

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

RECEIVED
MAR 11 2014
SECRETARÍA DE JUSTICIA
Y PACE

Bogotá D.C. Seis (6) de marzo de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: Dr. PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO

Radicación No. 110011102000201308120 01

Aprobado según acta No. 016 de la misma fecha

ACLARACIÓN DE VOTO

Con todo respeto con mis colegas de Sala, me permito exponer las razones por las cuales suscribí la providencia de la referencia con aclaración de voto.

En primer lugar, en sentir del suscrito Magistrado, se advierte que en la Sentencia de Segunda Instancia debió hacerse una mayor claridad en relación a la falta de legitimación por activa para reclamar la protección constitucional de los derechos al debido proceso y defensa deprecados por los accionante, en tanto, no tienen la calidad de sujetos procesales en el proceso disciplinario que se adelantó contra Gustavo Francisco Petro Urrego por parte de la Procuraduría General de la Nación, por cuanto no se hizo mención al incumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 10 del Decreto 2591 de 1991, en lo referente a la legitimación en la causa.

Basta mencionar que, en ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-52 de 2006¹, señaló:

"La primera consecuencia teórica que esa configuración arroja es que la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Sin embargo, tal y como lo ha establecido la

¹ M.P: Jaime Cordoba Triviño



Corte en anteriores oportunidades², a partir de las normas de la Constitución y del Decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa por activa, en los procesos de tutela.” (Subrayado fuera del texto)

Con fundamento en lo precedente, para demostrar la legitimación por activa debió establecerse si, los ciudadanos efectivamente ejercieron el derecho al voto en la elección. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional, al considerar que *“la legitimidad para actuar del accionante en la búsqueda de su protección al derecho fundamental a la representación efectiva, podía ser probada tan sólo demostrando el ejercicio del derecho al voto. Tal forma de acreditar legitimidad, no es algo extraño o novedoso dentro de nuestro sistema jurídico, sino que por el contrario es el mismo criterio utilizado por la ley 131 de 1994. “Por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones”.*³

No es dable olvidar que finalmente la tutela que es objeto de análisis busca que se deje sin efectos un acto administrativo de contenido particular y concreto, aun cuando sus efectos irradian en derechos políticos de los ciudadanos, cuyo control de legalidad se encuentra constitucionalmente asignado al juez de lo Contencioso Administrativo en sede de control de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de la legitimación que le asista a la los actores para ello.

Tal asignación constitucional de funciones y controles garantiza el equilibrio del sistema jurídico y del esquema del estado social de derecho, de tal manera que la injerencia del juez constitucional debe encontrarse limitada, atendiendo los principios de residualidad que inspira la acción de amparo.

Ahora bien, en el análisis efectuado en relación a los derechos políticos, considera el suscrito funcionario judicial que el mismo debió derivarse de que uno de los

² Ver sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

³ Ver sentencia T-358 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett



principios que conforma el núcleo conceptual de la democracia participativa es, tal como lo consagró el artículo 2º Superior “*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan*”, ya que una de las características esenciales del nuevo modelo político, consiste en reconocer que todo ciudadano tiene derecho no sólo a conformar el poder político, sino también a ejercerlo y **controlarlo**, tal y como fue estipulado en el artículo 40 constitucional, que al tenor literal establece:

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

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

Considero que el argumento expuesto debe concretarse al cargo de elección popular en el caso del Alcalde del Distrito Capital, pues no es lo mismo cuando se vota por una lista de elegibles en que se encuentra constitucional y legalmente previsto el reemplazo del funcionario por quien continúa en la misma que en el caso de una elección individual como es la que ocupa la atención de la Sala.



Resulta evidente que el derecho político analizado es mucho más amplio, de tal manera que dada la importancia jurídica del tema debatido, debe abordarse con mayor profundidad.

A su turno en el caso de los Alcaldes y Gobernadores, los electores con su voto imponen un mandato a quien es elegido, lo cual se denomina voto programático, establecido por el artículo 259 de la Constitución Política, que dispone:

ARTICULO 259. Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático.

Por otra parte, el artículo 103 de la Constitución Política, establece entre los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía, la revocatoria del mandato, la cual se precisa, solamente procede por *“la insatisfacción general de la ciudadanía o incumplimiento del programa de gobierno”* (art. 65 de la ley 134 de 1994).

