisión a la Constitución para fijar un lÃmite a la autoridad disciplinaria -sin perjuicio de los derechos constitucionales-. Se trata de una regla que impide configurar la falta cuando la actuación del empleado estatal, a pesar de cumplir las condiciones previstas en el supuesto de hecho, es expresión de un derecho constitucional. La remisión a la Carta opera como una especie de salvaguarda constitucional que exige al intérprete, precisar si la participación en la controversia polÃtica está protegida por una norma que reconozca un derecho.
- 6.2.3. La acusación en contra de un enunciado con cláusula de salvaguarda constitucional no impide un pronunciamiento de fondo. En estos casos a la Corte le corresponde –tal y como lo ha hecho en esta oportunidad- fijar el alcance de dicha cláusula y establecer si es suficiente para asegurar la supremacÃa de la Carta. Puede ocurrir por ejemplo, que la cláusula no ofrezca total protección al aludir únicamente a algunas normas constitucionales y no a todas aquellas relevantes para asegurar la concordancia.
- 6.2.4. Según se afirmó, el tipo disciplinario juzgado remite directamente a los derechos constitucionales con el propósito de limitar su alcance. A pesar de ello, el demandante afirma que se violan normas de derecho fundamental. La Corte no identifica oposición alguna en tanto la cláusula de salvaguarda permite integrar a la disposición acusada el contenido del artÃculo 127 de la Constitución en la forma en que ha sido interpretado en la presente providencia. De acuerdo con tal interpretación es posible la armonización del artÃculo 127 con las normas que amparan la libertad de expresión y los derechos de participación.

En efecto, la expresión "controversias polÃticas", consagrada en el artÃculo 127 de la Constitución como prohibición dirigida a empleados estatales, hace referencia a las controversias polÃticas de tipo partidista o en el marco de procesos electorales, y en modo alguno a la intervención de estos en deliberaciones o discusiones sobre temas públicos de interés general ajenas a los debates electorales o a las disputas partidistas -de partidos o movimientos polÃticos-, pues supondrÃa desconocer la importancia de la deliberación pública entre todos los ciudadanos para el funcionamiento de la democracia representativa y participativa. En esa medida, establecido asà el alcance constitucional de la propia expresión demandada, la disposición del artÃculo 48 -numeral 39- del CDU, ha de ser entendida en su alcance estrictamente partidista o electoral, no pudiendo presentarse una incompatibilidad entre el precepto legal y la norma superior.

6.2.5. Ahora bien, considerando que la calificaci \tilde{A}^3 n como falta disciplinaria grav \tilde{A} sima del comportamiento previsto en la norma demandada puede entenderse como una forma de restricci \tilde{A}^3 n de los derechos invocados por el demandante, su examen debe ajustarse al principio de proporcionalidad. En efecto, dado que las restricciones a los derechos constitucionales no pueden en ning \tilde{A}^0 n anular los contenidos b \tilde{A}_i sicos del derecho ni tampoco imponer restricciones desproporcionadas, debe establecer la Corte si la definici \tilde{A}^3 n hecha por el legislador supera o no el juicio de proporcionalidad.

Para la Corte, en este caso concurren tres razones que justifican adelantar un examen de proporcionalidad de intensidad leve. En primer lugar (i) en materia de regulaci \tilde{A} 3n del r \tilde{A} © gimen disciplinario y de establecimiento de faltas y sanciones, el Congreso dispone de un amplio margen de configuraci \tilde{A} 3n en virtud del principio de legalidad que rige el derecho sancionatorio. En segundo lugar, (ii) establecer como falta la realizaci \tilde{A} 3n del comportamiento descrito en la norma acusada constituye un desarrollo posible del art \tilde{A} culo 127 de la Constituci \tilde{A} 3n que se apoya de manera directa en su texto. En tercer lugar, la limitaci \tilde{A} 3n establecida no afecta –prima facie- el goce o las manifestaciones m \tilde{A} 1s importantes del derecho si se considera (a) que no impide el ejercicio del derecho al sufragio, (b) que no imposibilita la afiliaci \tilde{A} 3n de las personas a un partido y (c) que no afecta, seg \tilde{A} 9n ha quedado explicado, la posibilidad de todas las personas de emitir sus opiniones en controversias de inter \tilde{A} 0s general y, en esa medida, de participar en procesos de discusi \tilde{A} 3n p \tilde{A} 9blica.

Procede entonces la Corte a identificar si la norma acusada persigue una finalidad constitucional legÃtima y si, adicionalmente, resulta adecuada para alcanzar tal propósito.

La calificación como falta gravÃsima del comportamiento previsto en la norma demandada persigue propósitos constitucionales de notable importancia constitucional los cuales, incluso, podrÃan ser calificados como imperativos en tanto su consecución no puede aplazarse. En efecto,

la restricci \tilde{A}^3 n establecida orientada a reprochar disciplinariamente el comportamiento del servidor p \tilde{A}^0 blico consistente en utilizar el cargo a fin de incidir en debates partidistas o contiendas electorales, tiene por objeto asegurar la imparcialidad, la moralidad, la prevalencia del inter \tilde{A} ©s general sobre el particular, la igualdad de los partidos y movimientos pol \tilde{A} ticos as \tilde{A} como tambi \tilde{A} ©n la libertad pol \tilde{A} tica. Estos objetivos son centrales en la configuraci \tilde{A} 3n del Estado *Social y Democr\tilde{A}itico* de *Derecho* dado que aseguran no solo la participaci \tilde{A} 3n igual de las personas sino que tambi \tilde{A} 0n fijan el deber de las autoridades de ajustar su comportamiento a los intereses de todos y no de causas electorales o partidistas espec \tilde{A} ficas.

En adición a ello, la norma resulta adecuada para alcanzar tales propósitos en tanto al calificar como falta gravÃsima el empleo del cargo para participar en controversias polÃticas y, en consecuencia, establecer una sanción en caso de hacerlo, previene comportamientos en esa dirección estableciendo, según el tÃtulo de imputación subjetiva o bien la sanción de destitución e inhabilidad general, cuando se cometa con dolo o culpa gravÃsima o bien la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial cuando el comportamiento es culposo. En esa medida, la disposición que se acusa contribuye claramente a alcanzar el propósito identificado.

En atenciÃ³n a lo señalado, la Corte concluye que la medida satisface las exigencias que se anudan al principio de proporcionalidad.

6.2.6. Como se ha dejado dicho, el tipo disciplinario que contiene la expresi \tilde{A} 3n "y las controversias pol \tilde{A} ticas" tiene por finalidad castigar a los empleados del Estado cuyas actuaciones, vali \tilde{A} ©ndose del cargo, inciden directamente en las disputas partidistas o contiendas electorales. Esa prohibici \tilde{A} 3n no solo se funda en caros objetivos del texto constitucional referidos en esta providencia sino que constituye un desarrollo posible del art \tilde{A} culo 127 constitucional. No existe entonces raz \tilde{A} 3n para afirmar la vulneraci \tilde{A} 3n de la Carta.

III. CONCLUSIONES.

- 1. Demanda. La Corte se pronuncia respecto de la demanda formulada en contra de la expresión "y las controversias polÃticas" del numeral 39 del artÃculo 48 de la Ley 734 de 2002 que señala, en su conjunto, que será falta gravÃsima "[u]tilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos polÃticos y en las controversias polÃticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley."
- 2. Cargos de inconstitucionalidad. Se edifican a partir de la premisa compartida según la cual, con base en la expresión "controversias polÃticas", se autorizan sanciones disciplinarias e intervenciones graves en los derechos reconocidos por los artÃculos 20 y 40 de la Constitución y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos: la prohibición de participar en "controversias polÃticas" alcanzarÃa discusiones, debates o actuaciones relevantes para la sociedad o el Estado, configurando con ello restricciones injustificadas a los derechos de participación polÃtica y de libre expresión, protegidos en los artÃculos 40 y 20 de la Constitución, respectivamente.
- 3. Problema jurÃdico-constitucional resuelto. ¿Establecer legalmente que la utilización del cargo para participar en *controversias polÃticas* constituye falta disciplinaria gravÃsima, vulnera: (i) el artÃculo 20 de la Constitución que protege la libertad de expresión de los servidores públicos, al impedirles opinar sobre temas que pueden hacer parte de la polÃtica pública de las instituciones democráticas y ser de interés para la ciudadanÃa; y (ii) el artÃculo 40 de la Constitución, al sancionar conductas de empleados estatales que pueden ser el ejercicio legÃtimo de los derechos de participación consagrados en la Constitución, independiente de su condición de servidores públicos?
- 4. La norma y la expresión legal demandada. El artÃculo 48, numeral 39, de la ley 734/02: (i) establece una falta disciplinaria contra el deber funcional de los servidores públicos, en grado de gravÃsima; (ii) consiste la falta en la participación en actividades de organizaciones polÃticas y en "controversias polÃticas" -expresión demandada-, con utilización del cargo estatal; (iii) impone restricciones que implican sanciones disciplinarias, sin perjuicio de los derechos constitucional y legalmente establecidos -como el derecho de sufragio, el derecho de opción partidista y demás derechos constitucionales y legales de participación consagrados en cabeza de los servidores públicos-.
- 5. La participación polÃtica de empleados estatales y el artÃculo 127 constitucional. (i) La Constitución consagra el derecho de participación polÃtica de todas las personas, incluidos los servidores del Estado, apoyado en la facilitación de la participación como fin esencial del Estado CP 2- y en el deber constitucional de participación -CP 95.5-. (ii) ProhÃbe a los miembros activos de la fuerza pública el ejercicio del derecho de sufragio y de intervención en actividades o debates partidistas -CP 219-. (iii) ProhÃbe a los empleados estatales en general, y especÃficamente a los de la rama judicial, órganos electorales, de control y de seguridad, la participación "en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias polÃticas" -CP 127, inc. 2-. (iv) Admite la participación eventual de los empleados estatales diferentes a los especificados en el punto anterior, en actividades partidistas y controversias polÃticas, sólo por autorización del Legislador estatutario y en las condiciones que llegare a disponer -CP 127, inc. 3-. (v) Establece como causal de mala conducta, para todo empleado estatal, la utilización del empleo para presionar el respaldo ciudadano a una causa o campaña polÃtica -CP, 127, inc. 4-.
- 6. Fines constitucionales de las restricciones al derecho de participación polÃtica de los empleados estatales. Las prohibiciones y demás restricciones al derecho de participación y expresión polÃticas de los servidores y empleados estatales, buscan: (i) preservar el principio de imparcialidad de la función pública, de la apropiación del Estado por uno o varios partidos; (ii) asegurar la prevalencia del interés general sobre el interés particular, ya grupista, sectorial o partidista; (iii) garantizar la igualdad de los ciudadanos y organizaciones polÃticas, del trato privilegiado e injustificado que autoridades o funcionarios puedan dispensar a personas, movimientos o partidos de su preferencia; (iv) proteger la libertad polÃtica del elector y del ciudadano del clientelismo o la coacción por parte de servidores del Estado, mediante el uso abusivo de la investidura oficial y la utilización de los recursos del público; (v) defender la moralidad pública de la utilización o destinación abusiva de bienes y dineros públicos. En suma, tales principios, valores y derechos constitucionales explican y justifican la limitación de derechos de participación polÃtica de que son objeto los servidores del Estado.