Por lo ulterior, se tiene que los referidos derechos son el conjunto de condiciones que posibilitan a un ciudadano a participar en el ejercicio del poder político, constituyendo la relación ciudadano - Estado y entre gobernantes - gobernados. Derechos los cuales representan los instrumentos que posee el ciudadano para participar, configurar y decidir en la vida política del Estado.

Sobre tal aspecto y la aplicabilidad de la Convención Americana de derechos Humanos, al caso en concreto, tenemos que la Corte Constitucional en su sentencia C-028 de 2006, ha analizado:

“PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA-Restricciones legales al acceso de cargos públicos.

(...)



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
MG. Dr. JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO
Radicado No. 110011102000201308120 01
Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO

- 5 -

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción. En igual sentido, la Constitución de 1991, tal y como lo ha considerado la Corte en diversos pronunciamientos, tampoco se opone a la existencia de dichas sanciones disciplinarias, incluso de carácter permanente, pero bajo el entendido de que dicha sanción de inhabilidad se aplique exclusivamente cuando la falta consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado. En suma, contrario a lo sostenido por los demandantes, la facultad que le otorgó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias temporales o permanentes que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos, no se opone al artículo 93 constitucional ni tampoco al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica. (Subrayado fuera del texto)."

Así las cosas se tiene que conforme a los derechos constitucionales de los cuales goza el elector, está el de elegir y ser elegido, así como de proceder a la revocatoria del mandato pero solamente por la causal establecida en la citada norma. Lo anterior, en atención a que no puede obviarse el hecho de que aquellas conductas irregulares desplegadas por los miembros de corporaciones populares son objeto de investigación por las autoridades competentes (disciplinaria o penal), ya que tal como se pudo constatar el Procurador General de la Nación se encontraba facultado para proceder a dar trámite o curso a la investigación disciplinaria en mención, conforme lo establece los artículos 277.1 y 278.1 de la Constitución Política, razones por las cuales se observa claramente que las citadas normas se complementan y no se contraponen, no evidenciándose la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

De conformidad con lo precedentemente expuesto, la Corte Constitucional en Sentencia T-887/05: consideró que:



“No obstante, el hecho que la elección de sus representantes sea una expresión de la voluntad popular no contrae, como lo consideran los accionantes, la inamovilidad de los funcionarios electos. En esta medida, la consecuencia del origen democrático de los representantes a corporaciones públicas consiste en la limitación de las posibilidades de remoción únicamente a los eventos en que concurren circunstancias excepcionales, previstas en la Constitución y en la ley, que pretendan la consecución de finalidades legítimas desde la perspectiva del Texto Constitucional.

Así, institutos jurídicos como la declaratoria de pérdida de investidura o la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos decretada como consecuencia de la sanción penal o disciplinaria, son instancias legítimas a partir de los cuales puede originarse la separación del cargo de elección popular, a condición que hayan sido precedidas de un proceso judicial o administrativo, según el caso, en el que se observen las garantías constitucionales y legales de que es titular el afectado con la decisión. Esto se explica en la medida en que dichos procedimientos y las sanciones que son resultados de los mismos, buscan proteger fines constitucionalmente valiosos, tales como la moralidad administrativa y la integridad del patrimonio público, a través de la sanción disciplinaria contra los servidores que al incumplir los deberes funcionales del cargo vulneran dichos bienes jurídicos.

Las implicaciones del tránsito de la democracia representativa a la democracia participativa hacen que el contenido de los derechos políticos no se agote en el ejercicio del sufragio, sino que también incluyan otras formas de participación, entre ellas el control político por parte de los electores y la posibilidad de exigir al representante el cumplimiento del programa político ofrecido⁴⁽¹⁾. Empero, la nueva dimensión que la actual Carta Política confiere a la participación carece de un alcance tal que permita concluir la imposibilidad de remoción de los servidores que, si bien han accedido al cargo como consecuencia de un procedimiento democrático directo, infringen las normas que están destinadas a la protección de bienes jurídicos relevantes desde la perspectiva constitucional.