- 7. Interpretación de las restricciones constitucionales al derecho de participación y lÃmites al establecimiento de restricciones legales a tales derechos. (i) La interpretación de las prohibiciones de participación polÃtica de los empleados estatales que realiza la Corte, debe partir de la garantÃa de los derechos de que gozan en un Estado democrático, contrayendo el alcance de las expresiones constitucionales relativas a tomar parte "en las controversias polÃticas" -materia de la demanda- a las conductas de intervención activa o pasiva en los debates públicos con incidencia electoral directa, de apoyo o rechazo público a una causa, organización polÃtica o candidato. (ii) No es aceptable una interpretación del artÃculo 127 constitucional que prohÃba la intervención en discusiones o controversias públicas de interés general que se desarrollen al margen de un debate electoral o disputa partidista, pues desconocerÃa la centralidad de la deliberación en el funcionamiento de la democracia participativa. (iii) La permisión participativa del inciso 3 del artÃculo 127 constitucional dispuesta para determinados empleados estatales -distintos de los judiciales, de los órganos de control o electorales, o de seguridad y fuerza pública- sólo procede con la expedición de una ley estatutaria que la autorice y fije las condiciones de ejercicio: no se trata de un imperativo constitucional para el Legislador estatutario sino de la atribución de una potestad por el constituyente, que le permitirÃa ampliar las excepciones a la prohibición de participación polÃtica de determinados servidores públicos, con arreglo a criterios de oportunidad y conveniencia. (iv) Las disposiciones legales que establecen prohibiciones y sanciones al ejercicio de los derechos polÃticos y de expresión de los empleados estatales, deberán observar los parámetros constitucionales y jurisprudenciales: obligación de proteger el contenido esencial y respeto del principio de proporcionalidad.
- 8. Caso concreto: la inconstitucionalidad de la calificaci \tilde{A}^3 n legal de la participaci \tilde{A}^3 n de servidores p \tilde{A}^0 blicos en "controversias pol \tilde{A} ticas" con utilización del cargo oficial -art. 48, inc. 39, de la Ley 734/02-, por la posible vulneración de los derechos de participación y expresión polÃticos -CP, arts. 40 y 20-. (i) La expresión "controversias polÃticas", consagrada en el artÃculo 127 de la Constitución como prohibición dirigida a empleados estatales, hace referencia a las controversias polÃticas de tipo partidista o en el marco de procesos electorales, y en modo alguno a la intervenci \tilde{A}^3 n de \tilde{A} estos en deliberaciones o discusiones sobre temas p \tilde{A}^0 blicos de inter \tilde{A} es general ajenas a los debates electorales o las disputas partidistas -de partidos o movimientos pol \tilde{A} ticos-, pues supondr \tilde{A} a desconocer la importancia de la deliberaci \tilde{A} 3n p \tilde{A} 0blica entre todos los ciudadanos para el funcionamiento de la democracia representativa y participativa. (ii) Establecido asA el significado constitucional de la propia expresi\(\tilde{A}^3\)n demandada, la disposici\(\tilde{A}^3\)n del art\(\tilde{A}\)culo 48 -inciso 39- del CDU, ha de ser entendida en su alcance estrictamente partidista o electoral, no pudiendo presentarse una incompatibilidad entre el precepto legal y la norma superior. (iii) El mismo artÃculo que contiene la expresi \tilde{A}^3 n demandada consagra una salvaguarda de otros derechos de participaci \tilde{A}^3 n de los servidores p \tilde{A}^0 blicos, al consagrar las prohibiciones disciplinarias "sin perjuicio de los derechos previstos en la ConstituciÃ3n y la ley", esto es, de otros contenidos del derecho de participaciÃ3n polÃtica como el derecho al sufragio, a la pertenencia a una organización polÃtica, a la libre expresión y difusión de opiniones polÃticas -no electorales ni partidistas- y los derechos de servidores p\(\tilde{A}^0\)blicos diferentes de los empleados estatales, entre otros. (iv) Finalmente, la calificación de la participación de los servidores públicos en controversias polÃticas electorales o partidistas, con utilización de su cargo, como falta gravÃsima sancionable disciplinariamente, no transgrede la regla de proporcionalidad de este tipo de restricciones a los derechos. En efecto, tal restricciÃ³n apunta al cumplimiento de principios constitucionales que orientan la actividad del Estado y el ejercicio de la funciÃ³n pública, como la imparcialidad, la moralidad, la prevalencia del interés general, la igualdad y la libertad polÃtica; constituye un medio idóneo para la consecuciÃ³n de estos fines superiores; y no supone un vaciamiento de los derechos de participaciÃ³n de los empleados estatales, cuyo contenido esencial permanece garantizado a través de otros modos de ejercicio permitidos.
- 9. Intervención legislativa. El inciso 3º del artÃculo 127 de la Constitución ha previsto como posible que los empleados del Estado -no comprendidos por la prohibición absoluta establecida en el inciso 2º de tal artÃculo- participen en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias polÃticas, únicamente en las condiciones en que ello sea señalado por una Ley Estatutaria. En atención a esa posibilidad de participación prevista en la Carta, subordinada en todo caso a la decisión que en esa dirección adopte el legislador estatutario, resulta relevante que el Congreso de la República propicie la deliberación democrática en relación con las condiciones y lÃmites de la participación pública de determinados empleados del Estado y adopte la determinación que juzgue necesaria, al amparo del margen de configuración que se le reconoce en esta materia.
- 10. Decisión. La Corte declarará la exequibilidad de la expresión demandada "y en las controversias polÃticas" -artÃculo 48.39 de la Ley 734/02-, frente a los cargos de violación de los artÃculos 40 y 20 de la Constitución PolÃtica, y consecuencialmente, del preámbulo de la Constitución y de sus artÃculos 2 y 9.
- 11. Razón de decisión. (i) La prohibición general a los empleados del Estado de tomar parte "en las actividades de partidos o movimientos y en las controversias polÃticas" es de raÃz constitucional, pudiendo el legislador estatutario reconocer tal derecho de participación solamente a algunos de ellos en los términos del artÃculo 127 de la Constitución -modificado por el AL 2/04-. (ii) La prohibición a los empleados del Estado de tomar parte en "controversias polÃticas" prevista en el artÃculo 127 constitucional, hace referencia a controversias de tipo partidista o en el marco de procesos electorales y no a deliberaciones o discusiones sobre temas públicos de interés general. (iii) La calificación como "falta gravÃsima" disciplinariamente sancionable, de la utilización del cargo por empleados del Estado para participar "en las controversias polÃticas" de tipo partidista o electoral, encuentra justificación constitucional en la necesidad de preservar el principio de imparcialidad de la función pública, asegurar la prevalencia del interés general sobre el particular, garantizar la igualdad de los ciudadanos y organizaciones polÃticas, proteger la libertad polÃtica del elector y del ciudadano y defender la moralidad pública -arts. 2, 13, 40, 107, 209 y 258 de la Constitución-.

IV. DECISI̸N.

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE la expresión "y en las controversias polÃticas" del numeral 39 del artÃculo 48 de la Ley 734 de 2002.

NotifÃquese, comunÃquese, publÃquese y archÃvese el expediente. Cúmplase.

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Con salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA MAURICIO GONZ̸LEZ CUERVO

Magistrada Magistrado Magistrado

Con salvamento de voto

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SĂȚICHICA MĂȚINDEZ JORGE IVĂȚIN PALACIO PALACIO

Magistrada Magistrado

ANDRÃ

Secretario General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-794/14

FALTAS GRAVISIMAS PARA FUNCIONARIOS PUBLICOS EN CODIGO DISCIPLINARIO UNICO-Expresión "controversias polÃticas" como elemento del tipo disciplinario resulta inconstitucional (Salvamento de voto)

TIPIFICACION COMO FALTA DISCIPLINARIA GRAVISIMA DE LA UTILIZACION DEL CARGO PARA PARTICIPAR EN "CONTROVERSIAS POLITICAS"-Compatible con la Constitución si se establecen de manera precisa, acorde con las exigencias del principio de taxatividad cuáles son las modalidades especÃficas de participación en este tipo de controversias que dan lugar a sanción disciplinaria (Salvamento de voto)/TIPIFICACION COMO FALTA DISCIPLINARIA GRAVISIMA DE LA UTILIZACION DEL CARGO PARA PARTICIPAR EN "CONTROVERSIAS POLITICAS"-Interpretación restrictiva de la prohibición establecida en artÃculo 127 de la Constitución PolÃtica acogida por la Corte, no subsana la vulneración de las libertades de expresión y participación polÃtica (Salvamento de voto)/TIPIFICACION COMO FALTA DISCIPLINARIA GRAVISIMA DE LA UTILIZACION DEL CARGO PARA PARTICIPAR EN "CONTROVERSIAS POLITICAS"-Indeterminación incompatible con exigencia de taxatividad que debe respetar el legislador al tipificar como faltas disciplinarias conductas que, a la vez, quedan comprendidas dentro del ámbito prima facie protegido por derechos fundamentales (Salvamento de voto)

Ref.: Expediente: D-10191

Demanda de inconstitucionalidad contra el art \tilde{A} culo 48 numeral 39 (parcial) de la Ley 734 de 2002 "Por la cual se expide el $C\tilde{A}^3$ digo Disciplinario \tilde{A} Π nico"

Magistrado Ponente:

Mauricio González Cuervo

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de esta Corte, me permito salvar mi voto a la presente sentencia, en la que se decide declarar exequible la expresión "y en las controversias polÃticas" del artÃculo 48 de la Ley 734 de 2002 del Código Disciplinario Ã□nico, que prevé las faltas gravÃsimas para los funcionarios públicos, por los cargos de vulneración de los artÃculos 20 y 40 CP relativos al derecho de libertad de expresión y al derecho a la participación de todo ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder polÃtico. Lo anterior, por cuanto considero que contrario a lo decidido por la mayorÃa de la Sala Plena de esta Corporación, es inconstitucional el empleo de la expresión "controversias polÃticas" como elemento del tipo disciplinario previsto en el artÃculo 48 numeral 39 de la Ley 734 de 2002, por las siguientes razones:

1. En primer lugar, sostengo que la tipificación como falta disciplinaria gravÃsima de la utilización del cargo para participar en "controversias polÃticas" sólo es compatible con la Constitución si se establecen de manera precisa, acorde con las exigencias del principio de taxatividad, cuáles son las modalidades especÃficas de participación en este tipo de controversias que dan lugar a sanción disciplinaria. Dado que el legislador no lo hace, y simplemente se limita a replicar la misma expresión indeterminada que emplea el Constituyente (a quien no le es exigible cumplir con la exigencia de taxatividad, por cuanto en el art. 127 CP no está tipificando una falta), el contenido normativo demandado

constituye una afectaciÃ³n innecesaria y desproporcionada de los artÃculos 20 y 40 CP.

En este sentido, debo señalar que si bien comparto la interpretación restrictiva de la prohibición establecida en el artÃculo 127 de la Carta PolÃtica acogida por la Sala Plena, considero que con ella no se subsana la vulneración de las libertades de expresión y participación polÃtica. A juicio de este Magistrado, pese a que con tal interpretación se cierra el ámbito de las conductas que podrÃan ser objeto de sanción, aún persisten espacios de indeterminación incompatibles con la exigencia de taxatividad que debe respetar el legislador al tipificar como faltas disciplinarias conductas que, a la vez, quedan comprendidas dentro del ámbito prima facie protegido por derechos fundamentales. AsÃ, por ejemplo, no queda claro (i) ¿qué conductas constituyen formas de intervención "pasiva" en las disputas con incidencia electoral directa para efectos de ser sancionadas como falta disciplinaria gravÃsima (susceptibles de generar destitución o suspensión en el cargo e inhabilidad general o especial según el tÃtulo de imputación)?; (ii) ¿Si la expresión "controversias polÃticas" se refiere sólo a aquellas controversias que tengan una incidencia electoral directa, en tanto impliquen apoyo o rechazo de una causa, organización polÃtica o candidato, en qué se distinguirÃa la participación en este tipo de controversias, asà definidas, de la participación en "las actividades de los partidos y movimientos polÃticos", también tipificada como falta gravÃsima en la primera parte del artÃculo 48.39?

Considero necesario precisar que la interpretaci \tilde{A}^3 n sostenida por la mayor \tilde{A} a de la Sala Plena, aunque animada por una plausible intenci \tilde{A}^3 n limitadora, conduce ya sea (i) a privar de efecto \tilde{A}^0 til a la expresi \tilde{A}^3 n acusada (al convertirla en una modalidad de "participaci \tilde{A}^3 n en actividades de partidos y movimientos pol \tilde{A} ticos") y, por ende, convertirla en redundante, o bien, para evitar lo anterior, (ii) al atribuirle a la "participaci \tilde{A}^3 n en actividades de partidos y movimientos pol \tilde{A} ticos". En mi opini \tilde{A}^3 n, las dos alternativas de este dilema interpretativo son insatisfactorias, pues mientras la primera convierte a la expresi \tilde{A}^3 n demandada en redundante (y, por tanto, en una afectaci \tilde{A}^3 n innecesaria de las libertades consagradas en los art \tilde{A} culos 20 y 40 Superiores), la segunda opci \tilde{A}^3 n hace que la expresi \tilde{A}^3 n "controversias pol \tilde{A} ticas" siga siendo indeterminada y, para darle alg \tilde{A}^0 n efecto \tilde{A}^0 til, se corre el riesgo de que el \tilde{A}^3 rgano de aplicaci \tilde{A}^3 n le atribuya alg \tilde{A}^0 n tipo de contenido (no previsible) que termine por exceder el entendimiento limitado pero redundante que le da la Corte en esta decisi \tilde{A}^3 n.

2. Adicionalmente, debo señalar que la interpretación del inciso 3º del artÃculo 127 CP, en que se funda la decisión de la cual se disiente, desconoce el régimen diferenciado de participación en polÃtica de empleados estatales que estableció el Constituyente. Según lo expresan los considerandos de la sentencia, hasta tanto no se expida la correspondiente Ley Estatutaria, tampoco podrán participar en actividades y controversias polÃticas los demás empleados del Estado, no comprendidos por la prohibición expresa prevista en el inciso 2º del 127 CP, y quienes incurran en tales conductas podrán ser sancionados en virtud de lo dispuesto en el artÃculo 48.39 del Código Disciplinario Ã∏nico.

Estimo que tal entendimiento desconoce que la Constitución PolÃtica en su artÃculo 127 CP estableció un régimen diferenciado de participación polÃtica para los empleados del Estado: (i) la prohÃbe a los funcionarios comprendidos en el inciso 2º (Rama Judicial, órganos electorales, de control y de seguridad); (ii) en su inciso 3º la permite a los demás empleados estatales, en las condiciones previstas en la Ley Estatutaria. Sin embargo, la interpretación planteada en la sentencia elimina esta diferencia, que de manera expresa quiso marcar el Constituyente, pues en tanto que no se expida la correspondiente Ley Estatutaria, los empleados a los que se refiere el inciso 3º quedan sujetos a la misma prohibición absoluta que el Constituyente reservó sólo para los funcionarios enumerados en el inciso 2º. Por tanto, la lectura del fallo del cual se disiente se aparta de la interpretación sostenida por la jurisprudencia de la Corte donde se ha entendido que la prohibición de participación en polÃtica consagrada en la Constitución rige únicamente para los funcionarios enunciados en el inciso 2º del artÃculo 127 CP, mientras que para los demás empleados estatales se trata de una actividad permitida, dentro de los márgenes que para el efecto señale el legislador. Esta interpretación válida desde el punto constitucional se corrobora si se tiene en cuenta que transcurridos más de 23 años luego de la expedición de la Carta PolÃtica, el legislador persiste en la omisión de regular las condiciones bajo las cuales los empleados estatales, no sujetos a la prohibición prevista en el inciso 2º, pueden participar en polÃtica.