SANCIÓN DISCIPLINARIA - *Inhabilidad sobreviniente no vulnera derechos políticos de los electores.*

En estos eventos, no puede concluirse que la imposibilidad de ejercicio de funciones públicas como efecto de la sanción penal o disciplinaria vulnere los derechos políticos de los electores, pues éstos, al carecer de carácter absoluto como los demás derechos fundamentales, pueden limitarse de forma excepcional,^{5[2]} en los términos antes señalados, a fin de garantizar la eficacia de otros contenidos constitucionales protegidos por la imposición de sanciones penales o disciplinarias. Además, esta limitación dista de ser irrazonable o desproporcionada, pues en cualquier caso el ejercicio del derecho político continúa salvaguardado; bien mediante una nueva elección para el cargo que desempeñaba el funcionario destituido o a través de la sucesión por parte del siguiente candidato en la lista, según se trate de cargos uninominales o de corporaciones públicas.^{6[3]}

Lo dicho, entonces, permite inferir que la vulneración de los derechos políticos de los demandantes consagrados en el artículo 40 C.P. es inexistente. En efecto, la inhabilidad sobreviniente derivada de la sanción impuesta por la Procuraduría General al ciudadano Pinedo Méndez tuvo lugar con ocasión de las irregularidades advertidas en el trámite contractual entre Ferrovías y Fenoco S.A., cuando aquel se desempeñaba como presidente de esa entidad estatal. Estas conductas, a juicio de las entidades demandadas, constituyeron falta disciplinaria debido a que resultaban contrarias a la moralidad administrativa y a la protección del patrimonio público, finalidades que, como se indicó, tienen reconocimiento constitucional y, en consecuencia, constituyen excepciones legítimas al desempeño en el cargo de elección popular.

En relación a ello, se advierte que de los elementos allegados a la presente acción constitucional, se observa que la discusión planteada es de carácter jurídico la que debe ser resuelta ordinariamente por las autoridades previstas por el Legislador, que



para el caso en estudio lo es ante el Procurador General de la Nación, como en efecto hasta la fecha se observa de ha dado cumplimiento por parte del órgano disciplinario citado, decisión la cual puede ser objeto de revisión por parte de su Juez natural, tal como fuera el H. Consejo de Estado, en el evento de considerar que la misma haya sido adoptada de forma irregular, lo que pone de presente que en el caso presente existen medios idóneos para la protección de los derechos que manifiestan los accionantes haberse conculcado, de los cuales viene haciendo uso el titular de los mismos, doctor Gustavo Francisco Petro Urrego, no pudiendo el juez de tutela entrar a resolver el fondo los derechos sobre los que se solicita el amparo constitucional, sin antes haberse agotado las instancias naturales a efecto de que le sea resuelto su conflicto, si fuese el caso o su voluntad.

De esta manera, no comparte el suscrito Magistrado los argumentos expuestos por los accionantes en sus escritos de tutela, ya que la decisión adoptada por el señor procurador General de la Nación, es un acto administrativo, el cual goza de presunción de legalidad, en contra del cual tal como se expuso anteriormente, proceden los mecanismos idóneos establecidos por el legislador para su confrontación y eventualmente su nulidad, por el directamente afectado con dicha determinación, tópico respecto al cual, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre la improcedencia de la acción de tutela cuando el proceso dentro del cual se alega la irregularidad no ha concluido, al existir otros medios de defensa judicial para su corrección y protección de los derechos fundamentales invocados, ya sea pidiendo nulidades, interponiendo recursos o interviniendo en el proceso, situación la cual, tal como puede observarse en el fallo proferido por esta Superioridad no fue analizada de fondo y en consecuencia, expuesta en la parte considerativa de la misma.

De otro lado, encuentro que al interior del fallo objeto de aclaración, se cita un extracto de una sentencia de la Corte Constitucional en relación con la cual no se cierran las comillas y no se precisa la sentencia de la cual se trata, no guardando



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
MG. Dr. JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO
Radicado No. 110011102000201308120 01
Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO

- 9 -

relación con el tema analizado, por cuanto se refiere a la potestad del legislador frente a la imposición de penas privativas de la libertad y de la razonabilidad de la aplicación de las mismas, no previendo que el asunto de marras se circunscribe a la potestad disciplinaria más no penal.

Asimismo, se advierte que si bien en la citada sentencia proferida por esta Colegiatura, fue realizado un análisis, frente a la no causación de un perjuicio irremediable, el mismo debió efectuarse en el acápite correspondiente a la falta de legitimidad de los accionantes en relación a los derechos constitucionales al debido proceso y de defensa deprecados., ello por cuanto se observa que en la estructura del fallo de tutela en la cual fue consignado, no corresponde a los argumentos expuestos que le precedían.

Respetuosamente,



JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO
Magistrado

Fecha ut Supra