Con fundamento en los argumentos expuestos salvo mi voto a esta providencia judicial.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MAR̸A VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-794/14

TIPIFICACION COMO FALTA DISCIPLINARIA GRAVISIMA DE LA UTILIZACION DEL CARGO PARA PARTICIPAR EN "CONTROVERSIAS POLITICAS"-Compatible con la Constitución si se establecen de manera precisa, acorde con las exigencias del principio de taxatividad cuáles son las modalidades especÃficas de participación en este tipo de controversias que dan lugar a sanción disciplinaria (Salvamento de voto)

TIPIFICACION COMO FALTA DISCIPLINARIA GRAVISIMA DE LA UTILIZACION DEL CARGO PARA PARTICIPAR EN "CONTROVERSIAS POLITICAS"-Contenido normativo demandado constituye una afectación innecesaria y desproporcionada de los artÃculos 20 y 40 de la Constitución PolÃtica (Salvamento de voto)

TIPIFICACION COMO FALTA DISCIPLINARIA GRAVISIMA DE LA UTILIZACION DEL CARGO PARA PARTICIPAR EN "CONTROVERSIAS POLITICAS"-

IndeterminaciÃ³n de expresiÃ³n (Salvamento de voto)

TIPIFICACION COMO FALTA DISCIPLINARIA GRAVISIMA DE LA UTILIZACION DEL CARGO PARA PARTICIPAR EN "CONTROVERSIAS POLITICAS"-Desconocimiento del régimen diferenciado de participación en polÃtica de empleados estatales que estableció el constituyente (Salvamento de voto)/PARTICIPACION POLITICA PARA EMPLEADOS DEL ESTADO-Régimen diferenciado (Salvamento de voto)

TIPIFICACION COMO FALTA DISCIPLINARIA GRAVISIMA DE LA UTILIZACION DEL CARGO PARA PARTICIPAR EN "CONTROVERSIAS POLITICAS"-Apartamiento de jurisprudencia donde precisó que la prohibición de participación polÃtica contenida en inciso 2 del artÃculo 127 de la Constitución rige para funcionarios enunciados, mientras que para los demás empleados estatales se trata de actividad permitida, dentro de márgenes que señale el legislador (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-10191

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artÃculo 48, numeral 39 (parcial) de la ley 734 de 2002.

Magistrado Ponente:

Mauricio González Cuervo

Con el acostumbrado respeto, presento las razones por las cuales me aparté de la decisión mayoritaria de declarar exequible la expresión "controversias polÃticas", contenida en el tipo disciplinario previsto en el artÃculo 48 numeral 39 de la Ley 734 de 2002. Considero, en cambio, que este contenido normativo es contrario a la Constitución por cuanto:

1. Tipificar como falta disciplinaria grav\(\tilde{A}\)sima de la utilizaci\(\tilde{A}\)³n del cargo para participar en "controversias pol\(\tilde{A}\)ticas" s\(\tilde{A}\)³n de que la norma estableciera de manera expresa y precisa, acorde con las exigencias del principio de taxatividad, cu\(\tilde{A}\); les son las modalidades espec\(\tilde{A}\)ficas de participaci\(\tilde{A}\)³n en este tipo de controversias que dan lugar a sanci\(\tilde{A}\)³n disciplinaria. Dado que el legislador no lo hace, y simplemente se limita a replicar la misma expresi\(\tilde{A}\)³n indeterminada que emplea el constituyente, el contenido normativo demandado constituye una afectaci\(\tilde{A}\)³n innecesaria y desproporcionada de los art\(\tilde{A}\)culos 20 y 40 CP.

Tal conclusión no se invalida por el hecho de que la norma demandada se limite a reproducir una expresión contenida en la Constitución, pues entre ambos casos media una diferencia relevante: en el artÃculo 127 el constituyente se limitó a establecer una prohibición general, sin derivar de ella consecuencias sancionadoras, por lo cual no le era exigible cumplir con la exigencia de taxatividad, que si rige en cambio para el legislador cuando emplea la misma expresión para tipificar dicha conducta como falta disciplinaria gravÃsima. Mientras que la indeterminación del lenguaje constitucional puede en algunos casos ser virtuosa, en tanto facilita alcanzar consensos constitucionales y puede ampliar el margen de configuración del legislador, en el lenguaje empleado para describir los delitos y las faltas constituye en cambio una amenaza para las libertades ciudadanas, en este caso las de expresión y participación, pues deja en manos del órgano de aplicación determinar, con ayuda de las pautas no suficientemente restrictivas previstas en esta sentencia, que tipo de conductas constituyen intervención en "controversias polÃticas" merecedoras de sanción disciplinaria.

Si bien comparto la intención que anima la interpretación restrictiva de la prohibición establecida en el artÃculo 127 de la Carta efectuada en la sentencia, con la misma no se subsana la vulneración de las libertades de expresión y participación polÃtica que se produce en virtud del contenido normativo que fue declarado exequible en esos términos. Pese a que con el entendimiento propuesto en la sentencia se cierra el ámbito de las conductas que podrÃan ser objeto de sanción, aún persisten espacios de indeterminación incompatibles con la exigencia de taxatividad que debe respetar el legislador al tipificar como faltas disciplinarias conductas que, a la vez, quedan comprendidas dentro del ámbito prima facie protegido por derechos fundamentales. AsÃ, por ejemplo, no queda claro (i) ¿qué conductas constituyen formas de intervención "pasiva" en las disputas con incidencia electoral directa para efectos de ser sancionadas como falta disciplinaria gravÃsima (susceptibles de generar destitución o suspensión en el cargo e inhabilidad general o especial según el tÃtulo de imputación)?; (ii) ¿Si la expresión "controversias polÃticas" se refiere sólo a aquellas controversias que tengan una incidencia electoral directa, en tanto impliquen apoyo o rechazo de una causa, organización polÃtica o candidato, en qué se distinguirÃa la participación en este tipo de controversias, asà definidas, de la participación en "las actividades de los partidos y movimientos polÃticos", también tipificada como falta gravÃsima en la primera parte del artÃculo 48.39?

El entendimiento de la expresi \tilde{A}^3 n "controversias pol \tilde{A} ticas" dentro del tipo disciplinario demandado, aunque est \tilde{A}_i animado por una plausible intenci \tilde{A}^3 n limitadora, conduce ya sea (1) a privar de efecto \tilde{A}^0 til a la expresi \tilde{A}^3 n acusada (al convertirla en una modalidad de "participaci \tilde{A}^3 n en actividades de partidos y movimientos pol \tilde{A} ticos") y, por ende, convertirla en redundante, o bien, para evitar lo anterior, (2) a atribuirle a la "participaci \tilde{A}^3 n en controversias pol \tilde{A} ticos" un significado propio y distinto al de la "participaci \tilde{A}^3 n en actividades de partidos y movimientos pol \tilde{A} ticos". Las dos alternativas de este dilema son insatisfactorias, pues mientras la primera convierte a la expresi \tilde{A}^3 n demandada en redundante (y, por tanto, en una afectaci \tilde{A}^3 n innecesaria de las libertades consagradas en los art \tilde{A} culos 20 y 40 Superiores), la segunda opci \tilde{A}^3 n hace que la expresi \tilde{A}^3 n "controversias pol \tilde{A} ticas" siga siendo indeterminada y, para darle alg \tilde{A}^0 n efecto \tilde{A}^0 til, se corre el riesgo de que el \tilde{A}^3 rgano de aplicaci \tilde{A}^3 n le atribuya alg \tilde{A}^0 n tipo de contenido (no previsible) que termine por exceder el entendimiento limitado pero redundante que le da la Corte en esta decisi \tilde{A}^3 n.

2. De otro lado, el sentido del inciso 3º del artÃculo 127 CP en que se funda la decisión de la mayorÃa desconoce el régimen diferenciado de participación en polÃtica de empleados estatales que estableció el constituyente. Según lo expresan los considerandos de la sentencia, hasta tanto no se expida la correspondiente Ley Estatutaria, tampoco podrán participar en actividades y controversias polÃticas los demás

empleados del Estado no comprendidos por la prohibici \tilde{A}^3 n expresa prevista en el inciso $2\hat{A}^0$ del 127, y quienes incurran en tales conductas podr \tilde{A}_i n ser sancionados en virtud de lo dispuesto en el art \tilde{A} culo 48.39 del C \tilde{A}^3 digo Disciplinario \tilde{A} nico.

Tal entendimiento desconoce que la Constituci \tilde{A}^3 n en su art \tilde{A} culo 127 estableci \tilde{A}^3 un r \tilde{A} ©gimen diferenciado de participaci \tilde{A}^3 n pol \tilde{A} tica para los empleados del estado: (i) la $proh\tilde{A}be$ a los funcionarios comprendidos en el inciso $2\hat{A}^2$ (Rama Judicial, \tilde{A}^3 rganos electorales, de control y de seguridad); (ii) en su inciso $3\hat{A}^2$ la permite a los dem \tilde{A} is empleados estatales, en las condiciones previstas en la ley estatutaria. Sin embargo, la interpretaci \tilde{A}^3 n planteada en la sentencia elimina esta diferencia, que de manera expresa quiso marcar el constituyente, pues en tanto no se expida la correspondiente ley estatutaria, los empleados a los que se refiere el inciso $3\hat{A}^2$ quedan sujetos a la misma prohibici \tilde{A}^3 n absoluta que el constituyente reserv \tilde{A}^3 s \tilde{A}^3 lo para los funcionarios enumerados en el inciso $2\hat{A}^2$.

Lo anterior se aparta de la interpretación sostenida por la Corte en la sentencia T-438 de 1992⁴⁵ y luego reiterada en la C-454 de 1993⁴⁶ , donde se entendió que la prohibición de participación en polÃtica consagrada en la Constitución rige únicamente para los funcionarios enunciados en el inciso 2º del artÃculo 127, mientras que para los demás empleados estatales se trata de una actividad permitida, dentro de los márgenes que para el efecto señale el legislador. Aunque en esta última sentencia la Corte se pronunció sobre un régimen disciplinario especÃfico para los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y hoy, en cambio, rige una regulación unitaria establecida en el Código Disciplinario Ã∏nico, tal circunstancia no invalida la vigencia de la interpretación sostenida por este Tribunal en aquellos pronunciamientos, que acogÃan el entendimiento propuesto inicialmente por el magistrado Ciro Angarita Barón. Máxime cuando, transcurridos más de 23 años luego de la expedición de la Carta PolÃtica, el legislador persiste en la omisión de regular las condiciones bajo las cuales los empleados estatales no sujetos a la prohibición prevista en el inciso 2º pueden participar en polÃtica.

Fecha ut supra,

MARÃ

A VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ACLARACI̸N DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA C-794/14

DEL MAGISTRADO PONENTE MAURICIO GONZĂŢLEZ CUERVO, EN LA QUE SE DECIDE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL ARTĂŢCULO 48, NUMERAL 39 (PARCIAL) DE LA LEY 734 DE 2002

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE UTILIZACION DE CARGO PUBLICO PARA PARTICIPAR DE MANERA ACTIVA EN CONTROVERSIAS POLITICAS-Para la imputaci \tilde{A}^3 n de la falta disciplinaria no basta cualquier expresi \tilde{A}^3 n pol \tilde{A}^3 tica sino que se demuestre que se han realizado actos concretos para el abuso de la funci \tilde{A}^3 n p \tilde{A}^0 blica en una controversia pol \tilde{A} tica (Aclaraci \tilde{A}^3 n de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE UTILIZACION DE CARGO PUBLICO PARA PARTICIPAR DE MANERA ACTIVA EN CONTROVERSIAS POLITICAS-Lo que sanciona la falta disciplinaria no es la mera expresión o intervención en una controversia de carácter polÃtico, es el abuso del cargo y la inclinación del aparato estatal a favor de una posición determinada (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE UTILIZACION DE CARGO PUBLICO PARA PARTICIPAR DE MANERA ACTIVA EN CONTROVERSIAS POLITICAS-Se debe respetar el principio de culpabilidad, derivado del artÃculo 29 de la Carta PolÃtica y cuyas consecuencias se aplican no solo a los procesos penales sino también a los disciplinarios (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD-Jurisprudencia constitucional (AclaraciÃ³n de voto)

DERECHO PENAL DE AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO-DistinciÃ³n (AclaraciÃ³n de voto)

PRINCIPIO DE NO ACCION SIN CULPA (AclaraciÃ³n de voto)

DERECHO PENAL DEL ACTO-Criterios de imposición de la pena (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-10191.

Problema JurÃdico: ¿Establecer legalmente que la utilización del cargo para participaren controversias polÃticas constituye falta disciplinaria gravÃsima, vulnera: (i) el artÃculo 20 de la Constitución que protege la libertad de expresión de los servidores públicos, al impedirles opinar sobre temas que pueden hacer parte de la polÃtica pública de las instituciones democráticas y ser de interés para la ciudadanÃa; y (ii) el artÃculo 40 de la Constitución, al sancionar conductas de empleados estatales que pueden ser el ejercicio legÃtimo de los derechos de participación consagrados en la Constitución, independiente de su condición de servidores públicos?

Motivo de la aclaraci \tilde{A}^3 n: Para la imputaci \tilde{A}^3 n de la falta no basta cualquier expresi \tilde{A}^3 n pol \tilde{A} tica sino que se demuestre que se han realizado actos concretos para el abuso de la funci \tilde{A}^3 n p \tilde{A}^0 blica en una controversia pol \tilde{A} tica.

Aclaro el voto en la Sentencia C - 794 de 2014, pues aunque comparto la decisión de declarar la exequibilidad de la norma demandada considero necesario aclarar que para la imputación de la falta no basta cualquier expresión polÃtica sino que se demuestre que se han realizado actos concretos para el abuso de la función pública en una controversia polÃtica.

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA C - 794 DE 2014

Considera el demandante respecto de norma bajo reproche, que tipificar como falta gravÃsima la participación en las controversias polÃticas, implica una limitación desproporcionada de las libertades y derechos vinculados a la democracia. En efecto, con la expresión acusada se afecta seriamente el derecho de los funcionarios públicos de participar en las "opiniones, decisiones polÃticas, que emanen de las tres (3) Ramas del Poder Público y que constituyen el ejercicio de otros derechos fundamentales, que el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos" Además, indica que dado que el artÃculo 9° de la Carta establece que las relaciones del Estado colombiano se fundamentan en los principios del derecho internacional, la disposición acusada debe examinarse a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos en la que se desarrolla el derecho a la participación polÃtica "sin limitaciones a partir de que se ejecuten funciones públicas en cualesquiera de los cargos de las tres (3) Ramas del Poder Público."

2. FUNDAMENTO DE LA ACLARACIÃ□N

Si bien comparto la decisión de la mayorÃa de declarar la exequibilidad de la expresión demandada, considero necesario aclarar que la expresión "controversias polÃticas " es abierta, por lo cual en cada caso concreto debe ser delimitada en la imputación de actuaciones especÃ-ficas a través de las cuales se haya abusado del cargo, pues de lo contrario se podrÃan llegar a afectar las garantÃas constitucionales:

2.1. En primer lugar, lo que sanciona la falta disciplinaria no es la mera expresión o intervención en una controversia de carácter polÃtico, es el abuso del cargo y la inclinación del aparato estatal a favor de una posición determinada, tal como ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia C-454 de 1993⁴7:

"Por ello, abusa de sus derechos el empleado o funcionario que utiliza los elementos de su despacho para hacer proselitismo o para desempeñar en cualquier sentido la actividad polÃtica; el que dispone del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses; el que usa con los mismos fines información reservada tomada de los archivos de la entidad pública a los cuales tiene acceso por razón de su cargo; el que ejerce sus competencias de modo tal que inclina la balanza del aparato estatal a favor de una determinada corriente o movimiento polÃtico ".

De esta manera, es necesario que se demuestre en concreto la utilizaci \tilde{A} ³n de prerrogativas del cargo en la controversia pol \tilde{A} tica y no simplemente la mera intervenci \tilde{A} ³n en la misma. En este sentido, el abuso de funciones ha sido definido en el art \tilde{A} culo 19 de la Convenci \tilde{A} ³n de Naciones Unidas contra la Corrupci \tilde{A} ³n de como: "la realizaci \tilde{A} ³n u omisi \tilde{A} ³n de un acto, en violaci \tilde{A} ³n de la ley, por parte de un funcionario p \tilde{A} ⁹blico en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para s \tilde{A} mismo o para otra persona o entidad".

Por lo anterior, es esencial la imputaci \tilde{A}^3 n de actos concretos que impliquen la utilizaci \tilde{A}^3 n del poder p \tilde{A}^0 blico para que se configure esta falta disciplinaria grav \tilde{A} sima.

- 2.2. En segundo lugar, se debe respetar el principio de culpabilidad, derivado de artÃculo 29 de la Carta PolÃtica y cuyas consecuencias se aplican no solo a los procesos penales sino también a los disciplinarios:
- (i) El Derecho de acto, por el cual "sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente"⁴⁸. Sobre este principio la Corte Constitucional ha señalado:

"La Constitución colombiana consagra el Derecho Penal de acto, en cuanto erige un Estado Social de Derecho, que tiene como uno de sus pilares el respeto de la dignidad humana (Art. 1 °), asigna el carácter de valor fundamental a la libertad de las personas (preámbulo) en sus diversas modalidades o manifestaciones, destaca que todas las personas nacen libres (Art. 13) y que toda persona es libre (Art. 28) y preceptúa especÃficamente en relación con la responsabilidad penal que nadie puede ser reducido a prisión o arresto ni detenido sino por motivo previamente definido en la ley (Art. 28) y que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al "acto que se le imputa ", como también que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente "culpable "(Art. 29) "⁴9".

"En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto, i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones sicof\(\tilde{A}\)sicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinaci\(\tilde{A}\)³n natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas, ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisi\(\tilde{A}\)³n de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanci\(\tilde{A}\)³n. Esta clase de Derecho, inspirado por la filosof\(\tilde{A}\) liberal y fundada en la dignidad humana, ha sido acogido por los reg\(\tilde{A}\)menes pol\(\tilde{A}\)ticos democr\(\tilde{A}\);ticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constituci\(\tilde{A}\)³n colombiana, entre ellos el Art. 29. Por sus fundamentos filos\(\tilde{A}\)³ficos y pol\(\tilde{A}\)ticos, la responsabilidad derivada de esta \(\tilde{A}\)!tima concepci\(\tilde{A}\)³n del Derecho Penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisi\(\tilde{A}\)³n de la conducta" ⁵⁰.

En virtud de lo anterior, como ya se expres \tilde{A}^3 deben imputarse actos concretos de abuso de funci \tilde{A}^3 n p \tilde{A}^0 blico y no solamente expresiones o intervenciones del servidor p \tilde{A}^0 blico, pues de lo contrario se afectar \tilde{A} a adem \tilde{A}_i s la libertad de expresi \tilde{A}^3 n.

(ii) El principio seg \tilde{A}^{Ω} n el cual no hay acci \tilde{A}^{3} n sin voluntad, que exige la configuraci \tilde{A}^{3} n del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ning \tilde{A}^{Ω} n hecho o comportamiento humano es valorado como acci \tilde{A}^{3} n, sino es el fruto de una decisi \tilde{A}^{3} n; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer 51 .

Por lo anterior, la responsabilidad del servidor p \tilde{A}^0 blico en virtud de esta falta no puede ser objetiva, sino que debe demostrarse el dolo en la comisi \tilde{A}^3 n de esta conducta, es decir, la intenci \tilde{A}^3 n de abusar de la funci \tilde{A}^3 n p \tilde{A}^0 blica dentro de una controversia pol \tilde{A} tica.

(iii) Finalmente, el grado de culpabilidad debe ser un criterio básico de imposición de la sanción, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad⁵²

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NOTAS DE P̸E DE PÃ∏GINA

¹ Mediante este acto legislativo "se reforman algunos artÃculos de la Constitución PolÃtica de Colombia y se dictan otras disposiciones."

Sentencia 794 de 2014 Corte Constitucional

² Prescribe esa disposición: "La Fuerza Pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legÃtima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley. // Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos polÃticos."

³ Gaceta Constitucional 70. Págs. 2 y 6.

⁴ Gaceta Constitucional 70. Pág. 5.
⁵ Gaceta Constitucional 70. Pág. 7.
⁶ Gaceta Constitucional 70. PÃ _i g. 5.
⁷ En esa dirección estaba la propuesta de Alfredo Vazquez y Aida Abella (proyecto No. 113). Gaceta Constitucional 70. Pág. 5.
⁸ Ello ocurrÃa en el proyecto No. 97 de la Cámara de Representantes. Gaceta Constitucional 70. Pág. 5.
⁹ Con ese sentido se encontraba la propuesta 125 del Constituyente Fernando Carrillo: "A los funcionarios y empleados públicos, a excepción de los que desempeñan responsabilidades de dirección y manejo, y a los que expresamente excluye esta Constitución, no les está prohibido pertenecer a directorios de los partidos, participar en actividades o intervenir en controversias polÃticas, siempre y cuando estas actividades no sean un obstáculo para el adecuado desempeño de las funciones propias de su cargo. La ley del servicio público reglamentará esta disposición." Gaceta Constitucional 70. Pág. 6.
¹⁰ Gaceta Constitucional 68 Pág. 18.
¹¹ Sobre las propuestas planteadas puede consultarse también la sentencia T-438 de 1992.
¹² Gaceta Constitucional 68 Pág. 18. En esa dirección se encontraban otros proyectos presentados según lo deja de presente la transcripción que de ellos se hizo en el informe ponencia.
¹³ Gaceta Constitucional 68 Pág. 18.
¹⁴ Gaceta Constitucional 78. Pág. 10.
¹⁵ Gaceta Constitucional 78. Pág. 12. También en la Gaceta Constitucional 83 Pág. 18 y en la Gaceta Constitucional 105 Pág. 8
Gaceta Constitucional 105 Pág. 14. La Constituyente MarÃa Teresa Garcés en la propuesta sustitutiva No. 27 publicada en la Gaceta 105 Pág. 25 sugerÃa el siguiente texto: "A los funcionarios públicos les está prohibido tomar parte en actividades polÃticas partidistas".
¹⁷ Gaceta Constitucional 105 Pág. 15.
¹⁸ Gaceta Constitucional 105 Pág. 15.
¹⁹ Antecedentes ArtÃculo 125 al 128. Presidencia de la República-ConsejerÃa para el desarrollo de la Constitución. Pág. 4 de la Sesiór correspondiente.
²⁰ Antecedentes ArtÃculo 125 al 128. Presidencia de la República-ConsejerÃa para el desarrollo de la Constitución. Pág. 1 de la Sesiór correspondiente.

²¹ Antecedentes ArtÃculo	125 al 128.	Presidencia d	e la República	-ConsejerÃa pa	ra el desarrollo	de la Co	nstitución.	Pág. 3 de l	a Sesión
correspondiente.									

²² Antecedentes ArtÃculo 125 al 128. Presidencia de la República-ConsejerÃa para el desarrollo de la Constitución. Pág. 8 de la Sesión correspondiente.

Â

²³ Antecedentes ArtÃculo 125 al 12	8. Presidencia de la Repúbli	ica-ConsejerÃa para el	desarrollo de la Cons	titución. Págs.8 y 9	de la Sesión
correspondiente.					

²⁴ Sentencia C-454 de 1993.

²⁵ Sentencia C-454 de 1993.

²⁶ Sentencia C-1508 de 2000.

²⁷ Sentencia T-1191 de 2004.

²⁸ Sentencia T-1191 de 2004.

²⁹ Sentencia C-454 de 1993.

³⁰ Sentencia C-454 de 1993.

³¹ Sentencia C-454 de 1993.

³² Sentencia C-454 de 1993.

³³ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. 18 de marzo de 1992. Dijo en esa oportunidad: "Pero si bien es cierto que el derecho a participar en actividades polÃticas fue reconocido directamente por la Constitución, su efectividad quedó condicionada a que el Congreso expida la ley que determina la forma de realizar las actividades polÃticas. // De manera que la actividad polÃtica de los empleados solamente puede cumplirse con fundamento en la nueva ley y mientras esta no se expida, los mismos no pueden realizar ninguna actividad polÃtica distinta del sufragio." También en ese sentido la sentencia C-454 de 1993. "De allà se deduce que el abuso en que incurra un servidor público en esta materia tenga que ser drásticamente sancionado con arreglo a la ley (artÃculo 124 C.N.), la cual también tiene a su cargo la fijación de los lÃmites y forma en que habrá de ejercitarse el derecho de participación concedido por el Constituyente (artÃculo 127, numeral 3º)."

³⁴ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. 3 de diciembre de 2013. En esa ocasión sostuvo: "El hecho de que la ley estatutaria no se haya expedido no basta para aseverar que esté suspendido o haya sufrido desmedro alguno el derecho polÃtico fundamental para participar en las actividades partidistas y en las controversias polÃticas de que son titulares los empleados del Estado no sujetos a las restricciones constitucionales expresas antes anotadas. Mientras el Congreso de la República no expida la ley estatutaria en mención deberá entenderse que los "empleados del Estado" a que alude el inciso tercero del artÃculo 127 solo estarán limitados en el ejercicio de sus derechos polÃticos en los términos prescritos por la propia Constitución″

³⁵ Sentencia C-1153 de 2005.

³⁶ Sentencia C-1153 de 2005.
³⁷ Sentencia C-1153 de 2005.
³⁸ Sentencia C-1153 de 2005.
³⁹ En el informe ponencia que se presentó a la Plenaria del Senado se explicó la modificación introducida: "El Senador Mario Uribe propuso adicionar el tercer inciso del artÃculo 127 constitucional para que quede claro que las condiciones en que podrá darse la participación en polà tica de servidores públicos se regularán en la ley "estatutaria", y el senador Mauricio Pimiento propuso adicionar en este mismo inciso la palabra "sólo" para que quede claro que tal participación sólo podrá darse de acuerdo con esas mismas condiciones establecidas en la ley Asà el inciso 3º quedó aprobado en los siguientes términos: "Los empleados no contemplados en esta prohibición sólo podrán participada en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley estatutaria". ()"
⁴⁰ Al respecto pueden consultarse las Gacetas del Congreso Nos. 260, 414, 478, 617, 692 y 799 de 2004.
⁴¹ En esa providencia la Corte examinó el proyecto de ley estatutaria "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artÃculo 152 literal f) de la Constitución PolÃtica de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones."
⁴² Sentencia C-1153 de 2005.
⁴³ Sentencia C-454 de 1993.
⁴⁴ Con excepción del Presidente de la República y el Vicepresidente de la República en atención a lo dispuesto en el Acto legislativo 2 de 2004 y de los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular según lo establecido en el artÃculo 41 de la ley 996 de 2005 Adicionalmente respecto de los Congresistas el artÃculo 283.9 de
45 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, SV. Ciro Angarita Barón <i>("Palabras inútiles"</i>).
46 MP. José Gregorio Hernández Galindo. SV. Hernando Herrera Vergara, Jorge Arango MejÃa y Vladimiro Naranjo Mesa.
⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional Sentencia C - 454 de 1993 MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo
 47 Sentencia de la Corte Constitucional Sentencia C - 454 de 1993 MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo 48 Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997. En igual sentido: Sentencia C-179 de 1997, M.P. Clara
⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997. En igual sentido: Sentencia C-179 de 1997, M.P. Clara

2005, M.P. Jaime Araujo RenterÃa.

51 Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997. En el mismo sentido: C-616 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-928 de

52 Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria DÃaz.

Fecha y hora de creación: 2024-05-19 18:16:34